REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1956

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993
(Segunda Parte)

TOMO CCXXV - NUMERO 2464

Santafé de Bogotá, D. C., Colombia - 1993

51

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXXV

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

(Segunda Parte)

SALA DE CASACION CIVIL

SANTAFE DE BOGOTA, D. C., COLOMBIA — IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA — 1995

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 Saruiento
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

MACISTRADOS 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
Dídimo 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 - Octubre a diciembre de 1993 - Número 2464

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA / ERROR DE HECHO

Puede acontecer que la demanda no venga revestida ora en el campo de las súplicas, ya en el campo de la *causa petendi*, de la precisión y claridad deseadas y, en tal evento, debe ser interpretada por el juzgador en su conjunto y en forma razonada y lógica, con el fin de no sacrificar el derecho sustancial que le asiste al demandante, puesto que la vaguedad que en principio exterioriza o la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante. / En el cumplimiento de la labor de interpretación de la demanda que le corresponde al sentenciador, éste al examinarla y precisar su contenido y alcance, bien puede incurrir en error de hecho, como sucede cuando le cercena su real contenido, por ejemplo, al considerar que el demandante, en una causa de investigación de la paternidad natural, sólo alegó como hechos de la misma dos causales o presunciones, cuando ciertamente exterioriza que se fundó en más causales de las deducidas por *el ad quem* en la hermenéutica del libelo.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / RELACIONES SEXUALES

La demostración de relaciones sexuales, o de hechos de los cuales puedan inferirse aquéllas, pero que sólo han venido a producirse con posterioridad a la época de la concepción podrán servir como medio corroborante respecto de la causal, pero no es ni puede ser medio propio para demostrar la causal por relaciones sexuales que implica ocurrencia que forzosamente ha debido preceder al nacimiento del hijo, o sea, que nunca la causa puede ser posterior al efecto.

PRUEBA / TESTIMONIO SOSPECHOSO / SANA CRÍTICA

Uno de los motivos de sospecha más comunes es el parentesco que exista entre el testigo y una de las partes, porque ese vínculo familiar presupone afecto, como generalmente ocurre, afecto que puede llevar a que el testigo mienta al rendir su declaración en su afán de favorecer a su pariente. En presencia de prueba testimonial de este linaje se debe exigir mayor severidad en la ponderación de la misma. Dentro del postulado de la libre apreciación razonada o de la sana crítica que consagra el derecho probatorio colombiano, el juzgador tiene libertad para apreciar la circunstancia de sospecha y concederle o no fuerza demostrativa.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria / ESTADO CIVIL

Son los presupuestos que integran la causal o presunción de paternidad natural por posesión notoria, el trato, la fama y el tiempo, presupuestos éstos que van encaminados a obtener que se conviertan en los equivalentes jurídicos de una especie de reconocimiento voluntario hecho por el padre ante determinado círculo, y además, por determinado tiempo. Para que esta posesión de estado se ofrezca, menester es que el padre haya dejado una profunda huella del reconocimiento de su paternidad, huella que, además, debe ser pública y no privada, prolongada en el tiempo y no fugaz, continua al menos por un quinquenio y constituida por un comportamiento realizado en presencia de deudos y amigos o del vecindario en general, con tal intensidad, reiteración y de manera tan inequívoca que los vecinos, allegados o amigos hayan reputado al hijo como tal, a virtud del mencionado comportamiento del presunto padre.

ERROR DE HECHO

No acontece el error de hecho, en la modalidad de manifiesto, cuando para establecerlo la censura tenga que recurrir a esforzados raciocinios, ni tampoco tiene ocurrencia cuando el juzgador saca una conclusión razonable o que no choca abiertamente con lo que el elemento de convicción realmente exterioriza, ni cuando la prueba hace posible sacar varias conclusiones, puesto que el elegir una de ellas ya el yerro no aparece como evidente.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria - Prueba / ESTADO CIVIL / INDICIO / RELACIONES SEXUALES

Por la gravedad misma que el estado civil de las personas encierra, el legislador colombiano se ha preocupado siempre porque la demostración de la posesión notoria esté presidida por un criterio, no de simple probabilidad, sino de firme certidumbre. La prueba indiciaria, que tradicionalmente ha sido vista como una probabilidad, que es indirecta, no es por sí sola medio probatorio eficaz para demostrar la posesión notoria de un estado civil. Fue claro el propósito del legislador que ésta se acredite por un conjunto de testimonios fidedignos, que la

establezca de un modo irrefragable. Con el indicio derivado de la no contestación de la demanda, así lo califique de grave la actual legislación, tampoco se puede acreditar, fundamentalmente en las causas de investigación de la paternidad natural, las relaciones sexuales entre la madre y el sedicente padre, por la época en que la ley presume que ocurrió la concepción. Dicha prueba puede sí, unida a otra indicativa de las relaciones sexuales, reforzar y convencer sobre la realización de las mismas, por la época en que se infiere la ocurrencia de la concepción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 3844.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario adelantado por Luzminia Giammaría Salinas contra Elvira Rubio de Giammaría, Antonio Giammaría Castro, Carlos, Ana Teresa, Tulia y Vilma Giammaría Rubio, la primera como cónyuge sobreviviente de José Giammaría Santis y los restantes como herederos.

ANTECEDENTES

I. Por demanda que le correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, solicita la mencionada demandante que con audiencia de los referidos demandados, se le declare hija extramatrimonial del causante José Giammaría Santis, con derecho a heredarlo y a que se le adjudique su cuota hereditaria, así como se disponga la cancelación de las transferencias, gravámenes y limitaciones que de los bienes herenciales hubieren hecho los demandados después de registrada la demanda. Pide además la inscripción de la sentencia y la corrección del acta de nacimiento.

II. La demandante apoya sus pretensiones en los hechos que a continuación se compendian:

a) Que desde 1931 existieron entre José Giammaría Santis y Delfina Salinas relaciones sexuales permanentes, de cuya unión nació la demandante en la ciudad de Barranquilla, el 25 de febrero de 1933, bautizada en la misma ciudad en el año de 1934;

b) "El señor José Giammaría Santis y la señora *Delfina Salinas*, tuvieron una unión de hecho y por ende relaciones sexuales por más de 15 años, en forma estable y notoria y continuas, de esta convivencia nacieron las demandantes y sus otros hermanos de nombre en orden Luzminia Giammaría Salinas, nacida el día 25 de febrero de 1933. Udith Giammaría Salinas, nacida en el año 35 y bautizada en la Iglesia Nuestra Señora del Carmen, ya fallecida y Eduvina Giammaría Salinas, nacida en el año 36 y bautizada

en la Iglesia de Nuestra Señora del Carmen, también ya fallecida y el último de nombre José Nelo Giammaría Salinas, nacido el día 24 de mayo de 1942 y bautizado el 17 de julio de 1943 en la Iglesia de Nuestra Señora del Carmen. Con el nacimiento de todos los anteriores mencionados el padre natural, los acogió y los presentaba como hijos naturales reconocidos por él, contribuyó a la crianza y educación y demás gastos que se requieren en todo hogar, como son moral y económico, compartiendo por más de 15 años el mismo techo de la demandante y todos sus hermanos, hasta que contrajo matrimonio con la señora Elvira Rubio Polo, el día 24 de marzo de 1949, sin embargo siguió reconociéndolos como sus hijos y sosteniendo todos los gastos que demanda un hogar. El señor José Giammaría, presentó a su hija ante todos sus relacionados, familiares y amigos a su hija Luzminia Giammaría Salinas, como su hija, tanto es así que consiguió que sus hijos naturales llevaran sus apellidos y lo usaran permanentemente en todos sus actos públicos y privados como lo demuestran sus respectivas partidas eclesiásticas, ya que antes de la Ley 36 no existía el registro civil para demostrar el estado civil de la persona, por lo que el único requisito para que un hijo natural llevara el apellido del padre natural se requería y se requiere la presencia del padre para que pueda ser bautizado como tal, de lo contrario ponían la palabra hijo de padre desconocido o madre soltera y por ende llevaba sólo el apellido de la madre";

c) Que la demandante aparece en todos sus documentos "como hija natural" del causante Giammaría, como sucede con la cédula de ciudadanía de aquélla;

d) Que el mencionado José matriculó en el Colegio Americano de la ciudad de Barranquilla "a su hija Luzminia Giammaría Salinas";

e) Que "existen escritos del señor José Giammaría Santis, en varias fotos dedicadas a sus hijos extramatrimoniales, donde inequívocamente demuestra ser su padre natural de la demandante Luzminia Giammaría Salinas", documentos que aportará en la etapa probatoria;

f) Que José Giammaría Santis se preocupó por la educación de sus hijos extramatrimoniales, pues "él en forma personal les matriculaba, además les mandaba todos los días el diario... con el empleado señor Alfredo Buzón Redondo, quien duró más de 20 años laborando en la empresa o negocio del hoy fallecido José Giammaría";

g) Que Delfina Salinas "es una mujer hogareña, de buenas costumbres y conducta intachable, que nunca tuvo relaciones sexuales con ningún otro hombre desde que se salió o comprometió con el señor José Giammaría Santis".

III. Impulsado el proceso, sin oposición de los demandados, por cuanto los que respondieron lo hicieron extemporáneamente, la primera instancia terminó con sentencia de 3 de septiembre de 1990, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las súplicas de la demanda, lo que dio lugar a que la parte demandante, contra lo así decidido, interpusiera el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 18 de noviembre de 1991, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso el recurso de casación, que por estar tramitado procede la Corte a resolverlo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Referidos los antecedentes del litigio por el *ad quem*, se ocupa prioritariamente de la pretensión acumulada de petición de herencia, lo cual no se compadece con la lógica que impone las pretensiones acumuladas.

Más adelante el Tribunal se ocupa de la pretensión de investigación de paternidad natural y; una vez que hace un recuento histórico legislativo sobre el punto, sienta las reflexiones siguientes:

1ª) "Como bien lo expresa el *a quo* en la providencia recurrida, dos son las causales utilizadas por el actor para la obtención de sus pretensiones: a) Las relaciones sexuales sobre el presunto padre y la madre de la demandante, dentro de la época en que de conformidad con el artículo 92 del C. C. se presume la concepción, y b) La posesión notoria del estado de hijo de la señora Luzminia Giammaría Santis".

2ª) Que respecto de la causal por relaciones sexuales, se tiene que de "acuerdo con la partida eclesiástica, aportada como prueba del nacimiento por la demandante, ésta nació el día 25 de febrero de 1933, siendo la época de la concepción entre el mes de mayo y agosto de 1932, toda vez que en el derecho colombiano este período es de 120 días cabales. De las declaraciones rendidas evidentemente no se desprenden hechos claros que determinen la existencia de las relaciones sexuales requeridas; tampoco puede inferirse de las declaraciones rendidas por los señores Luciano y Nelson Giammaría, Alfredo Buzón y Carolina Porto de Sarmiento, el trato personal y social entre el presunto padre y la madre, porque ese trato se refiere a relaciones directas entre padre y madre, como serían los cuidados que se le suministren a la madre, las atenciones etc. y el trato social se refiere a las manifestaciones del padre ante la sociedad, las cuales deben demostrarse por hechos fidedignos que sean indicativos de paternidad, y ello no se observa con claridad en esas declaraciones. Ese trato también es necesario para que sirva como indicio de las relaciones sexuales, que haya ocurrido durante la época de la concepción, el embarazo y el parto, situación que tampoco es clarificada por los testigos.

"Conforme a lo anterior resultaba necesario que dentro del plenario se demostrara que precisamente en esa época de la concepción y no en una posterior o anterior, tuvieron ocurrencia las relaciones sexuales invocadas como causal.

"Doctrina y jurisprudencia al unísono han sostenido, que el régimen probatorio de la cuestión de paternidad no puede exigirse un criterio tan severo, que haga casi irrealizable su comprobación judicial. El análisis de los testimonios queda el arbitrio del juez quien debe estudiarlos, considerando las circunstancias personales de cada testigo, el medio en que actuaron, etc.

"Si bien es cierto que tratándose, como en este caso de hechos acaecidos hace más de treinta (30) años, es posible que se incurra en imprecisiones, no lo es menos que en causales como la invocada y estudiada en este punto, es menester situar por expresa disposición de la ley, la existencia de las relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del C. C. pudo tener la concepción.

"Palmar resulta en verdad, que con los testimonios de Nelson Vicente Giammaría Caballero, Luciana Giammaría de Bula y Carolina Isabel Porto de Sarmiento, quienes

nacieron en época posterior a la demandante y peticionaria del reconocimiento, ni por asomo puedan aseverar la existencia de las relaciones sexuales pretendidas, dentro de la época en que se presume la concepción, pues se repite ellos no existían como personas para ese tiempo. Dichos testimonios al igual que el señor Alfredo Buzón resultan ineficaces para el efecto pretendido, pues éste último que tenía para el año de 1932 la edad de 15 años no especificó en su declaración la ocurrencia de las relaciones sexuales entre el mes de mayo y agosto de aquel año, sino simplemente expresó que entre el fallecido y la madre de la demandante existieron esas relaciones.

"Acertó el *a quo*, al negar la ocurrencia de esta causal, en criterio de esta Sala".

3°) Que con relación a la posesión notoria, sus elementos, que consisten en el trato, la fama y el tiempo, "deben ser concurrentes y requieren estar demostrados en forma plena y completa, sin que pueda quedar en la mente del juzgador, el más leve asomo de duda, o en otras palabras como dice la ley, que hayan sido establecidos de un modo irrefragable, es decir que no se pueda contrarrestar. Y agrega la misma ley que la prueba especial, que no única, es mediante un conjunto de testimonios.

"Al aplicar los conceptos jurídicos anteriores al caso específico, objeto de estudio, se encuentra que se presentaron en forma legal, los medios de prueba testimoniales y documentales, circunscribiéndose estos últimos a los acompañados con el escrito de demanda, y a los decretados de conformidad con el artículo 180 del C. de P. C., porque los aportados con posterioridad, aunque reposan físicamente en el expediente no hacen parte del proceso, por haberse presentado luego de precluida la oportunidad para ello. De esta forma no pueden ser objeto de valoración, las fotografías, partidas, registros y escritos, visibles a folios 75 a 90 del expediente. Con relación a las fotografías, se agrega, que ellas aunque hubieran sido introducidas formalmente al proceso, se consideran documentos privados, que como tal debían ser reconocidos para constituirlos en auténticos y otorgarles valor probatorio; y como ello no se hizo no les cabe ninguna posibilidad para tenerlos como prueba.

"La declaración de la señora Luciana Giar maría, nacida tres (3) años después de la demandante que reclama la paternidad informa acerca de la unión entre los señores José Gianmaría Santis (presunto padre) y la señora Delfina Salinas (madre de la demandante); y la razón de la ciencia de su dicho es que ella vivía cerca de la demandante y se considera prima hermana de la misma, porque además estudiaron juntas. Le consta igualmente que el presunto padre a raíz de disgustarse con la madre de la demandante, enviaba dinero a la familia a través de su padre; agrega que la convivencia de los concubinos y el trato como padre duró quince (15) años.

"La declaración del señor Nelson Gianmaría, hermano de la testigo Luciana Gianmaría, si bien hace constar que su tío José Gianmaría, convivió con la señora Delfina Salinas (madre de la demandante), aproximadamente unos quince (15) años; sin embargo, a este declarante no le consta el trato del difunto José Gianmaría para que con la demandante, porque ya para la época en que él nació ya la relación marital estaba en el ocaso.

"La declaración de la señora Carolina Isabel Porto de Sarmiento, informa que le consta la convivencia de la pareja porque ellos convivieron para el año de 1952 y le

consta porque el señor José Gianmaría era el papá de Luzminia que es amigo suyo. Sin embargo su declaración ofrece contradicciones que hacen entrar en dudas, y le resta eficacia al testimonio, como cuando expresa que ella llevaba el pago del teléfono, agua y alimentación y claramente se observa que era un niña pequeña para ese tiempo; igualmente expresó que conoció a la pareja para el año de 1952 y luego agrega que la unión duró hasta el año de 1949 en que el señor Gianmaría se casó.

"Al tercero, Alfredo Bozón le cabe la tacha por sospecha, propuesta, en razón de tener razones para declarar en contra, por haber sido despedido de la empresa de propiedad del señor José Gianmaría, y haber perdido un proceso laboral que instauró contra dicha empresa; empero si se hace abstracción de esa tacha por sospecha, se observa de su declaración que el señor Gianmaría, no realizaba el trato de padre para con la señora Luzminia ya que dicho señor no quería que su otro hijo natural se enterara de la existencia de la señora Luzminia y no agrega en este aspecto de la posesión notoria nada que ayude a tenerla por cierta en este caso particular.

"Las declaraciones recibidas de oficio, en esta instancia, tampoco logra corroborar en forma clara y precisa, por tratarse de la madre de la demandante y de un hermano de la misma que se encuentra tramitando otro proceso de la investigación de paternidad contra los herederos del fallecido José Gianmaría.

"En conclusión se tiene que el conjunto de testimonios recepcionados, si bien podrían orientar a una posible posesión notoria, no alcanza a lograr el suficiente grado de convicción que se exige para la prosperidad de esta causal, toda vez que para declarar la paternidad por posesión notoria se requieren, como ya se dijo testimonios irrefragables del tratamiento del presunto padre como tal sobre el hijo que aspira a esa declaratoria.

"No se constató, se repite, con la eficacia requerida ese tratamiento del señor José Gianmaría, sobre su pretendida hija Luzminia, en forma clara, pública y notoria, de tal forma que el vecindario en general lo detectaran, sin tener que entrar en conjeturas e imprecisiones. Por el criterio de los testimonios pareciera como si el presunto padre utilizara a intermedias personas para ocultar su calidad de tal.

"Debe por último dejarse claro, que no se trata de negarle validez a declaraciones referidas a hechos en donde el testigo era menor de doce años; sino de que esas declaraciones no tienen el suficiente grado de convicción para aceptar los hechos que respalda, y proferir con la certeza exigida la declaratoria de paternidad natural reclamada".

EL RECURSO DE CASACION

Tres cargos, todos dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que serán estudiados en el orden propuesto.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 1º, 4º inciso 3º, 18 y 23 inciso 1º, de la Ley 45 de 1936; 6º ordinal 3º y 10 de la Ley 75 de 1968; 1º, 4º y 9º ordinal

1º de la Ley 29 de 1982; 1239, 1240 ordinal 1º, 1241, 1321, 1322 y 1323 del C.C.; 1º, 2º, 6º, 53, 60, 101 y 106 del Decreto 1260 de 1970, por falta de aplicación, a consecuencia de yerros fácticos cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

En procura de demostrar el cargo, la censura formula los asertos siguientes:

a) Que la ley (arts. 4º, ord. 3º de la Ley 45 de 1936 y 6º de la Ley 75 de 1968) consagra como presunción de paternidad el caso de la existencia de "carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad", o sea, como dice la jurisprudencia, que el documento contenga una confesión escrita, emanada del presunto padre, precisa e inequívoca, esto es, concebida en términos no susceptibles de inteligencia contradictoria. Si hay certeza sobre el hecho de que la confesión inequívoca procede del padre confesante, la declaración de paternidad procede;

b) Que la mencionada causal de paternidad, para su procedencia y aceptación, requiere las siguientes tres exigencias:

1ª. Manifestación hecha por escrito, 2ª. Que el escrito provenga directa y personalmente del padre, y 3ª. Que la confesión allí vertida tenga una aceptación inequívoca de paternidad;

c) Que desde "luego que la declaración de que se trata el ordinal 3º del artículo 4º, precitado, debe haberla consignado el presunto padre de un documento privado (carta u otro escrito cualquiera) y no en acto o documento público, pues si lo es en uno de esta categoría se estaría ante un reconocimiento voluntario de paternidad, que haría inocua la acción judicial de investigación. Y no importa, claramente, a quién se haya dirigido ese escrito privado, ni tampoco los fines que hayan generado su otorgamiento. Como se trata evidentemente de un documento privado y no público, la confesión extrajudicial requiere el establecimiento de su autenticidad, es decir, que el juicio judicial estimativo de la prueba tiende a obtener la certeza del autor de la declaración; su verdadera e indiscutible procedencia del padre confesante de esta paternidad.

"Por manera que, como lo ha dicho y repetido al punto la doctrina jurisprudencial de la Corte, en el caso de esta específica presunción de paternidad extramatrimonial, la prueba escrita debe y tiene que someterse al juicio crítico pertinente, desde luego que 'constituye una ampliación de los medios de prueba en esta clase de acciones sobre estado civil como la admisión de la prueba literal privada, improcedente en el régimen anterior al de la Ley 45, de tal manera que, *para el análisis y justiprecio de su mérito, es preciso dar aplicación a las normas y principios del derecho probatorio en materia de confesión extrajudicial y documentos privados*' (Sent. Cas. 9 de marzo de 1949, precitada) (Lo destacado es mío)";

d) Que "por documento, en sentido lato y de acuerdo con el artículo 251 de los Códigos de Procedimiento Civil que han regido en el país a partir de julio de 1970, debe entenderse 'los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, *fotografías*, (...) y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo...', documentos que son públicos o privados. Y según esta misma norma legal tiene que

entenderse por *documento privado* 'el que no reúne los requisitos para ser documento público', o sea, que no es otorgado por funcionario público, autorizado o suscrito por él, en ejercicio de su cargo o con su intervención.

"De acuerdo con el artículo 279 de la misma codificación procedimental, el documento privado, *cuando es auténtico*, 'tiene el mismo valor que los públicos', es decir que hace 'fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza' (art. 264 *ibidem*). Y según el artículo 252 *ejusdem*, un documento privado es auténtico 'cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado', autenticidad que emana del reconocimiento por su firmante o autor, según los diversos modos previstos al efecto por la ley.

"De conformidad con la preceptiva legal pertinente (art. 252 C. de P. C.), el reconocimiento de un documento privado, para que éste llegue a ser auténtico, puede hacerse de varios modos, entre los cuales debe citarse, por ser relevante en el caso que aquí analizo el tácito previsto por el numeral 3 del indicado artículo 252, que se da cuando habiendo obrado en el proceso y 'afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone', ésta no la tachó de falso oportunamente, *o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289* (resalto), es decir, que si a tales herederos no les consta que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, 'podrán expresarlo así en las mismas oportunidades' indicadas allí, o sea, en la contestación de la demanda, si el documento se acompañó a ésta, o 'dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerle como prueba', en los demás casos".

c) Que si la sentencia está determinada por la demanda, la extensión y contenido del libelo, tienen que ser considerados y analizados por el juzgador en el fallo para darles cabal solución. Porque, cuando el sentenciador, al precisar o interpretar la demanda desacierta respecto de la *causa petendi* y no solamente frente a su *petitum*, incurre en yerro de facto y en quebranto de derecho sustancial, situación que puede alegarse en casación por la causal primera;

d) Que en el caso de este litigio aconteció que la demandante, para sustentar su pretensión de hija extramatrimonial, alegó como fundamento de ella, además de las relaciones sexuales y de la posesión notoria, la presunción inequívoca de paternidad, como bien se desprende del texto de la demanda con que se inició el proceso y, específicamente del contenido del hecho octavo de dicho libelo, que expresa: "Existen escritos del señor José Giammaría Santis, en varias fotos dedicadas a sus hijos extramatrimoniales, donde inequívocamente demuestra ser su padre natural de la demandante Luzminia Giammaría Salinas". Y agrega la recurrente: "Y reiteró la demandante, a través de su apoderado judicial, esa voluntad suya de invocar tal presunción legal al señalar los fundamentos de derecho de su demanda, pues en este capítulo en dicho libelo expresamente citó los numerales 3 y 6 de la Ley 45 de 1936". Empero, el Tribunal, aceptando en el punto los planteamientos del *a quo*, restringe el alcance de la demanda en su *causa petendi*, al afirmar en su sentencia lo siguiente: "Como bien lo expresa el *a quo* en la providencia recurrida dos son las causales utilizadas por el actor para la obtención de sus pretensiones: a) Las relaciones sexuales...; y b) La posesión notoria del estado de hijo";

g) Que con el razonamiento precedente, se tiene que los juzgadores de instancia desacertaron en la interpretación de la demanda con que se inició el proceso, al no ver que en ella se alegaron, para sustentar la paternidad reclamada por la demandante tres causales, y no dos como lo sostienen el *a quo* y el *ad quem* en su fallo. Por tanto, el Tribunal, al restringir o mutilar el contenido de la demanda incurrió en ostensible y trascendente error de hecho, que obviamente lo condujo a no apreciar ni considerar en su fallo las fotografías incorporadas al proceso, singularmente la que obra al folio 76 del cuaderno principal, al respaldo de la cual está vertida la confesión inequívoca de paternidad que se invoca en la demanda inicial del proceso;

h) Que ciertamente "la demandante allegó al proceso las fotografías referidas, como se infiere de su escrito de 12 de enero de 1990, que había anunciado en su demanda, documentos estos que, como los demás, después que decretó la ilegalidad de las actuaciones anteriores el Juzgado de la primera instancia, por auto proferido el 26 de febrero siguiente, ordenó anexar al expediente y tener 'como prueba los documentos anexos a la demanda' (véanse folios 75 a 82 y 95 a 97 cuad. número 1).

"Dentro de dichas estampas fotográficas es visible la que aparece al folio 76, que corresponde a la fotografía del finado José Giammaría Santis, quien al respaldo de ella y para dedicarla a sus destinatarios, de su puño y letra y autenticada con su propia firma, expresó. *'Para mis hijos Luzminia y José Nelo Giammaría de su padre (Fdo.) José Giammaría.*

"Como este documento ha obrado desde entonces en el proceso sin haber sufrido tacha de falsedad alguna, pues los herederos de su firmante ni por asomo han dicho que no les consta que esa firma sea de su causante, ni han expresado objeción en oportunidad alguna, tiene que tenerse por reconocido tácitamente y por ende como documento auténtico, según la preceptiva de los artículos 252, 264 y 289 del Código de Procedimiento Civil. Esa manifestación contenida en él 'para *mis hijos* Luzminia...', hecha por escrito, es una emanación directa y personal, como que él la firmó, del padre y equivale por tanto a confesión inequívoca. Todo lo cual significa que en el caso presente sí se dan los requisitos exigidos para la estructuración y procedencia de la causal 3ª de investigación de la paternidad natural, es decir la existencia de 'carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad', y que por lo consiguiente la declaración de filiación extramatrimonial suplicada por la demandante tiene que hacerse.

"Como ya lo he apuntado, tratándose de un documento privado *auténtico*, pues se encuentra hoy legalmente reconocido, tiene que atribuírsele valor probatorio pleno y como tal apto para acreditar la paternidad natural alegada en la demanda.

"Y es indiscutible que frente al comentado documento privado se ha dado el reconocimiento tácito pues, repito aún a riesgo de fatigar, ha obrado en los autos y no ha sido tachado de falso, desde luego que las personas a las cuales se opone como prueba, los herederos de su autor o firmante, si bien ellos no lo manuscribieron ni lo firmaron, a pesar de haber tenido conocimiento de su existencia desde enero de 1990 no han formulado en oportunidad tacha alguna, quizá porque para ellos esa tacha, dados los antecedentes procesales, les resulta jurídica y moralmente imposible";

i) La recurrente culmina el cargo en los siguientes términos: "Los errores de apreciación de la demanda y de la prueba documental referida que he denunciado y demostrado, tanto en el planteamiento como en el desarrollo del cargo, condujeron a la Sala de Familia del Tribunal de Barranquilla a no analizar una presunción legal de paternidad que se encuentra idóneamente acreditada; y a no declarar, consecuencialmente, esta filiación, con lo cual quebrantó, por falta de aplicación, las normas legales sustanciales cuya infracción denuncio, muy singularmente el ordinal 3° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936.

"Yerro que sube de punto y que la Corte debe corregir si se consideran otros elementos de demostración de la paternidad suplicada, de los tantísimos que obran en el proceso y que refuerzan y vigorizan la calidad de hija extramarital que la demandante tiene en relación con el finado José Grammuría Santis, los cuales no pueden ser irrelevantes al estudiar y decidir esta primera presunción legal, puesto que, como lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte Suprema, '...los hechos concernientes a una causal de paternidad natural que no aparece plenamente establecida, sirven no para demostrar una causal distinta, *sino para fortalecer el grado de certeza de las pruebas que acreditan otra causal*. No se trata de que unas pruebas le sirvan de complemento a otra, *sino de refuerzo del valor de convicción que ofrecen las que comprueban una causal*' (Sents. Cas. Civ. 16 noviembre 1967, no publicada pero sí consultable en los archivos de la Corte, y 12 de junio de 1973, Revista 'Jurisprudencia y Doctrina', T. II, No. 21, p. 558) (destaco en bastardillas)".

Se considera

1. Como quiera que la demanda con la que se inicia un litigio ciertamente constituye la pieza fundamental del proceso, la legislación ritual se ha preocupado de señalar el conjunto de requisitos formales a los cuales debe sujetarse el demandante al estructurarla, en procura de que se le pueda dar curso por el juzgador y el demandado pueda enterarse de lo que se pretende mediante dicho escrito y cuáles son los fundamentos de *facto et jure* de la misma, pues específicamente establece la legislación en el punto que se deben referir "los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados", y además, expresar lo que se pretende, "con precisión y claridad" (art. 75 del C. de P. C.).

2. Empero, puede acontecer que la demanda no venga revestida, ora en el campo de las súplicas, ya en el campo de la *causa petendi*, de la precisión y claridad deseadas y, en tal evento ha sostenido la doctrina reiterada de la Corte que debe ser interpretada por el Juzgador en su conjunto y en forma razonada y lógica, a fin de no sacrificar el derecho sustancial que le asiste al demandante, puesto que la vaguedad que en principio exterioriza o "la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante" (Cas. Civ. de 12 de diciembre de 1936, T. XLVII, pág. 483).

3. Ahora, también ocurre que en cumplimiento de la labor de interpretación de la demanda que le corresponde al sentenciador, éste al examinarla y precisar su contenido y alcance, bien puede incurrir en error de hecho, como sucede cuando le cercena su real contenido, por ejemplo, al considerar que el demandante, en una causa de investigación de la paternidad natural, sólo alegó como hechos de la misma dos causales o presuncio-

nes, cuando ciertamente exterioriza que se fundó en más causales de las deducidas por el *ad quem* en la hermenéutica del libelo.

4. En la especie de esta litis se tiene que, al examinar la demanda con la que se inició el proceso, el demandante no sólo alegó y refirió hechos respecto de las causales por relaciones sexuales y posesión notoria, sino que fundó la pretensión de filiación en la existencia de documentos contentivos de una confesión inequívoca de paternidad natural, pues es eso lo que se desprende de la simple lectura de la demanda y concretamente del hecho octavo de la misma. De suerte que en esta primera parte de la acusación le asiste razón a la parte recurrente.

5. Con todo, la acusación, en la parte ya examinada no es suficiente para producir el quiebre de la sentencia del *ad quem*, por los motivos que seguidamente se ponen de presente:

a) Cuando el cargo viene montado por la causal primera de casación, por yerro de facto, no sólo es menester que el error sea evidente o manifiesto, sino que también es necesario que sea trascendente, esto es, que influya en la resolución, de tal manera, que de no haberse cometido por el fallador, éste habría decidido el litigio en sentido diferente o contrario.

En otros términos, si el yerro existe, pero a pesar de ello no condujo al sentenciador a decidir en forma contraria a la legal, el desacierto, por ser intrascendente, no tiene el vigor de desquiciar el fallo impugnado;

b) Porque la prueba documental, contra lo que dice la parte recurrente, no fue aportada en las oportunidades legales, ni fue ordenada tener como prueba por el juzgador, o sea, no obra en el proceso con sujeción a la disciplina probatoria en el punto (75, 77, 174, 180, 183, 243, 361, 399 y 410 del C. de P. C.). Porque, en efecto, los documentos fotos no fueron aportados junto con la demanda, como era en principio su deber y así lo vio el Tribunal. Y, por esta circunstancia, tampoco se produjo su reconocimiento tácito (arts. 252 num. 3 y 276 del C. de P. C.);

c) Si no obra prueba documental demostrativa de una confesión inequívoca de paternidad natural, se tiene que el yerro que cometió el *ad quem* en apreciación de la demanda es intrascendente. Siendo así las cosas, el cargo no se abre paso.

Cargo segundo

Mediante este cargo acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 1º, 4º inciso 4, 18 y 23 inciso 1º de la Ley 45 de 1936; 6 ordinal 4º y 10 de la Ley 75 de 1968; 1, 4 y 9 ordinal 1º de la Ley 29 de 1982; 1239, 1240 ordinal 1º, 1241, 1321, 1322 y 1323 del C. C., 249 y 25 del C. de P. C.; y 1, 2, 5, 6, 53, 101 y 106 del Decreto 1260 de 1970, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Comienza la censura por destacar algunas directrices doctrinales sobre la prueba de las relaciones sexuales, luego de lo cual, en procura de demostrar el cargo, sienta los asertos siguientes:

a) "En primer lugar debo decir que configura un yerro fáctico ostensible el aseverar, como lo afirma el Tribunal *ad quem* en su fallo, que el testigo Alfredo Buzón 'no

especificó en su declaración la ocurrencia de las declaraciones sexuales entre el mes de mayo y agosto de aquél año', alude a 1932, puesto que si se lee su declaración jurada rendida el 21 de mayo de 1990 (fls. 114 a 117 cuad. 2º), se advierte que este declarante, quien fue empleado del extinto José Giammaría Santis pues trabajó con éste en su fábrica de espaguetis 'La Napolitana', 'y trabajé con él *desde el año de 1930*', afirmó sin dubitación alguna que entre los citados José y Delfina sí existió un trato sexual que duró 'largo tiempo', unión de la cual nacieron Luzminia y Nelo 'y una chiquita que se murió de trece años'.

"En esa misma diligencia el declarante ratificó su testimonio rendido el 7 de diciembre de 1989 (fls. 72 y 73 cuad. No. 1), en donde expresó, dando muy atendibles razones de la ciencia de su dicho, que 'el señor Giammaría iba a a la casa de la señora Delfina y dormía allá, pero no desayunaba, porque el desayuno se lo mandaban a la fábrica, almuerzo y comida'; que el testigo era 'de tanta confianza del señor José Giammaría Santis que cuando su hijo Carlos Giammaría Rubio estuvo preso (...) yo quedé al frente de la fábrica, *es por eso que sé todo lo que declaré*'.

"De manera que si el testigo afirma que vivió y trabajó con el finado José 'desde el año de 1930' y que por eso pudo advertir la convivencia íntima que desde entonces tuvo éste con Delfina Salinas, es errado ostensiblemente aseverar que el testigo no ubicó en el tiempo las relaciones sexuales que narra, mucho menos que no los coloca por la época de la concepción de Luzminia Giammaría Salinas, que debió ocurrir en 1932, algún tiempo después del inicio de tales relaciones. Error fáctico evidente y trascendente que sube de punto si se considera, como lo ha dicho la Corte, que cuando la demanda de paternidad se funda en que existieron relaciones sexuales, no es indispensable precisar en qué día se iniciaron o en cuál terminaron";

b) "En segundo lugar debo poner de presente que también incurrió en yerro fáctico evidente y trascendente el Tribunal de Barranquilla al no ver, ni apreciar por tanto en su fallo, los indicios de paternidad que se encuentra en los testimonios de los declarantes Luciana Giammaría, Nelson Vicente Giammaría Caballero y Carolina Isabel Porto de Sarmiento, rendidos el 21 de mayo de 1990 y visibles a los folios 110 a 113 y 121 a 122 del cuaderno principal.

"Porque si evidentemente estos tres declarantes nacieron con posterioridad a la demandante y por ello no pueden aludir o deponer sobre hechos ocurridos antes del nacimiento de ésta, es lo cierto que tales testimonios no se pidieron ni practicaron con el propósito de que indicaran la época de ocurrencia de unas relaciones carnales que ellos obviamente no pudieron percibir, sino con el exclusivo fin de que depusieran sobre el trato personal y social habido entre Delfina Salinas y José Giammaría Santis, para inferir de dicho tratamiento las relaciones sexuales que entre ellos existieron, apreciada esa conducta entre tales dos personas dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, tal cual lo autoriza al efecto el segundo inciso del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, con sus reformas introducidas por la Ley 75 de 1968.

"Y es indiscutible, ciertamente, que en tales declaraciones hay multitud de indicios que conducen a inferir la existencia de tales relaciones sexuales estructurales de presunción legal de paternidad natural, así los deponentes no ubiquen ese tratamiento carnal en una época precisa y determinada. Dice la primera declarante, en efecto, que

'José y Delfina tenían vida marital, inclusive vivíamos cerca'; que 'mi tío vivía en casa de Delfina, pero tuvo que retirarse a razón del disgusto que ella tuvo con él cuando se enteró de sus relaciones con Elvira, que era la hija de la muchacha del servicio de la casa'; que supo y le consta que de 'esa unión hubo cuatro hijos, tres hembras y un varón' y 'mi tío se paseaba orgulloso con ellos'. Y el testigo Giammaría Caballero, como la anterior declarante, también afirma que 'mi tío convivió con la señora Delfina Salinas aproximadamente unos 15 años', convivencia de la cual hubo cuatro hijos, cuyos nombres cita, entre ellos el de Luzminia, que fue una relación permanente, lo que ya había expresado en declaración de 7 de diciembre de 1989, que ratificó (fls. 70 y 71 *ib.*); en la cual expresó que esa relación íntima duró hasta cuando el finado José 'se enamoró de la hija de la sirvienta de la señora Delfina Salinas, la cual fue su esposa después, se llama Elvira Rubio'. Igualmente rica en datos de este tratamiento entre tales dos personas es la declaración de Carolina Porto de Sarmiento, quien es al respecto coincidente con lo afirmado por los dos anteriores testigos.

"Errores de hecho los dos apuntados que son evidentes si se considera, como es de rigor considerar, que, como lo ha dicho la Corte en oportunidades múltiples, 'si el testigo ha de dar razón de su dicho y si, en principio esta razón ha de ser explícita o sea formalmente referida, *no repugna que ella esté implícita en los términos de la exposición misma, tomada en su conjunto;* y si tratándose de una declaración cuyos varios puntos, por razón de la materia, estén íntimamente enlazados entre sí, *la razón de las respuestas podría encontrarse en la contestación dada a otro de los puntos.* Como lo enseña la doctrina, *cuando se trata de la prueba testimonial, no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que debe serlo en su conjunto para deducir su verdadera justificación*' (Cas. Civ. 21 febrero 1964. G. J. T. CVI, p. 140) (Destacado mío)";

c) El Tribunal Superior de Barranquilla, en ejercicio de sus facultades y deberes oficiosos, mediante auto de 3 de abril de 1991 (fl. 30 Cuad. No. 2), decretó como pruebas en la segunda instancia del proceso y recibió las declaraciones juradas de Delfina Salinas y José Nello Giammaría. Sin embargo de ello el decreto y recepción de tales declaraciones advinieron a resultar actos inocuos, pues a pesar de que el Tribunal las estimó necesarias y por eso las decretó, en su sentencia prescindió u omitió absolutamente considerarlas, omisión que implica incurrir en error de hecho evidente por preterm isión, en lo que ellas pueden arrojar datos para inferir las relaciones sexuales.

"Y estas dos deposiciones, visibles a los folios 49 a 55 y 58 a 62 del cuaderno segundo, amplísimas en su contenido y bien fundamentadas en sus dichos, son ricas en datos que demuestran el trato personal y social habido entre Delfina Salinas, la madre de la aquí demandante, y el señor José Giammaría Santis, trato o tratamiento éste que, apreciado en las precisas circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, teniendo en cuenta su intimidad y continuidad, sí permiten inferir de él las relaciones sexuales habidas entre tales dos personas por la época en que la demandante fue concebida.

"Como tal no hizo el Tribunal en su fallo, hubo de su parte error de hecho con preterm isión de pruebas, y por lo consiguiente denegó la declaración de paternidad suplicada, a la que ha debido acceder con apoyo en toda la prueba testifical practicada,

tanto a instancia de la demandante como de la que fue iniciativa del Tribunal, pues así unos testimonios como los otros, analizados en su conjunto, contribuyen a dar por establecidas las relaciones sexuales alegadas como presunción de paternidad en la demanda inicial del proceso";

d) En otro error mayúsculo y trascendente incurrió además el Tribunal al no haber visto ni apreciado en su fallo indicio grave que surge de la falta de contestación a la demanda. En efecto,

"Notificado que fue el auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de ésta, los demandados Giammaría Castro, Ana Teresa y Vilma Giammaría guardaron silencio; los tres restantes, o sea Elvira Rubio de Giammaría, Carlos y Julia Giammaría Rubio sí la contestaron pero tardíamente, por lo que el Juzgado no les admitió sus réplicas en autos de 31 de agosto y 20 de octubre de 1989 (fls. 50, 51, 60 y 61 cuad. No. 1), lo que equivale a no contestación de la demanda.

"No advirtió el *ad quem*, sin embargo, esas circunstancias procesales y debido a tal omisión no apreció en su fallo, como le correspondía en acatamiento a la preceptiva de los artículos 95, 249 y 250 del C. de Procedimiento Civil, por lo que incurrió en yerro fáctico evidente, el indicio grave que en contra de los demandados emana de su conducta en el proceso y concretamente de la falta de contestación a la demanda";

e) Finalmente dice el casacionista que estos errores suben de punto, cuando el Juzgador, como lo ha dicho la Corte, para dar por demostrada la causal por relaciones sexuales, puede acudir, como elemento corroborante, a otros hechos, aún tocantes con otras causales.

Cargo tercero

Acúsase la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 1, 4 inc. 2°, 18 y 23 inc. 1° de la Ley 45 de 1936; 6 ordinal 6°, 9, 10 y 30 de la Ley 75 de 1968; 1, 4 y 9 de la Ley 29 de 1982; 398, 399, 1239, 1240 ord. 1°, 1241, 1321, 1322 y 1323 del C. C.; y 1, 2, 5, 6, 53, 60, 101 y 106 del Decreto 1260 de 1970, por falta de aplicación, por errores de hecho y de derecho cometidos en la estimación de las pruebas.

Respecto de los yerros fácticos, relativos a la causal por posesión notoria, una vez que recuerda algunos derroteros doctrinales sobre la prueba de dicha causal, hace los planteamientos siguientes:

a) Que con los testimonios de Luciana Giammaría de Bula; Nelson Vicente Giammaría Caballero, Carolina Isabel Porto de Sarmiento y Alfredo Buzón Redondo, que destaca y transcribe en lo pertinente, se tiene que la "integridad de estas afirmaciones testificales, hechas razonada y concordemente por sujetos hábiles todos para testimoniar, estrechamente vinculados por habitación y actividades con los lugares donde se escenificaron los hechos sobre los cuales deponen y con las personas que fueron los protagonistas de esas conductas, analizadas con ponderada ecuanimidad de criterio en el conjunto de ellas forman, permiten deducir, al contrario de lo que dedujo el Tribunal en su fallo, que sí está establecida la posesión notoria del estado de hija que la demandante alega tener en relación con el finado José Giammaría Santis. Porque es lo cierto que de toda esa narrativa se infiere nítidamente que el mentado Giammaría Santis

dejó una profunda huella del reconocimiento de su paternidad en relación con los hijos de Delfina Salinas, dentro de los cuales se enlista a Luzminia, la aquí demandante, huella que llegó a ser pública y no privada; prolongada en el tiempo y no meramente transitoria o fugaz, pues que duró al menos por tres quinquenios; y que por ello los deudos y amigos de tales personas reputaron a la demandante como hija del citado José Giammaría";

b) Que dentro del término del traslado que se le dio a los demandados para que contestaran la demanda con la que se inició el proceso, se tiene que las demandadas Giammaría Castro, Ana Teresa y Vilma Giammaría Rubio guardaron silencio; los demás demandados, lo hicieron por fuera del término, por lo que el Juzgado, por auto de 31 de agosto de 1989, "no admitió tales contestaciones", lo que "equivale a decir que ninguno de los demandados dio respuesta a la demanda inicial del proceso", conducta ésta respecto de la cual el artículo 95 del C. de P. C. establece que será apreciada por el juzgador como indicio grave en contra del demandado, a menos que la ley le atribuya otro efecto. Por demás los artículos 249 y 250 del mismo Código disponen que el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes, los que apreciará en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad. Y acontece que el *ad quem* no advirtió "que ninguno de los seis demandados replicó la demanda", o sea, "que no vio la correspondiente actuación procesal surtida", "concretamente los autos de 31 de agosto y 20 de octubre de 1989", omisión que lo condujo a no apreciar en su fallo el indicio grave que fluye, por mandato de la ley, de la no contestación de la demanda, incurriendo, por ende, en otro yerro evidente, que de no haberlo cometido, habría conducido a reconocer la posesión notoria invocada;

c) Que el Tribunal, por considerar necesario para decidir la litis, decretó como prueba de oficio los testimonios de Delfina Salinas y José Nelo Giammaría, quienes muy ampliamente, en forma precisa y clara, narraron hechos atinentes a la controversia, a pesar de lo cual las estimó sospechosas por parentesco, incurriendo así en error de derecho (arts. 217 y 218 del C. de P. C.), pues según la ley y doctrina que cita y transcribe, el Juzgador no puede declarar de oficio tachas por tal aspecto y menos en frente de pruebas decretadas de oficio.

Se considera

1. Entre las causales o presunciones de paternidad natural, la Ley 75 de 1968 señala como tal las relaciones sexuales habidas entre la madre y el supuesto padre. Y orientado el legislador de ese entonces, sobre la idea de hacer un estatuto más expedito y eficaz, estableció que dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el supuesto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad (arts. 6º, 4º, incs. 1º y 2º de la Ley 75 de 1968).

2. Según los antecedentes del inciso 2º del numeral 4 del artículo 6º de la Ley 75, los hechos indicativos y de los cuales puede inferirse las relaciones sexuales deben estar revestidos de conexidad y reiteración, puesto que cuando se trata de una conducta ordinaria o común en las relaciones sociales, como la que acontece entre simples amigos, o la que sucede en relaciones ocasionales, estas manifestaciones no tienen la fuerza suficiente para poner de manifiesto la existencia de trato sexual, y por ende, sirvan para

declarar el estado de hijo extramatrimonial de una persona. En efecto, sobre el particular y cuando se discutió en el Congreso la Ley 75, se afirmó allí que como fuera en principio "imposible demostrar la relación sexual y sólo pueda inferirse de otros hechos más o menos graves, permanentes, íntimos, conexos, etc., que son hechos perceptibles por los sentidos, es decir, demostrables directa y objetivamente en forma que no es común entre amigos o relacionados transitorios, por lo cual pueden llevar al juez a la convicción de la paternidad". Empero, es entendible que ese trato personal y social ocurrido entre la madre y el supuesto padre, para que de él pueda inferirse las relaciones sexuales, debe tener relación temporal con la época en que según la ley debió ocurrir la concepción.

Porque, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, la demostración de relaciones sexuales, o de hechos de los cuales puedan inferirse aquéllas, pero que sólo han venido a producirse con posterioridad a la época de la concepción podrán servir como medio corroborante respecto de la causal, pero no es ni puede ser un medio propio para demostrar la causal por relaciones sexuales que implica ocurrencia que forzosamente ha debido proceder al nacimiento del hijo, o sea, que nunca la causa puede ser posterior al efecto.

3. Igualmente consagra la ley, como presunción de paternidad, la posesión notoria del estado de hijo, esto es, cuando durante cinco (5) años continuos por lo menos (art. 9° Ley 75 de 1968), el padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y por razón de este tratamiento, sus deudos y amigos o el vecindario en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre (arts. 398, 399 del C. C., y 9° de la Ley 75 de 1968).

4. La regulación precedente ha dado lugar a que la doctrina afirme que tres son los presupuestos que integran la causal o presunción de paternidad natural por posesión notoria, o sea, el trato, la fama y el tiempo, presupuestos éstos que, como igualmente lo tiene declarado la jurisprudencia, van encaminados a obtener que se convierten en los equivalentes jurídicos de una especie de reconocimiento voluntario hecho por el padre ante determinado círculo, y además, por determinado tiempo.

5. En lo tocante con esta causal ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que para dar por demostrada "la posesión notoria del estado civil de hijo natural no basta que los testigos digan en forma genérica que el demandado era tratado como tal; requiérese que claramente se refieran, ya individualmente, ya en conjunto, a que el hombre, señalado como progenitor, proveyó a su subsistencia de quien se dice hijo, a su educación y establecimiento y, además, que se pruebe que, en virtud de tal tratamiento, sus deudos o amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre. Para que se configure esta causal no basta pues que el demandado haya dicho que es hijo suyo quien reclama su paternidad o que lo haya presentado como tal, desde luego que, por una parte, el hecho de que el padre presente a sus deudos y amigos como hijo a quien demanda la paternidad, sólo debe ser demostrado en tratándose de la posesión del estado de hijo legítimo y no de la natural, y, de otra parte, porque el texto del artículo 6°, ordinal 6° de la Ley 75 de 1968, no permite deducir la presunción de paternidad de aquel hecho aislado; menester es la prueba de los otros antecedentes expresamente señalados por la ley (Cas. Civ. de 21 de agosto de 1975).

Precisamente la Corte en fallo relativamente reciente y atinente a la disciplina jurídica probatoria de la causal de paternidad natural, por posesión notoria, afirmó lo siguiente:

"En efecto, hoy en día no se discute que, tratándose de la declaración de paternidad natural con fundamento en la posesión notoria del estado de hijo, continúa imperando un sistema normativo cuyas directrices cardinales bien pueden quedar compendiadas en las siguientes ideas básicas:

"En primer lugar, al igual que en materia matrimonial o de filiación legítima, el concepto de '...posesión...' aplicable al estado civil y en particular al que emerge de la filiación extramatrimonial, denota, por definición, una situación muy peculiar resultante de hechos concluyentes en punto de crear una apariencia jurídica que, en cuanto tal, 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 texto del 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, o lo que a esto equivale, basada aquella en comportamientos que, sustituyendo las sabidas solemnidades de un reconocimiento formal 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.

"La Corte ha puntualizado en repetidas ocasiones, que una vez acreditada en los términos legales requeridos la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, es sin duda el evento '...que deja más satisfecha la conciencia del fallador y más plena de convicción su mente, porque para que esta posesión de estado se ofrezca, menester es que el padre haya dejado una profunda huella del reconocimiento de su paternidad, huella que, además, debe ser pública y no privada, prolongada en el tiempo y no fugaz, continua al menos por un quinquenio y constituida por un comportamiento realizado en presencia de deudos y amigos o del vecindario en general, con tal intensidad, reiteración y de manera tan inequívoca que los vecinos, allegados o amigos hayan reputado al hijo como tal, a virtud del mencionado comportamiento del presunto padre...' (G. J. T. CLXXII, pp. 161 a 170)" (Cas. Civ. de 29 de junio de 1989, CXVI, págs. 197 a 198).

6. Por otra parte, según doctrina reiterada de la Corte, lo relativo a apreciar si "la prueba de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural son fidedignos, irrefragables y concluyentes es materia que queda sometida, preponderantemente, al poder discrecional de los juzgadores de instancia, por tratarse de inferencias cuyo significado y alcance ha de valorar el fallador a su prudente arbitrio. La Corte, con ocasión del recurso extraordinario, no podría variar la apreciación hecha por el Tribunal al respecto, a menos que hubiese cometido un error evidente de hecho, o uno de derecho en las apreciaciones de las pruebas aportadas para la demostración de la posesión notoria" (Cas. Civ. de 12 de agosto de 1967).

7. Es del caso poner de presente, de otro lado, que la ley expresa que son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez se encuentren en circunstancias que comprometan su credibilidad o imparcialidad, tales como el parentesco existente entre el testigo y la parte. Y la razón de ser de la posible afectación de la credibilidad estriba, como lo sostiene la doctrina de la Corte, en que "se pone en duda que está diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas correspondan a la realidad; de que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suspensión de que sus afirmaciones no son verídicas y, por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez. Uno de los motivos de sospecha más comunes es el parentesco que exista entre el testigo y una de las partes, porque ese vínculo familiar presupone afecto, como generalmente ocurre, afecto que puede llevar a que el testigo mienta al rendir su declaración en su afán de favorecer a su pariente" (Sent. de 12 de febrero de 1980). Y también ha sostenido la jurisprudencia que si bien en presencia de prueba testimonial de este linaje se debe exigir mayor severidad en la ponderación de la misma, también ha afirmado que dentro del postulado de la libre apreciación razonada o de la sana crítica que consagra el derecho probatorio colombiano, el juzgador tiene libertad para apreciar la circunstancia de sospecha y concederle o no fuerza demostrativa.

8. Hechas las reflexiones precedentes, se tiene que uno de los presupuestos que exige el buen suceso de un cargo por error de hecho cometido por el *ad quem*, es el de que la conclusión de orden fáctico sacada por el sentenciador derivada del yerro deba ser contraevidente, o sea, contraria a la ciertamente establecida por la prueba en cuestión. No acontece el error de hecho, en la modalidad de manifiesto, cuando para establecerlo la censura tenga que recurrir a esforzados razonamientos, ni tampoco tiene ocurrencia cuando el juzgador saca una conclusión razonable o que no choca abiertamente con lo que el elemento de convicción realmente exterioriza, ni cuando la prueba hace posible sacar varias conclusiones, puesto que al elegir una de ellas ya el yerro no aparece como evidente. "Si una determinada prueba -tiene dicho la Corte- admite dos o más interpretaciones diferentes, que no están reñidas con la lógica, acoger una cualquiera de ellas no entraña la comisión de error manifiesto, desde luego que tal suceso no desacompasa con la realidad procesal. Y aunque en el sentir de la Corte o del censor, la interpretación no acogida por el Tribunal o por el Juez fuese más ajustada a la lógica, el simple hecho de que la otra no sea arbitraria ni contraevidente, sería bastante razón para que la Corte no pudiera variarla, porque no aparezca diáfanamente la arbitrariedad o la contraevidencia, los juicios del juzgador de segundo grado son intocables" (Cas. Civ. de 21 de septiembre de 1973).

9. También es preciso observar que si bien la doctrina de la Corte ha venido afirmando que el juzgador, en la ponderación de la prueba de estas causas de investigación de la paternidad natural no debe hacerlo con un criterio de excesivo rigor que haga imposible su demostración, igualmente ha afirmado que en la evaluación de los medios de convicción no puede situarse en el extremo contrario, porque no se puede desconocer o subestimar que está de por medio la definición, con certeza, de un estado civil, respecto del cual la legislación impone que aparezca de manera indubitable. De ahí, por ejemplo,

que la jurisprudencia venga sosteniendo que "como el tiempo se encarga de sacar el balance consolidado de los hechos sociales, la posesión del estado de hijo natural es prueba excepcionalmente de tal estado, desde luego que entraña una confesión espontánea, reflexiva e insistentemente reiterada de la paternidad. Mas, por la gravedad misma que el estado civil de las personas encierra, el legislador colombiano se ha preocupado siempre porque la demostración de la posesión notoria esté presidida por un criterio, no de simple probabilidad, sino de firme certidumbre... . Lo cual significa que la prueba indiciaria, que tradicionalmente ha sido vista como una probabilidad; que es indirecta desde luego que de un hecho conocido se infiere la posible existencia de otro, no es por lo tanto por sí sola medio probatorio eficaz para demostrar la posesión notoria de un estado civil. Fue claro el propósito del legislador que ésta se acredite por un 'conjunto de testimonios fidedignos, que la establezca de un modo irrefragable' con todas sus características peculiares (LXXVI, 635 y LXXX, 298)" (Sentencia de 3 de marzo de 1984). Y con el indicio derivado de la no contestación de la demanda, así lo califique de grave la actual legislación, tampoco se puede acreditar, fundamentalmente en las causas de investigación de la paternidad natural, las relaciones sexuales entre la madre y sedicente padre, por la época en que la ley presume que ocurrió la concepción. Dicha prueba puede sí, unida a otra indicativa de las relaciones sexuales, reforzar y convencer sobre la realización de las mismas, por la época en que se infiere la ocurrencia de la concepción.

10. Regresando al cargo segundo y respecto del testimonio rendido por Alfredo Buzón, si bien éste afirma que las relaciones sexuales ocurridas entre José Giammaría y Delfina "duraron largo tiempo", lo cierto es que esta afirmación da para sentar la conclusión que en el punto sacó el *ad quem*, o sea, que no la ubicó, con la claridad deseada, entre los meses de mayo y agosto de 1932, máxime que al insistirle el juez, en preguntas posteriores, respondió sin precisar el tiempo en que ocurrieron las relaciones sexuales, lo cual permite inferir que no se da en el punto el yerro fáctico que le endiga la censura. Y tampoco se da error de hecho respecto de las declaraciones rendidas por Luciana Giammaría, Nelson Vicente Giammaría y Carolina Isabel Porto de Sarmiento al haber concluido el *ad quem* que con ellas no se establecía las relaciones sexuales ocurridas entre el citado José y Delfina por la época en que la ley presume ocurrencia de la concepción de la demandante, porque dichos declarantes nacieron con posterioridad a la actora, pues ya la Corte sentó atrás los alcances del inciso 2º del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968. Menos se da el yerro de hecho evidente, con la característica de trascendente, respecto de la circunstancia de haber pasado por alto el Tribunal los testimonios de Delfina Salinas y José Nelo Giammaría en el examen de la causal por relaciones sexuales, porque ni lo aludió a dicha prueba en el punto atinente al estudio de la causa, por relaciones sexuales, su fuerza de convicción se encuentra comprometida, por ser Delfina madre de la demandante y José Nelo, hermano de ésta, fuera de que este último es demandante en otro proceso de investigación de la paternidad natural en el que figuran como demandantes las mismas personas de este proceso, y por demás, también el testigo citado nació por posterioridad a la aquí actora. Queda de los yerros de facto que le achaca la censura, por examinar, el indicio derivado de la no contestación de la demanda, respecto de la cual, como ya lo advirtió la Corte, no es suficiente, por sí solo, para acreditar las relaciones sexuales.

11. En lo que tiene que ver con el cargo tercero, éste, al igual que los anteriores, tampoco se abre paso, en primer lugar porque el *ad quem*, al precisar los elementos estructurales de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, en lo atinente al trato entre el hijo y el padre consistente en que éste debe proveer a la subsistencia, educación y establecimiento de aquél, fuera de ser constantes y regulares, deben ser ostensibles y públicas, porque ése es el medio indicativo que hace que deudos, amigos y el vecindario reputen, por esa serie de hechos, que el padre trata al hijo como tal; y en lo tocante con la fama, ésta se da cuando esas personas llegan, por la observación de esos hechos ostensibles y públicos, al convencimiento del parentesco paterno filial; que tales hechos requieren estar acreditados en forma plena, de tal manera que no quede en la mente del juzgador duda alguna, porque la ley exige que deben aparecer establecidos de "modo inefragable", es decir que no se puedan contrarrestar; que la prueba testimonial, que consiste en las declaraciones rendidas por Luciana Giammaría, Nelson Giammaría, Carolina Isabel Porto, Alfredo Buzón, Delfina Salinas y José Nelo Giammaría, apuntándole al segundo que no le consta el trato del difunto José Giammaría para con la demandante, porque para la época en que el testigo nació, "ya la relación marital estaba en el ocaso", señalándole a la tercera las contradicciones en que incurrió, precisando respecto del cuarto, los motivos de sospecha o parcialidad y, por demás, la reserva o no publicidad del trato paterno filial de José Giammaría respecto de la demandante, y destacando, con relación a los dos últimos, el parentesco de estos con la demandante y la existencia de un proceso civil de investigación de la paternidad natural adelantado por José Nelo Giammaría contra los "herederos" del presunto padre de la aquí demandante; que, en síntesis, con dicha prueba, no se estableció que el trato que le dio José Giammaría a la demandante Luzminia, hubiese sido claro, público y notorio; "de tal manera que el vecindario en general lo detectara, sin tener que entrar a conjeturas e imprecisiones", pues todo indica que fue oculto.

Visto lo anterior, se tiene que el examen que hizo el fallador de segundo grado respecto de la prueba testimonial y la ponderación y conclusiones que sacó de la misma son posibles según lo que el mismo medio de convicción exterioriza, por lo que no incurrió en los desaciertos de hecho y de derecho que le achaca la censura. Y tampoco incurrió en yerro facto al no tener por demostrado el estado civil de hija extramatrimonial de la demandante por posesión notoria, derivado de la no contestación de la demanda, por los motivos o reflexiones que atrás hizo la Corte.

Lo dicho es suficiente para concluir que los cargos no prosperan.

RESOLUCION:

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 pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

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

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

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

Interpretación de la Demanda / Congruencia / Error de Hecho

El estudio de la demanda como uno de los puntos de referencia que deben servir al juez para determinar hasta dónde llegan sus atribuciones en el cumplimiento de su altísimo deber de administrar justicia, no se agota pues, como pudiera pensarse, en el análisis de las pretensiones del libelo, sino en la observación conjunta de éstas y las circunstancias fáctico-jurídicas que le sirven de apoyo al cabo de cuyo ejercicio no debe hallar ausentes ni la expresión clara y precisa de lo que se pretende, ni la debida clasificación y determinación de los hechos que son su causa. Si al término de dicha labor encuentra que el libelo no cumple con esas exigencias formales, es decir, que no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos ni en las súplicas, el juez está llamado a interpretarlo para desentrañar el verdadero propósito de su autor y no sacrificar el derecho sustancial, labor que sin embargo no le da atribuciones para pronunciarse, al momento de fallar, sobre pretensiones no propuestas o hechos no invocados, pues esta conducta, que sería de recreación del libelo y no de interpretación del mismo, no sólo violaría el derecho de defensa del demandado sino que volvería el fallo incongruente. / Como el sentenciador goza de autonomía para interpretar la demanda, a la Corte no le es factible apartarse de las conclusiones que en ese campo haya sacado aquél, sino en la medida en que se observe error evidente de hecho en el examen de la misma.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 3899.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este proceso ordinario instaurado por Fundación Caja Vocacional -en liquidación- frente a la Arquidiócesis de Tunja.

ANTECEDENTES

I. Mediante demanda de 1º de diciembre de 1988, repartida al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, la Fundación Caja Vocacional -en liquidación-, representada por su liquidador Alfredo Holguín Pombo, demandó a la Arquidiócesis de Tunja, con el fin de que se hagan por la justicia, previa tramitación de proceso ordinario de mayor cuantía, las declaraciones siguientes:

"*Pretensiones principales*

Primera. Que la entidad denominada Fundación Caja Vocacional, o simplemente, Caja Vocacional (hoy en liquidación) estipuló a nombre de la Arquidiócesis de Tunja, la compra de la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi de 227.500 acciones de capital emitidas por la mencionada entidad financiera de la construcción.

"Segunda. Que la estipulación de que trata la petición anterior se perfeccionó mediante el pago de la suma de veintidós millones setecientos cincuenta mil pesos ($22.750.000) que la Fundación Caja Vocacional hiciera a la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi, en varios instalamentos.

"Tercera. Que el pago de la cantidad de veintidós millones setecientos cincuenta mil pesos ($22.750.000.00) de que trata la petición anterior se hizo, en diferentes oportunidades, con recursos patrimoniales de la Fundación Caja Vocacional.

"Cuarta. Que la Arquidiócesis de Tunja obtuvo el aumento patrimonial correspondiente a la adquisición de las 227.500 acciones de capital de que trata la petición primera que antecede, que a su nombre estipuló la Fundación Caja Vocacional.

"Quinta. Que la Arquidiócesis de Tunja aceptó tácitamente la adquisición de acciones de que tratan las peticiones anteriores, ejecutando actos y asumiendo conductas que son privativos de los accionistas, frente a la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi.

"Sexta. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Arquidiócesis de Tunja debe a la Fundación Caja Vocacional la suma de veintidós millones setecientos cincuenta mil pesos ($22.750.000.00), en razón del pago que hiciera a su nombre y a favor de la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi, para la adquisición de acciones de capital mencionada en la petición segunda anterior.

"Séptima. Que, consecuencialmente, la Arquidiócesis de Tunja está obligada a pagar a la Fundación Caja Vocacional la suma de dinero indicada en el punto anterior, junto con sus intereses, dentro del plazo que se indique en la sentencia.

"Octava. Condenar en costas a la parte demandada, si se opone, igualmente se le condenará al pago de los perjuicios causados a mi mandante.

"*Pretensiones subsidiarias*

"a) *Solicitud subsidiaria de la petición primera.* Que la entidad denominada Fundación Caja Vocacional o, simplemente, Caja Vocacional (hoy en liquidación)

estipuló a nombre de la Arquidiócesis de Tunja la compra a la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi de las acciones de capital que, en definitiva, se probare dentro del proceso, emitidas por la mencionada entidad financiera de la construcción;

"b) *Solicitud subsidiaria de la petición sexta.* Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Arquidiócesis de Tunja debe a la Fundación Caja Vocacional la suma probada en el proceso, en razón del pago que hiciera a su nombre y en favor de la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi, para la adquisición de acciones de capital mencionada en la petición segunda anterior;

"c) *Solicitud subsidiaria de la petición séptima.* Que consecuencialmente, la Arquidiócesis de Tunja está obligada a pagar a la Fundación Caja Vocacional la suma de dinero que se declarare probada, en definitiva, de acuerdo con la petición sexta principal de esta demanda" (folios 272 a 273 cdno. No. 1).

II. Los hechos constitutivos de la *causa petendi* se pueden sintetizar del modo siguiente:

a) Por resolución número PD-03268 de 1987, la Superintendencia de Sociedades decretó la disolución de Fundación Caja Vocacional, ordenando su liquidación, trámite este último en el que se demostró que dicha entidad invirtió dineros por suma superior a $72.750.000 en favor de la Arquidiócesis de Tunja, "al parecer previo acuerdo con sus directivos, sin haber recibido hasta la fecha de esta demanda la devolución o pago correspondiente, ni el reconocimiento y pago de los intereses o comisiones a que hubiere lugar";

b) Las inversiones aludidas en el literal anterior fueron hechas por la Caja Vocacional para adquirir acciones de capital de la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi S.A., en favor de la Arquidiócesis de Tunja, mediante cheques de su cuenta corriente del Banco del Comercio Sucursal Parque Nacional de Bogotá, como pasará a indicarse:

El 16 de octubre de 1984, 20.000 acciones, por valor de $2.000.000, pagados con cheque número 10511751, con el que se pagaron además acciones de terceros, pues fue girado por mayor valor; el 15 de enero de 1985, 20.000 acciones, por valor de $2.000.000, pagados con cheque número 1374265; el 16 de abril de 1985, 30.000 acciones, por $3.000.000, pagados con cheque número 1652770, girado por mayor valor; 10.000 acciones, por valor de $1.000.000, pagadas con cheque número 1917158; el 16 de julio de 1985, 30.000 acciones, por valor de $3.000.000, mediante cheque número 1708409; el 9 de septiembre de 1985, 127.500 acciones, por valor de $12.750.000, por cheque de gerencia número 1681819, adquirido a su turno con dineros de la cuenta corriente número 106-31400-8 de la Caja Vocacional en la sucursal bancaria mencionada. La Arquidiócesis de Tunja ejerció, como titular de las acciones adquiridas para ella por la Fundación Caja Vocacional, el "derecho que le reconocen los artículos 379 y 419 del Código de Comercio y se hizo presente en las reuniones de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad emisora de las citadas acciones, correspondientes a los días 20 de marzo, 10 de junio, 29 de julio, 12 de agosto, 18 de septiembre, 25 de noviembre de 1985; 21 de marzo, 16 de mayo, 4 de septiembre y 12 de noviembre de 1986; 8 de enero, 20 de enero y 28 de abril de 1987, cuyo desarrollo y pormenores se encuentran

recogidos en las actas números 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del libro de Actas de la Asamblea General de Accionistas de Fundavi";

d) La adquisición de las acciones ya indicadas permitió que la Arquidiócesis de Tunja, por conducto de Monseñor León Guillermo Mojica Zúñiga, fuera miembro de la Junta Directiva de la Corporación Fundavi, según elección efectuada el 16 de mayo de 1986, como aparece en Acta número 12 de la Asamblea General de Accionistas, y a través de la misma representación, dicha entidad, como consta en Acta número 13 correspondiente a la reunión de 4 de septiembre de 1986, pidió a la misma Asamblea General de Accionistas "determinadas medidas sobre nuevas emisiones de acciones", circunstancia "que relieva el ejercicio del derecho de accionista que se deriva de los Títulos adquiridos por la Caja Vocacional para la entidad demandada";

e) Por contrato celebrado entre Fundavi S.A. y el Banco Central Hipotecario, de fecha 21 de enero de 1987, protocolizado en la Notaría 29 de Santafé de Bogotá, mediante escritura pública número 352 de 28 de enero de 1987, este último representa por activa y por pasiva el patrimonio de la primera;

f) La Caja Vocacional, en su etapa de liquidación procuró llegar a un acuerdo amigable con la Arquidiócesis de Tunja, cursándole comunicaciones al respecto, lo que no fue posible; recibiendo "un empobrecimiento como consecuencia de las erogaciones hechas a nombre de la demandada. A su turno, la Arquidiócesis obtuvo el incremento patrimonial que a este traslado corresponde, por el monto de las acciones adquiridas en Fundavi, tomando en cuenta para estos efectos la época en que se hicieron las citadas compras de acciones".

III. La Arquidiócesis de Tunja contestó oportunamente la demanda (folios 278 a 282 cuaderno 1), oponiéndose a las pretensiones principales y subsidiarias a la actora, negando así mismo, el derecho invocado por aquélla, y manifestando, respecto de los hechos, que no es cierto que la Caja Vocacional hubiera efectuado en su favor las inversiones que reclama, ni tampoco es verdad que ella hubiera asumido como beneficiaria de los mismos, los derechos reconocidos por los artículos 379 y 419 del Código de Comercio en las reuniones de la Asamblea General de Accionistas de Fundavi, S.A.; que tampoco es exacta la versión de la demandante en el sentido de derivar la elección como miembro de la Junta Directiva de Fundavi de la susodicha inversión hecha por aquélla, quien no ha sufrido empobrecimiento ni perjuicios. Propuso las excepciones que denominó "inexistencia de la obligación" e "inexistencia de provecho por parte del Seminario".

IV. Agotado el trámite de la primera instancia, el *a quo* le puso término a la misma por sentencia de 18 de junio de 1991, en la cual denegó las súplicas de la demanda; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación por no estar demostrada la estipulación alegada como fuente de la obligación que se demanda; e impuso costas del proceso a la parte actora.

V. Inconforme con el fallo que se deja dicho, la Fundación Caja Vocacional interpuso recurso de apelación, que decidió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 5 de febrero de 1992, en la que revocó la del *a quo* declarando "*inhibido* al juez del conocimiento para proferir sentencia de mérito por falta del presupuesto procesal de demanda en forma".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Estúdiase primeramente en ella los presupuestos procesales, hallándose cumplidos los de capacidad para ser parte y procesal, como el de competencia. Respecto del de demanda en forma, afírmase por el sentenciador que en el libelo originante de este proceso no se expresa con precisión y claridad lo que se pretende, pues, agrega, "no se concreta diáfanamente tanto en las pretensiones como en los supuestos fácticos si se busca una responsabilidad contractual derivada del mandato, del ejercicio de una agencia oficiosa, de la estipulación para un tercero o simplemente la acción de enriquecimiento sin causa; circunstancia que se consolida con la citación de los fundamentos jurídicos, al acudir indistintamente a las normas jurídicas que regulan unas y otras situaciones indicadas".

Dada la situación anterior, prosigue el Tribunal, "le corresponde al Juzgador en desarrollo de la función de interpretación procurar analizar íntegralmente su texto con miras a desentrañar su auténtico sentido; mas cuando así se procede y no es posible lograrlo porque los términos en que ha sido concebida impiden saber con claridad lo pretendido y los supuestos de hecho que sirven de sustento, debe declararse la ausencia del presupuesto en mención. Es esta la situación que ahora ocurre porque tanto las pretensiones principales como las subsidiarias, que en el fondo son idénticas con la particularidad exclusiva que las primeras persiguen el pago de una cantidad determinada de dinero y las segundas lo que resulte probado, vienen simultáneamente afirmadas en hechos que impiden determinar cuál de las situaciones jurídicas señaladas es la invocada.

"En efecto, en las pretensiones se dice abiertamente que la Caja Vocacional estipuló en favor de la demandada la compra de 227.000 acciones emitidas por la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi S.A. y plantear los hechos sustentadores de esta petición incurre en confusiones a la vez que contradicciones que impiden dilucidar si lo hizo como derivación de un negocio jurídico o no. Así se deriva del hecho cuarto en el que afirma que invirtió la suma de $22.750.000.00 por cuenta de la Arquidiócesis de Tunja, 'al parecer previo acuerdo con los directivos'; y del 17 que enuncia los presupuestos de enriquecimiento y empobrecimiento simultáneos como pilares esenciales del enriquecimiento sin causa. Esta incertidumbre se acentúa más al indicar en los fundamentos jurídicos las normas del enriquecimiento sin causa y la estipulación para un tercero.

"Tenía en definitiva, la carga el demandante, por así imponerlo el numeral 5º del artículo 75 del C. de P. C., de decir, con claridad si la responsabilidad pretendida la fundaba en la celebración de un contrato con la demandada o sin la presencia de este había estipulado para ella; aún más, le era viable hacerlo en ambos sentidos pero no de manera principal sino subsidiaria una de otra, pero en la forma que concibió este acto procesal, predicando que al parecer por un contrato, y a continuación anunciar un enriquecimiento sin causa, ha creado verdadera duda sobre lo pretendido, en cuanto no es viable acertar el acogimiento de una de las dos situaciones jurídicas, que desde luego además de diversas en su naturaleza son excluyentes de manera principal. Estándole señalado por la ley al demandante aportar claridad sobre el particular y no acatándolo, al existir de otra parte, imposibilidad para darle uno u otro sentido a través de la interpretación de su texto, procede resaltar la ausencia del presupuesto de demanda en

forma; y como esta irregularidad conlleva el impedimento del juez para decidir de mérito la litis, el fallo debe ser de forma, advirtiendo que la proposición nuevamente es conducente con el lleno de los requisitos legales.

"Como el *a quo* desconociendo la falta de este presupuesto procesal, procedió a decidir de mérito deberá revocarse la sentencia apelada, y en su lugar inhibirse para decidir de mérito".

LA DEMANDA DE CASACION

Un único cargo, al amparo de la causal primera de casación contemplada por el artículo 368 del C. de P. C., formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, por violación indirecta de los artículos 1506, 1602, 1603, 1613, 1614, 1630, 1631, 1849, 1928, 1929 del C. C.; 1º, 2º, 379, 384, 822, 905, 947 del C. de Co; y 8º de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal "en la apreciación de la demanda incoativa del proceso.

Lo desarrolla el recurrente manifestando que cuando la demanda no reúne los requisitos formales, el juez debe inadmitirla para que se corrija, pero si no lo hace el demandado debe solicitar reposición del auto admisorio o proponer la excepción de ineptitud correspondiente, lo que si tampoco ocurre y el juez encuentra al momento de fallar un defecto formal que se lo impida, debe dictar fallo inhibitorio; que cuando la demanda adolece la oscuridad o falta de precisión, el juez debe interpretarla con el fin de desentrañar el verdadero propósito del actor, labor que en cambio no le está permitida cuando ella es clara y menos cuando so pretexto de interpretarla se la altera, pues se incurre en error apreciativo de la misma.

Las súplicas y los hechos de la demanda de este proceso, sigue expresando el recurrente, son claras y precisas, deduciéndose de unos y otros que la pretensión de la actora "es la de quien estipuló para otro, con el fin de obtener el reembolso de las sumas que pagó por el beneficiario", pero jamás la del enriquecimiento sin causa, aludido por el Tribunal; a lo cual agrega como refuerzo de su conclusión, que entre los fundamentos de derecho invocados en la demanda, es decir, los artículos 395 del C. de P. C., 20, 379, 419, 822 del C. de Co., y 1506 del C. C., sólo esta última norma sustancial "constituye el soporte jurídico de las pretensiones...", razones todas esas que le dan base para concluir en la improcedencia de la interpretación del libelo, como para aseverar que, al hacerlo, el sentenciador incurrió en "evidente yerro fáctico", pues supuso defectos que impidieron el pronunciamiento de un fallo de mérito.

Al concretar esos errores, el impugnante manifiesta:

a) Que mientras para el Tribunal la demanda no "concreta diáfanamente" lo perseguido por la actora, a continuación el mismo señala que "en las pretensiones se dice abiertamente que la Caja Vocacional estipuló en favor de la demandada la compra de 227.500 acciones de Funduvi", por lo que la contradicción en que incurrió a este respecto es palmaria, haciéndose más evidente su yerro fáctico si se tiene en cuenta que en ninguna de las pretensiones de la demanda "se hace alusión, ni remotamente, a la existencia de un mandato, o de una agencia oficiosa o de un enriquecimiento sin causa", como sí a la estipulación para otro;

b) Que según el sentenciador la demanda invoca indistintamente fundamentos de derecho alusivos a las figuras jurídicas en mención, cuando "la única norma de carácter sustancial que sirve de fundamento a las pretensiones" es el artículo 1506 del C. C., consagratorio de la estipulación para otro, norma cuya observación prefirió;

c) Que en la demanda se exponen con claridad y precisión los hechos constitutivos de la estipulación hecha por la Caja Vocacional en favor de la demandada, se relacionan en forma discriminada los distintos pagos efectuados a Fundavi, hasta completar el valor de los $22.750.000, por las 227.500 acciones, lo mismo que los actos realizados por la Arquidiócesis de Tunja que ponen de manifiesto su calidad de titular de esas acciones, exteriorizándose obviamente la aceptación tácita de la estipulación hecha en su favor y denotando de paso la obligación a cargo de ésta de reembolsar la suma correspondiente a la demandante, hechos todos los anteriores que, según el impugnante, no impiden determinar la configuración de un acto jurídico distinto al comentado, pero que del propio modo tampoco dan pie para observar la existencia de un mandato, ni una agencia oficiosa, ni un enriquecimiento sin causa, deducidos, por el sentenciador, alterando el contenido de la demanda.

Menciona seguidamente el casacionista que la expresión utilizada en el hecho 4º del libelo y conforme al cual la inversión efectuada por la actora se hizo "al parecer previo acuerdo" con los directivos de la Arquidiócesis de Tunja, "no significa en modo alguno que hubiera existido realmente ese acuerdo, pues no pasa de ser una suposición o conjetura como la expresión 'al parecer' lo pone de manifiesto. De todos modos, prosigue, la frase en cuestión es totalmente intrascendente puesto que no se afirmó de manera categórica la existencia de un acuerdo con los directivos..." y por eso no puede empleársele para descartar la presencia de la mencionada estipulación, más cuando la demanda debe interpretarse en su conjunto (pretensiones, fundamentos fácticos y de derecho), porque darle un determinado sentido con apoyo en una frase aislada e intrascendente, como lo hizo el Tribunal, es contrariar esa facultad oficiosa de interpretación, que no le permitió ver que estaba de por medio una estipulación para otro, sino un contrato de mandato u otro diferente entre la Caja Vocacional y la Arquidiócesis de Tunja, alterando la verdadera intención de la demandante.

Puntualiza además la recurrente que la acción de enriquecimiento que dedujo el Tribunal del hecho 17 del libelo, denota un desconocimiento total de los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia tienen moldeados para ella, pues "no siempre que haya un empobrecimiento o disminución de un patrimonio o un acrecentamiento simultáneo de otro, se ofrece la figura jurídica del enriquecimiento sin causa", caracterizado esencialmente por la falta de justa causa en el desplazamiento patrimonial. Que, no obstante la afirmación del hecho 17 de la demanda en el sentido de que "desde el punto de vista patrimonial, la Caja Vocacional recibió un empobrecimiento como consecuencia de las erogaciones hechas a nombre de la demandada" y así mismo en el de que "a su turno la Arquidiócesis tuvo el incremento patrimonial que a este traslado corresponde, por el monto de las acciones adquiridas en Fundavi", en parte alguna se expresa allí que ello se produjo "sin causa justificativa", suposición que llevó al sentenciador a hacerle decir a ese hecho 17 algo que no expresa "que dichos empobrecimiento y enriquecimiento carecen de causa", cuando allí se señala que fue por "el monto de las acciones adquiridas en Fundavi".

El Tribunal incurrió de igual manera en yerro fáctico, continúa el censor, al aseverar que la incertidumbre de la pretensión "se acentúa más al indicar en los fundamentos jurídicos las normas del enriquecimiento sin causa y la estipulación para otro", como quiera que en los citados fundamentos no se invocan normas que tengan que ver con la primera de esas figuras jurídicas, como sí con la estipulación para otro (art. 1506 C. C.).

Advierte por último el censor, que de no ser por los manifiestos errores de hecho del Tribunal, o sea, de haber apreciado correctamente las pretensiones, los hechos de la demanda y los fundamentos de derecho de la misma, habría concluido que lo planteado por el actor fue exclusivamente el fenómeno de la estipulación para otro, consagrado en el artículo 1506 del C. C. Que, a consecuencia de esos yerros, el sentenciador incurrió con su decisión en la violación de la normatividad que se dejó dicha en el inicio del cargo. Solicita, en consecuencia, se case la sentencia del Tribunal para que, previa revocatoria de la del *a quo*, se hagan, en instancia, los pronunciamientos solicitados en el *petitum*.

En orden a la obtención de la sentencia de reemplazo, el impugnante destina el Capítulo IV de su demanda de casación a sentar algunas reflexiones sobre las condiciones axiológicas de la estipulación para otro, al tenor del artículo 1506 del C. C., y en torno a si ellas se encuentran debidamente demostradas en este proceso, para concluir reiterando a la Corte, con fundamento en las consideraciones que a este respecto deja dichas, su solicitud de que se case la sentencia del Tribunal para que se hagan las declaraciones y condenas solicitadas, previa revocatoria del fallo de primera instancia.

SE CONSIDERA

La obligación de expresar con claridad y precisión las pretensiones de la demanda, le vienen al demandante del artículo 75 (num. 5°) del C. de P. C., norma en donde se señalan los requisitos formales de aquella, y en donde adicionalmente se hacen parte de su contenido "los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados y numerados (num. 6°) y "los fundamentos de derecho que se inveguen" (numeral 7).

La exigencia legal anterior, la ha entendido plenamente justificada la doctrina de la Corte, por cuanto al ser la demanda la petición con la cual se inicia el proceso, ella constituye el acto más importante de la relación jurídico-procesal, no sólo porque demarca los límites dentro de los cuales debe moverse el juez al dispensar el derecho, sino por cuanto permite al demandado, una vez enterado de los contornos a los cuales queda sometido el litigio, encarar su defensa en forma más adecuada. A este último respecto es indudable la importancia que revisten las razones de pedir citados en el libelo, pues como lo expone Enrico Tullio Liebman "precisamente, por la forma como está organizado el proceso, sobre los hechos que le sirven de fundamento a la pretensión va a girar todo el debate judicial y a su demostración se orientará la recopilación del acervo probatorio como quiera que son los que sirven de fundamento al derecho invocado", aseveraciones a las cuales agrega que "de allí que constituye un imperativo que los hechos se expresen con toda claridad y precisión en la demanda y que los conozca el demandado, pues de lo contrario podría resultar vencido sin haber sido oído y vencido en juicio, sin saber la causa de la condena" (Manual de Derecho Procesal Civil, Ed. Ejea, 1980, p. 281).

Por eso, sobre la base de las consideraciones que se dejan dichas, manifestó esta Corporación en sentencia de 9 de junio de 1992 que "desde comienzos del siglo ha venido sosteniendo la Corte que lo que determina el campo del litigio son los hechos fundamentales de la demanda y, por tanto, 'a los que enuncia -el demandante- y sólo a los que enuncia tiene que ceñirse el fallo' (Cas. Civ. de 11 de agosto de 1911, T. XX, p. 208); criterio éste que ha continuado reiterando la Corte al afirmar que siendo los hechos de la demanda los elementos integrantes de la *causa petendi* o título de donde hace provenir el derecho que se invoca, son trascendentales para la decisión del litigio, porque fijan las pretensiones del demandante y delimitan el ámbito de desarrollo de la litis. De suerte que 'como los hechos invocados en la demanda dan base a la pretensión del actor, no puede el Juez decidir el litigio con fundamento en hechos distintos, aun cuando se demostrasen plenamente en el curso del juicio' (Cas. Civ. de 9 de abril de 1967). En época más reciente se afirmó por la Corporación que 'tanto hoy como frente al estatuto procesal abolido, el fallador no tiene facultad para decidir la controversia con estribo en hechos sustanciales que no fueron expuestos en la demanda como *causa petendi*; aunque se hayan probado plenamente' (Cas. Civ. de 22 de enero de 1974).

"...Si por razón del surgimiento de la relación jurídico-procesal se tiene que queda establecido el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el proceso, o sea, que la demanda y la contestación atan y vinculan a las partes y delimitan el campo de decisión del sentenciador, no puede éste, entonces, desentenderse de dichos lineamientos al decidir, so pena de incurrir en un vicio *in procedendo*, concretamente de producir un fallo desarmónico, máxime por virtud de modificación introducida a la causal segunda de casación, al consagrarse, como uno de los motivos de incongruencia, 'no estar la sentencia en consonancia con los de la demanda' (arts. 368, num. 2 del C. de P. C. y 1° Decreto 2282 de 1989)".

Con arreglo a lo dicho, el estudio de la demanda como uno de los puntos de referencia que deben servir al Juez para determinar hasta dónde llegan sus atribuciones en el cumplimiento de su altísimo deber de administrar justicia, no se agota pues, como pudiera pensarse, en el análisis de las pretensiones del libelo, sino en la observación conjunta de éstas y las circunstancias fáctico-jurídicas que le sirven de apoyo, actividad al cabo de cuyo ejercicio no debe hallar ausentes ni la expresión clara y precisa de lo que se pretende, ni la debida clasificación y determinación de los hechos que son su causa. Con todo, si al término de dicha labor encuentra que el libelo no cumple con esas exigencias formales, es decir, que no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos ni en las súplicas, el juez está llamado a interpretarlo para desentrañar el verdadero propósito de su autor y no sacrificar el derecho sustancial, labor que sin embargo no le da atribuciones para pronunciarse, al momento de fallar, sobre pretensiones no propuestas o hechos no invocados, pues esta conducta, que sería de recreación del libelo y no de interpretación del mismo, no sólo violaría el derecho de defensa del demandado sino que volvería el fallo incongruente. Por manera que si la oscuridad o imprecisión es tal que obstaculice por completo esa averiguación, la interpretación no es posible, solución que es también la que se impone para cuando la demanda peque de notoria vaguedad, pues en este evento su real contenido sería también imposible de desentrañar.

Lógico parece entonces advertir, la innecesaria labor interpretativa del juez, para obtener el recto sentido de la demanda, cuando:

a) Ella sea notoriamente abstrusa o demasiado vaga, porque aquí corre el riesgo el sentenciador de sustituir al actor en el cumplimiento de los deberes que éste tiene a su cargo en relación con esa pieza fundamental del proceso; y

b) Cuando ella no esté resentida en su claridad y precisión, porque en este caso "... no existe acá nada que le dé pie al fallador para adentrarse en el texto de la demanda en pos de un imaginario entendimiento del mismo. Si de hecho lo busca, incidirá en un yerro similar al advertido en el término anterior, porque, en lugar de interpretar la demanda, lo que hará será desfigurarla o falsearla". (Sent. de 21 de julio de 1987).

Por eso, como dijo la Corte, con virtual actualidad, "cuando al tiempo de fallar se encuentra el sentenciador frente a una demanda oscura, bien sea en la forma como se hallen concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho, o ya en los unos y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante y como ineludible deber con el fin de no sacrificar el derecho cuya tutela busca el actor, tarea en la cual debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo, y además, si ello fuere menester para precisar su real sentido, las actuaciones desarrolladas por éste en el curso del proceso. Significa lo dicho que esta labor ponderativa del juez no puede operar ni mecánica ni absolutamente: no lo primero, porque sólo procede una interpretación racional, lógica y ceñida a la ley; y menos lo segundo, porque trabada la relación procesal, de ella emerge para el demandado derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida en la demanda o los hechos sobre los cuales ésta se apoya". (Sent. de 4 de noviembre de 1970, T. CXXXVI, pp. 82 y 83).

Conviene observar, sin embargo, que como, el sentenciador goza de autonomía para interpretar la demanda, a la Corte no le es factible apartarse de las conclusiones que en este campo haya sacado aquél, sino en la medida en que se observe error evidente de hecho en el examen de la misma, como cuando le hace decir a los hechos o a las peticiones lo que no expresan o viceversa, y así mismo, cuando lo advertido por aquél está en franca contradicción con el contenido del libelo. Sólo, pues, cuando el yerro en que incurre el fallador en la apreciación de la demanda es del linaje que se comenta, esto es, cuando resulta ostensible o protuberante o se aprecia *prima facie*, viene a dar lugar a su revisión en casación, pues no es suficiente que dicha prueba ofrezca objetivamente un examen más profundo o amerite un mejor razonamiento de la censura, sino que la conclusión del sentenciador combatida a través de este recurso extraordinario sea abiertamente contradictoria o ilógica o arbitraria. Desde luego que si, conforme lo ha indicado la doctrina de la Corte, la interpretación de la demanda hecha por el casacionista no es la única sustitutiva posible, sino que por el contrario ella admite otras deducciones que son igualmente lógicas, entre las cuales puede ubicarse la que sacó el Tribunal, esa labor hermenéutica tiene que ser respetada por la Corte y no puede dar lugar a la rotura del fallo edificado sobre ella.

Confrontando las consideraciones precedentes con la interpretación dada en el presente caso a la demanda por el Tribunal, y partiendo en primer lugar de la autonomía suya para apreciar esa prueba, no advierte la Corte la comisión de error evidente de hecho en las conclusiones que él sacó de la apreciación de la misma y en particular al detenerse

en el estudio de los fundamentos fácticos del libelo, por las razones que seguidamente se expresan:

a) En el hecho 4º de la demanda, la actora manifestó que la estipulación para otro, deducida como pretensión, se hizo "al parecer previo acuerdo..." con las directivas de la arquidiócesis de Tunja, supuesto del que dedujo el Tribunal se desnaturaliza la citada figura jurídica. Esta conclusión del sentenciador, a la que podrían contraponerse otras diferentes, no es, empero, arbitraria, porque no es alejado de la lógica entender que mediando la posibilidad de un acuerdo previo entre la estipulante y la beneficiaria para la adquisición de las acciones en favor de esta última, no podía tener existencia el tipo legal en comento, punto de partida de la pretensión, pues la negociación precedida de ese acuerdo entre la estipulante y la beneficiaria, no estructura ni por asomo el modelo de la estipulación para otro. No se observa, pues el yerro que denuncia el censor cuando el Tribunal, en la sentencia que se combate, manifiesta que "...no se concreta diáfanamente tanto en las pretensiones como en los supuestos fácticos si se busca una responsabilidad contractual derivada del mandato, del ejercicio de una agencia oficiosa, de la estipulación para un tercero o simplemente la acción de enriquecimiento sin causa...".

Aunado a lo anterior, es de ver cómo en el alegato de conclusión de primera instancia (folio 321 y 328 del C. 1), la parte demandante reiteró que "en desarrollo de sus actividades mercantiles, la demandante, con recursos propios, compró para la Arquidiócesis de Tunja 227.500 acciones de capital emitidas por la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi S.A., en virtud, muy seguramente, de convenio verbal entre el Director de la Caja Vocacional y el Arzobispo de Tunja, acordado en una de las tantas conversaciones a las cuales no tenían acceso los laicos que laboraban al servicio de la demandante, como lo señala el doctor Thomas Archbol, una de las personas que rindieron testimonio en este proceso, a solicitud de la demandada", afirmación que al corresponder a la recapitulación de los fundamentos fácticos de la demanda, evidencia que lo dicho a ese respecto en el hecho 4º del libelo constituye ciertamente uno de los pilares de la *causa petendi*;

b) En el hecho 1 de la demanda se indica por el actor que "desde el punto de vista patrimonial, la Caja Vocacional recibió un empobrecimiento como consecuencia de las erogaciones hechas a nombre de la demandada. A su turno, la Arquidiócesis obtuvo el incremento patrimonial que a este traslado corresponde, por el monto de las acciones adquiridas en Fundavi...". Si bien es verdad que, como lo dice el censor, allí no se plantea una falta de causa en el empobrecimiento del actor porque éste se atribuye a la compra de las acciones para la demandada, la Corte no podría hallar en la conclusión del Tribunal el error fáctico que se le enrostra, si, como sucede, paralelamente con lo que se deja dicho se advierte en el alegato de conclusión presentado por la demandante en la primera instancia (fl. 331 C. 1) su manifestación en el sentido de que "el aumento patrimonial obtenido por la Arquidiócesis de Tunja con la compra de las 227.500 acciones de capital de las emitidas por la Corporación de Ahorro y Vivienda Fundavi S.A., que a nombre de aquélla hizo la Caja Vocacional con sus propios recursos monetarios, *no tiene ninguna causa legítima*, corresponde al Despacho a su digno cargo restablecer el equilibrio patrimonial" (se destaca). La misma apreciación hace la demandante al formular el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo* (fl. 364 C. 1), pues

manifiesta allí que "4) También incurre en error de apreciación el señor Juez cuando dice que no 'halla la prueba... ni del enriquecimiento ni del empobrecimiento *sin causa*, alegados en la demanda'...";

c) Aun cuando es obvio el desacierto cometido por el Tribunal al apreciar los fundamentos jurídicos del libelo, pues, como lo pone de presente el censor, aquél dedujo, sin ser cierto, que la actora se apoyó en normas legales correspondientes a figuras jurídicas distintas a la estipulación para otro, ese error fáctico en que incurrió, como la consideración que se hace el censor en el sentido de aludir, por el contrario, esa normatividad exclusivamente a dicho tipo legal, no son, sin embargo, suficientes para deducir yerro del mismo linaje en torno a la conclusión general del sentenciador de ser inepta la demanda, como quiera que acuden en respaldo de esta aserción las restantes consideraciones ya vertidas en este proveimiento.

El cargo, por lo dicho, no está llamado a prosperar.

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 1992, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

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

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

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

CASACIÓN - Carga Procesal

Hoy, a virtud de la reforma, es imperioso para el Tribunal ordenar mediante auto que se suministre lo necesario para la expedición de las copias y que éstas, además, deben aparecer determinadas en el mismo proveído. Circunstancia esta de donde aflora la trascendencia de que el Tribunal examine cuidadosamente, pues es palmar que tal análisis le incumbe primeramente a él y no al casacionista como antaño acontecía, si el fallo impugnado en casación amerita su ejecución para entonces ordenar que se colme la multicitada carga. / Comentarios de las expresiones "deberá" y "podrá" utilizadas por el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil -Decreto 2282 de 1989, art. 1°, mod. 186-.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 4597.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada contra el auto de 8 de septiembre del año en curso, en virtud del cual esta Corporación declaró inadmisible y, en consecuencia, desierto el recurso extraordinario de casación que hizo valer la misma parte en el proceso ordinario iniciado por Martha Lucía Sánchez Cerquera, en representación de la menor María Paula Sánchez, frente a Marlio Bravo.

ANTECEDENTES

1. Concedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra su sentencia de 8 de julio de 1993, la Corte, mediante auto del día 8 de los cursantes, inadmitió y declaró desierto el mencionado recurso, en consideración a que versando la sentencia combatida no sólo sobre el estado civil, pues contiene además una condena por alimentos en favor de la parte actora, el Tribunal estaba llamado a ordenar, en el mismo auto, la expedición de copias con cargo al recurrente para el cumplimiento de la misma, y que como así no ocurrió, éste estaba en el deber de solicitar, con ese propósito, las que fueran pertinentes.

carga que le imponía el inciso 4° del artículo 371 del C. de P. C. y cuya desatención lo hizo merecedor de deserción conocida.

II. Contra lo así decidido y con miras a la revocatoria de dicho proveído argumenta el reposicionista, en su escrito de 13 de septiembre del presente año, que como el Tribunal no ordenó las copias, el recurrente "no estuvo obligado a suministrar expensas, razón por la cual no incurrió en el incumplimiento de esa carga procesal y sería contrario a la ley sancionarlo impidiendo que ejerza su derecho a presentar demanda de casación". Agrega, al tenor del artículo 371 del C. de P. C., que el recurrente sólo debe solicitar las copias cuya expedición omitió incluir el Tribunal, cuando lo "considera necesario", es decir, que le es potestativo, por lo que deducir de esa norma, como lo hace la Corte, una obligación para el recurrente, es hacerle decir a ésta lo que no reza; que para el cumplimiento de la sentencia no es absolutamente necesario la expedición de copias porque la parte obligada puede pagar espontáneamente los alimentos, sin perjuicio de la acción ejecutiva en manos de la parte favorecida; que el cumplimiento forzado de la sentencia requiere petición de parte; que quien está interesado en el cumplimiento de la sentencia es la parte que no recurrió; y que las sanciones deben estar señaladas taxativamente en la ley.

III. El recurso se halla legalmente tramitado, por lo que corresponde resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES

1. En caso similar al presente, que por ello se trae a colación para los efectos del recurso aquí interpuesto, la Corte expresó lo que a continuación se indica, al abordar el estudio del artículo 371 del C. de P. C. y los alcances de la modificación que a ese precepto introdujo el Decreto 2282 de 1989:

"Del parangón entre los dos textos que vienen de reproducirse, huelga destacar como nota sobresaliente que hoy, a virtud de la reforma, es imperioso para el Tribunal ordenar mediante auto que se suministre lo necesario para la expedición de las copias; y que éstas, además, deben aparecer determinadas en el mismo proveído. Circunstancia ésta de donde aflora la trascendencia de que el Tribunal examine cuidadosamente, pues es palmar que tal análisis le incumbe primeramente a él y no al casacionista como antaño acontecía, si el fallo impugnado en casación amerita su ejecución para entonces ordenar que se colme la multicitada carga. De la redacción del inciso siguiente de aquella norma, cuando comienza diciendo que 'si el tribunal no ordenó las copias...', no puede seguirse, en modo alguno, que sea potestativo del tribunal hacerlo o no, toda vez que dada la circunstancia de ser el fallo susceptible de ejecución, el juzgador está en el ineludible deber de disponer el mecanismo comentando, para así hacer actuante el postulado que informa que en principio la concesión del recurso no impide el cumplimiento de la sentencia.

"A propósito de dicho inciso, necesario es un comentario adicional, para cuyo entendimiento bien vale recordar, delanteramente, su tenor literal. Reza así: 'Si el tribunal no ordenó las copias y el recurrente las considera necesarias, éste deberá solicitar su expedición para lo cual suministrará lo indispensable'.

"Traduce ello que cuando el tribunal es omisivo y no ordena por cualquier causa el cumplimiento de la carga, el recurrente de todas maneras ha de estar presto a recabar que se ordene la expedición de copias con tal fin, desde luego cuando sea de rigor por tratarse de una sentencia susceptible de ejecutarse. Dicho de otro modo, el casacionista no puede exonerarse de la carga vista con solo pretextar que el tribunal no se la ordenó cumplir, dado que la teleología de la norma está encauzada a que la concesión del recurso no envuelva efectos suspensivos, y por ello mismo lo exhorta a que esté atento a suplir la omisión del juzgador.

"No es dable ensayar, entonces, acaso con amparo en la deficiente redacción del inciso 4º del artículo 371, la interpretación de que, ante el olvido del Tribunal, bien puede entender el casacionista que está relevando de tal carga procesal, y que el no allanarla ya no le apareja consecuencia adversa alguna. Exégesis semejante no puede anidarse ciertamente en el solo hecho de que la norma rece que si el tribunal omite ordenar las copias y el recurrente las considera necesarias éste deberá solicitar su expedición, pues la expresión 'las considera necesarias' no hace relación, ni con mucho, al interés individual o personal del recurrente, sino que alude más bien es a la necesidad de que frente a un fallo ejecutable no se suspende su cumplimiento. Para mejor decirlo, al recurrente le corresponde estimar en tal caso si la naturaleza del fallo impugnado hace necesario la expedición de copias para deprecarle al Tribunal que las ordene o la por que ofrece el pago de su importe.

"El precepto transcrito no puede referirse más que a la necesidad antedicha, como que de lo contrario no habría alternativa distinta, aunque de veras absurda, de admitir que a vuelta de considerar el legislador la conveniencia y utilidades de consagrar una de las llamadas cargas procesales, ésta resulte luego desnaturalizada por el mero hecho de que el juzgador, el primeramente llamado a hacerla cumplir, omita el deber de ordenarla en un proveído. Semejante transformación de la carga nada la justificaría; porque bien miradas las cosas, tal entendimiento llevaría de la mano a decir que cuando el Tribunal es omisivo, ya el recurrente sería quien decidiera si cumple, ab libitum, la que otrora fue una carga en el sentido procesal que se la entiende, toda vez que si opta por la negativa ninguna consecuencia desfavorable a sus intereses sobrevendría.

"Que las anteriores afirmaciones resultan ajustadas a la más sana de las hermenéuticas, es algo que se pone de manifiesto, si como es debido, se acude a la filosofía que inspiró la reforma, la cual aparece nítidamente plasmada en la ley de autorizaciones en virtud de la cual el ejecutivo expidió el decreto reformativo del código de procedimiento civil, vale decir, la Ley 30 de 1987, cuyo objetivo basilar, por no decir que el único, fue el de agilizar los trámites judiciales: en este marco de ideas, no sería afortunado imaginar que viniendo la ley de establecer una carga cuyo incumplimiento genera la consecuencia de declarar desacierto el recurso, el trámite de éste se agilizara estableciendo la reforma que la carga deje de ser tal en un momento determinado, y que a ultranza deba tramitarse la impugnación.

"Pero donde quizás más se apuntalan aquellos asertos, es cuando la ley luego de aquella expresión, que sea de reconocer no fue la más deseada, agregó que el recurrente 'deberá solicitar su expedición' pues de haber querido el legislador eliminar

el carácter imperativo del mandato para convertirlo en una mera potestad del impugnador, a buen seguro que hubiera preferido decir que en tal caso 'podrá' solicitar su expedición; el haber dicho 'deberá' muestra con perfiles irrecusables que su intención, acompasando con la lógica, fue la de seguir manteniendo la carga con toda su connotación que en la teoría del proceso se le conoce. Obsérvase a este propósito cómo en el inciso última del mismo precepto, luego de contemplarse el evento de que el recurrente puede, al interponer el recurso, limitar a determinadas decisiones de la sentencia del tribunal, se empleó la expresión correcta, al decirse que en este caso 'podrá' el recurrente solicitar que se ordene el cumplimiento de las demas por el juez de primera instancia; y más adelante se reiteró que cuando el recurrente sólo persigue más de lo que fue concedido en la sentencia impugnada, 'podrá' pedirse el cumplimiento de lo reconocido en ésta. Estas dos hipótesis señalan con marcada severidad que ellas envuelven, ahí sí, una mera facultad o potestad del recurrente que ha sido favorecido parcialmente por la sentencia que en lo demás ataca en casación y por eso no se utilizó la expresión imperativa 'deberá' que se empleó en el inciso cuarto comentado".

2. Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte mantenga el auto recurrido.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, *denega* el recurso de reposición interpuesto por Marlio Bravo contra el auto de 8 de septiembre del año en curso.

Notifíquese.

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

Partición Sucesoral / Jurisdicción de Familia

El juez ante quien cursó la sucesión, sin necesidad de reparto es el competente para conocer de la partición adicional. En el presente caso, si bien es cierto que la solicitud no persigue una partición adicional, no lo es menos que se relaciona con los actos posteriores al trabajo de partición realizado dentro del proceso de sucesión del causante, proceso que pasó a ser de competencia de la jurisdicción de familia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

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

Referencia: Expediente número 4578.

Decídese por la Corte el conflicto surgido entre los Juzgados Promiscuo de Familia de Rionegro y Civil del Circuito de El Santuario, del Distrito Judicial de Antioquia, para conocer de la solicitud que mediante apoderado judicial formuló el señor Jesús Arnoldo Martínez Cardona.

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Civil del Circuito de El Santuario (Antioquia), se tramitó el proceso de sucesión del causante José Mamerto Martínez Ramírez, que culminó con sentencia aprobatoria del trabajo de partición, proferida el 17 de marzo de 1982.

2. Los bienes a adjudicar, conforme con la diligencia de inventarios, fueron dos:

1. La finca situada en el paraje La Rivera del Municipio de El Carmen de Viboral, conocida con el nombre *Alto Grande*.

2. El lote de terreno junto con la casa en él construida, situado en el área urbana del Municipio de El Carmen de Viboral.

3. En el trabajo de partición de los dos bienes inventariados se adjudicaron a la cónyuge supérstite señora Ana Jesús Cardona y a los herederos del causante: Miguel Antonio, Jesús Arnoldo, Gilberto, Angélica, María de la Cruz, María Elba y Pedro Pablo Méndez Cardona.

4. En dicho trabajo se formaron cuatro hijuelas para la distribución de los citados bienes. En la hijuela número 2, partida 2 se adjudicó a la señora Ana Jesús Cardona un derecho proindiviso por la suma de $21.750.00 en relación con un avalúo de $60.000.00 sobre el inmueble inventariado bajo el numeral 1° de la diligencia de inventarios y avalúo consistente "en una finca rural con casa de habitación de tapias y cubierta de teja de barro... El derecho proindiviso que se adjudica en esta hijuela es sobre un *lote desmembrado del anterior* y que tiene estos linderos: Partiendo del camino lindero con lote a Arnoldo Martínez Cardona por una chamba de para abajo a un amojonamiento lindero con propiedad de José María Zuluaga sigue amojonamiento arriba, se voltea sobre la izquierda de para arriba por un filo a buscar una chamba del arado y sigue por chamba a salir al primer punto. Adquirido...".

En ese bien se adjudicaron también derechos en común y proindiviso a los asignatarios Gilberto, Pedro Pablo y María Elba Martínez Cardona (fl. 7v., c.1).

5. Aprobado el trabajo, como se dijo, mediante sentencia del 17 de marzo de 1982 por el Juez Civil del Circuito de El Santuario (Antioquia), trabajo y sentencia se registraron en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, Seccional de Marinilla (Antioquia), con las siguientes matrículas inmobiliarias: 1) Para la hijuela número 2 partida primera, la número 018-0017174. 2) Para la hijuela número 3, partida primera, la número 018-0017169 (fls. 13-14, c. 1).

6. La señora Ana Jesús Cardona mediante escritura pública número 91 del 6 de febrero de 1988 otorgada en la Notaría Única del Municipio de El Carmen de Viboral (Antioquia), transfirió "a su hijo José Arnoldo Martínez Cardona a título de venta y enajenación perpetua, un derecho en común y proindiviso con el comprador y otros en un lote de terreno, demás mejoras y anexidades situado en el paraje de Rivera" (fls. 16, 17, c. 1) del Municipio de El Carmen de Viboral, Departamento de Antioquia, que lo hubo por adjudicación en la sucesión de José Mamerto Martínez Ramírez según la hijuela número 2, partida número 2.

De acuerdo con el trabajo de partición, hijuela número 1, Jesús Arnoldo Martínez Cardona fue adjudicatario de derechos en otro lote desmembrado del mismo de mayor extensión (fl. 6 v, c. 1).

7. Jesús Arnoldo Martínez Cardona mediante apoderado judicial elevó solicitud ante el señor Registrador de Marinilla para que se unificaran los folios de matrícula inmobiliaria números 018-0017169 y 018-0017170, argumentando que las adjudicaciones que se hicieron en la hijuela número 2, partida número 2, a la señora Ana Jesús Cardona vda. de Martínez, y en la hijuela número 3, partida número 1, a los señores Gilberto, Pedro Pablo y María Elba Martínez Cardona, todos se hicieron en común y proindiviso sobre un mismo lote de terreno que fue desmembrado del de mayor extensión correspondiente al relacionado con el punto 1 de la diligencia de inventarios y avalúos (fl. 18, c. 1).

8. La Oficina de Registro nombrada, mediante Resolución número 46 del 27 de julio de 1990, en el numeral tercero, negó la unificación de los folios de matrícula enumerados en el párrafo precedente, considerando que no había claridad en las hijuelas 2 numeral 2 y la 3, que condujeran a establecer que se trataba del mismo inmueble (fls. 18 y 19, c. 1).

9. Contra el mencionado acto administrativo, el peticionario por conducto del mismo apoderado que había constituido el 3 de febrero de 1990 para la formulación de la petición, interpuso el recurso de apelación, que fue declarado inadmisible por la Superintendente de Notariado y Registro con Resolución número 6374 del 3 de noviembre de 1992, porque estimó que el poder que se le había conferido al señor abogado para ante el señor Registrador Seccional de Instrumentos Públicos de Marinilla (Antioquia), no lo facultaba para el ejercicio de los recursos de la vía gubernativa, por ser esta vía un procedimiento distinto del trámite surtido ante el señor Registrador Seccional, razón por la cual se abstuvo de resolver en el fondo, Resolución de la que fue notificado el 1° de diciembre del mismo año el entonces apoderado del peticionario (fls. 20 a 24, c. 1).

10. Jesús Arnoldo Martínez Cardona el 7 de marzo de este año, confirió poder para los mismos fines perseguidos ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (fl. 25, c. 1), en escrito dirigido al Juez Civil del Circuito de El Santuario (Antioquia).

11. El 29 de junio del año en curso el apoderado judicial del señor Martínez Cardona presentó solicitud dirigida al Juez Promiscuo del Circuito Judicial de El Santuario, con el fin de que se sirva "*oficiar* a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Seccional Marinilla para que corrija el registro de la *sucesión inventada* del señor José Manuelo Martínez Ramírez, en el siguiente sentido:

"A. Que son *tres lotes de terreno* desmembrados del de mayor extensión y no 'cuatro' como equivocadamente se anotó en dicha oficina

"B. Que los *adjudicatarios* de los 'tres lotes de terreno' fueron:

Lote número uno: Jesús Arnoldo Martínez Cardona

Lote número dos: Ana Jesús Cardona viuda de Martínez, Gilberto Martínez Cardona, Pedro Pablo Martínez Cardona, María Elba Martínez Cardona.

Lote número tres: Angélica del Socorro Martínez Cardona, María de la Cruz Martínez Cardona y otros.

"C. Que por lo tanto se deben unificar los folios de matrículas inmobiliarias números 018-0017170 y 018-0017169, asignados a la hijuela número dos (2), partida segunda y a la hijuela número tres (3), partida primera, respectivamente, por ser un 'lote de terreno único' desmembrado de uno de mayor extensión y adjudicado en 'comunidad o proindivisión' en las mencionadas dos hijuelas a los 'adjudicatarios' en ellas citados" (fls. 32, 33, c. 1).

12. Sin que en la actuación se encuentre petición dirigida al Juzgado Promiscuo de Familia de Rionegro, esta oficina profirió el auto del 28 de mayo de este año, por el cual rechazó "la presente solicitud" porque consideró que debía dirigirse al Juzgado Civil del

Circuito de Santuario donde se tramitó el proceso sucesorio del señor José Mamerto Martínez Ramírez (fl. 37, C. 1).

13. El Juez Civil del Circuito de El Santuario en proveído del 12 de julio del año en curso se abstuvo de resolver la solicitud señalando que la petición hacía "alusión" a un predio situado en el Municipio de El Carmen de Viboral, jurisdicción del Circuito de Rionegro" (fl. 36, c.1).

14. Mediante memorial presentado el 19 de julio de este año el apoderado del señor Jesús Arnoldo Martínez Cardona solicitó a la Juez Civil del Circuito de El Santuario que provocara el conflicto negativo de competencia a la Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Rionegro, Antioquia, a quien señala como competente por corresponder a los Juzgados Promiscuos de Familia y Juzgados de Familia el trámite de los procesos de sucesión, según la competencia que les fue asignada por el Decreto 2272 de 1989 (factor funcional), y como el último domicilio del difunto lo fue el Municipio de El Carmen de Viboral, que para la fecha en que se adelantó el proceso de sucesión estuvo adscrito al Circuito Judicial de El Santuario, que hoy es comprensión territorial del Circuito Judicial de Rionegro (factor territorial); concluyendo que es Juzgado de Familia del Circuito de Rionegro por los dos factores mencionados el competente para conocer de la solicitud (fls. 38 a 41 c. 1).

15. Mediante auto del 22 de julio el Juzgado Civil del Circuito de El Santuario ante su declaratoria de incompetencia en el auto fechado el 12 de julio, dispuso el envío del expediente al Tribunal Superior de Antioquia (Sala Civil), para que dirimiera "el conflicto de competencia" (fls. 42 a 45, c. 1).

16. El Tribunal Superior de Antioquia en Sala Civil Unitaria del 17 de agosto, ordenó la remisión de las diligencias a la Corte Suprema de Justicia (fl. 48. c. 1).

17. Asumido el conocimiento del conflicto y corrido traslado a las partes por auto del 27 de agosto de 1993 (fl. 3, c. Corte), éstas guardaron silencio. En proveído del 7 de septiembre se ordenó la remisión del expediente como quiera que el auto por el que se dispuso el envío de las diligencias a esta Corporación, no venía suscrito por todos los magistrados que integran la Sala de Decisión (fl. 5, C. Corte), subsanado el defecto, por auto del 14 del mismo mes (fl. 49, c. 1), el expediente regresó para la resolución del conflicto.

CONSIDERACIONES

18. De acuerdo con el numeral 2º del artículo 620 del C. de Procedimiento Civil el juez ante quien cursó la sucesión, sin necesidad de reparto es el competente para conocer de la partición adicional. Ese parece ser el criterio que siguió la Juez Promiscuo de Familia de Rionegro como se deduce de su auto del 28 de mayo de 1993.

Sin embargo, en el asunto que se ventila y que dio lugar al conflicto, no se pretende una partición adicional para dar por aplicable al rompe la regla anterior.

19. Se persigue por un adquirente de derechos de uno de los asignatarios, la señora Ana Jesús Cardona de Martínez, y adjudicatario en común y proindiviso del otro lote del mismo de mayor extensión, que el juez ordene al señor Registrador del Municipio de

Marinilla (Antioquia), oficina donde se registró el trabajo de partición y adjudicación y su sentencia aprobatoria, que se "corrija el registro de la sucesión intestada del señor José Mamerto Martínez Ramírez" en el sentido de "unificar los folios de matrículas inmobiliarias números 018-0017170 y 018-0017169 asignados a la hijuela número dos (2), partida segunda y a la hijuela número tres (3), partida primera", adjudicación que sobre el mismo lote de terreno de un predio de mayor extensión fue hecha a la señora Ana Jesús Cardona viuda de Martínez, la que transfirió su cuota parte por compraventa al señor Arnoldo Martínez. Del mismo predio fueron también adjudicatarios los señores Gilberto, Pedro Pablo y María Elba Martínez Cardona como se desprende de las hijuelas referidas.

20. Si bien es cierto que la solicitud no persigue una partición adicional, no lo es menos que se relaciona con los actos posteriores al trabajo de partición realizado dentro del proceso de sucesión del causante José Mamerto Martínez, proceso que conforme con lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989 pasó a ser de competencia de la Jurisdicción de Familia.

Deviene de lo anterior que si el Juzgado Civil del Circuito de El Santuario ya no es competente para conocer de asuntos de sucesión y si, además, el Municipio de ubicación del fundo, pasó a ser competencia territorial de la jurisdicción de Rionegro, corresponde asumir el conocimiento de este asunto al Juez Promiscuo de Familia de Rionegro, al que se remitirá el expediente, advirtiendo que éste deberá examinar si la naturaleza del acto que el peticionario impetra, es materia sobre la cual la jurisdicción de familia pueda ordenar o negar lo pedido, esto es si lo pedido corresponde a materia civil de familia o no, o es un acto de naturaleza del derecho administrativo.

Al Juez Civil de Circuito de El Santuario comuníquese mediante oficio, así como a la Sala del Tribunal que actuó en este caso.

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 Promiscuo de Familia de Rionegro y Civil del Circuito de El Santuario, del Distrito Judicial de Antioquia, para conocer de la solicitud formulada por Jesús Arnoldo Martínez Cardona, en el sentido de declarar que es el Juzgado Promiscuo de Familia de Rionegro al cual corresponde conocer dicha solicitud, teniendo en cuenta lo arriba advertido.

En consecuencia, remítase por secretaría a dicho juzgado la actuación y hágase saber lo resuelto al Juzgado Civil del Circuito de El Santuario y a la Sala del Tribunal que actuó en estas diligencias.

Cópiese y notifíquese.

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

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL / NORMA SUSTANCIAL

Si bien es verdad que el Decreto 2651 de 1991 permite que se cite una sola norma de derecho sustancial relacionada con la materia ventilada en el litigio, el precepto que se cite como infringido no sólo debe ser en realidad de índole sustancial, sino que debe ser fundamento cardinal de la decisión atacada o de la sustitutiva a que se aspira. Versando de manera principal el litigio sobre la figura de la simulación, los recurrentes omitieron citar como norma de derecho sustancial infringida por el fallo combatido, la del artículo 1766 del C. C., y en cambio sí mencionan como precepto de ese linaje los artículos 1243 *ibidem* y 4 de la Ley 29 de 1982 que no tienen los alcances referidos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

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

Referencia: Expediente número 4503.

Provee la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la parte demandante contra la sentencia de 2 de febrero de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario iniciado por Alfonso, Jorge Enrique y Adela Sánchez Leal, Teresa Sánchez Portela y María Judith Sánchez viuda de Rodríguez frente a Esther Díaz de Sánchez, Olga Sánchez Díaz de Márquez, Carlos Roberto Díaz y otros.

ANTECEDENTES

I. Dos cargos formulan los recurrentes contra la sentencia del Tribunal, ambos con estribo en la causal primera de casación, por errores de derecho y de hecho, respectivamente, cometidos por dicho sentenciador.

II. Entre los requisitos de forma que debe reunir la demanda de casación, el artículo 374, numeral 3, del C. de P. C. menciona que "si se trata de la causal primera se señalarán las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas". El art. 51 del Decreto 2651 de 1991 limitó esa exigencia diciendo que "será suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo

impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa".

CONSIDERACIONES

1. *Esta Corporación ha indicado que si bien es verdad que el Decreto 2651 de 1991 permite que se cite una sola norma de derecho sustancial relacionado con la materia ventilada en el litigio, el cabal entendimiento de ese requisito de forma obliga concluir que el precepto que se cite como infringido no sólo debe ser en realidad de índole sustancial, sino que debe ser fundamento cardinal de la decisión atacada o de la sustitutiva a que se aspira.*

2. *El cargo segundo de los formulados por la demanda de casación no se ciñe a la exigencia que viene de verse, por cuanto versando de manera principal el litigio sobre la figura de la simulación, los recurrentes omitieron citar como norma de derecho sustancial infringida por el fallo combatido, la del artículo 1766 del C. C., y en cambio sí mencionan como precepto de ese linaje el artículo 1243* ibidem *y 4 de la Ley 29 de 1982 que no tienen los alcances referidos.*

3. Ninguna dificultad ofrece entonces concluir que sólo el cargo cumple con los requisitos formales exigidos por la ley, lo cual significa que la Corte debe admitir la demanda únicamente en cuanto a ese cargo.

DECISION

En armonía con lo expuesto, la Corte

RESUELVE:

1. *Admitir* la demanda de casación presentada por la parte demandante en cuanto al cargo primero, e inadmitirla respecto del cargo final.

2. *Ordenar* se corra traslado de la misma a la parte opositora por el término de quince (15) días, quien tiene derecho a retirar el expediente.

Notifíquese.

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

COMPETENCIA FUNCIONAL / NULIDAD PROCESAL / FALTA DE JURISDICCIÓN

El ejercicio de la función jurisdiccional en un proceso determinado, se define conforme a la ley aplicando en forma estricta los denominados factores de competencia, uno de los cuales es el funcional, que atañe directamente a la organización jerárquica de la rama judicial y que, por lo menos, es de orden público y de observancia estricta, cuya transgresión genera invalidez de la actuación respectiva. Si como consecuencia del examen preliminar, o posteriormente, advierte que carece de jurisdicción o que la ha perdido por circunstancias sobrevinientes durante el curso de la segunda instancia, por mandato legal debe declarar la nulidad respectiva -art. 140 num. 1 C. de P. C.- la que es insanable y proceder de conformidad con lo reglado por el artículo 146 *ibidem*, indicando la actuación que debe renovarse.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., 6 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 4632.

Se decide por la Corte el conflicto de jurisdicción suscitado entre las Salas Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso de nulidad de contrato iniciado por Elviatila Montoya de González contra Jorge Alfredo González Echenique y Helí Niño Peña.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda repartida al Juzgado Veintinueve (29) Civil del Circuito de Bogotá el catorce (14) de agosto de 1980, Elviatila Montoya de González demandó la nulidad, y en subsidio simulación o rescisión por lesión enorme, de los contratos de compraventa celebrados entre Jorge Alfredo González Echenique como vendedor y Helí Niño Peña como comprador, contenidos en las escrituras públicas 5257 de la Notaría Séptima de esta ciudad corrida el veintiuno (21) de septiembre de 1979 y 805 del 31 de

agosto del mismo año de la Notaría Primera de Duitama, para que, en consecuencia, se ordene al demandado Niño Peña la restitución de los inmuebles al haber patrimonial de la sociedad conyugal formada por el demandado Jorge Alfredo González Echenique y la demandante, condenando así mismo a este último a perder su cuota en los bienes distraídos dolosamente con los actos declarados nulos, o simulados o enajenados por precio vil y a restituirla doblada, conforme a lo prescrito por el artículo 1824 del Código Civil.

2. Luego de tramitada la primera instancia, el referido juzgado, el veintitrés (23) de abril de 1985, profirió sentencia en la que resolvió: Abstenerse de fallar de fondo por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma en cuanto toca con la declaración de nulidad demandada; reconocer fundamento a las excepciones impetradas por la parte demandada y por lo tanto negar las peticiones primera y segunda subsidiarias, sus consecuenciales y peticiones generales de la demanda: declarar rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa contenido en la escritura 5257 de veintiuno (21) de septiembre de 1979, dejando a salvo a favor del comprador Heli Niño Peña el derecho de opción que le confiere el artículo 1948 del Código Civil con todas sus consecuencias.

3. Apelada la referida providencia se tramitó la segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual por auto del quince (15) de enero de 1992 determinó que por tratarse de un proceso en el que se pretende la nulidad de contratos de compraventa para que los inmuebles sean restituidos al patrimonio de la sociedad conyugal formada por Elviatila Montoya de González y el demandado Jorge Alfredo González Echenique, la competencia para conocer del asunto recae en la jurisdicción de familia, correspondiendo por lo tanto desatar la apelación interpuesta a la Sala de Familia de esa Corporación, a quien remitió el expediente.

A su turno, la Sala de Familia del referido tribunal por auto del siete (7) de diciembre de 1992 manifestó que "... aunque a la demandante en su condición de cónyuge le asiste un interés actual o eventual, en el asunto no se discute en estricto sentido el régimen económico a que alude el artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, en su numeral 12", y, por consiguiente ordenó remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura a quien corresponde dirimir los conflictos que se presenten con ocasión de la competencia entre dos jurisdicciones.

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de su Sala Disciplinaria, se abstuvo de emitir pronunciamiento al respecto y dispuso regresar el expediente a la Sala Plena del Tribunal Superior de Bogotá el cual, por auto de su Sala Civil proferido con fecha primero (1º) de septiembre pasado, remitió el expediente a esta Corporación.

CONSIDERACIONES

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

estricta, cuya transgresión genera invalidez de la actuación respectiva. De esta suerte, del recurso de apelación interpuesto contra una decisión proferida por autoridad judicial del orden civil, ha de conocer su superior inmediato, que es la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente y no otra, puesto que tal y como reiteradamente lo ha dicho la Corte, si como consecuencia del examen preliminar, o posteriormente, advierte que carece de jurisdicción o que la ha perdido por circunstancias sobrevinientes durante el recurso de la segunda instancia, por mandato legal debe declarar la nulidad respectiva (artículo 140, numeral 1º, del Código de Procedimiento Civil), la que es insaneable y proceder de conformidad con lo reglado por el artículo 146 ib. indicando la actuación que debe renovarse.

2. Atendidos los principios que anteceden, observa la Corte que del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en este proceso contra la sentencia de veintitrés (23) de abril de 1985, corresponde conocer a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como superior funcional del Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de esta ciudad, Sala que se estima en la actuación se ha incurrido en nulidad por falta de jurisdicción, así habrá de declararlo, en lugar de enviar el expediente, como lo hizo sin ningún fundamento jurídico, a la Sala de Familia del mismo tribunal, actuación ésta a todas luces irregular que impide tener por surgido del modo legalmente apropiado un conflicto de atribuciones, por lo cual la Corte se debe abstener de decidir sobre el particular y ordenar devolver el expediente a la Sala Civil que provocó esta actuación para que, de conformidad con la ley, proceda a adoptar los proveídos pertinentes.

3. No obstante lo anterior, en aras de evitar dilaciones innecesarias que sigan retrasando injustificadamente el estudio de mérito del recurso de apelación pendiente, la Corte estima del caso señalar que de la demanda inicial se deduce con absoluta claridad que se pretende dejar sin efecto unos contratos de compraventa con miras a proteger los derechos que la demandante se atribuye en el haber de la sociedad conyugal existente entre ella y uno de los demandados, además de lo cual se busca que el demandado sea sancionado con la pérdida de gananciales en forma proporcional al valor de los inmuebles ocultados o distraídos, demandado que además será obligado a restituir doblado según los explícitos términos del artículo 1824 del Código Civil. Así pues, de los anteriores elementos y atendidas las disposiciones que cuadra aplicar a la *causa petendi* invocada en los términos que se dejan reseñados para apoyar la acción deducida, en últimas referida, según queda dicho, a la conformación del haber de la sociedad conyugal y la distribución de gananciales en su liquidación, sin mayor dificultad se infiere que 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 el régimen económico del matrimonio, luego su conocimiento incumbe a la jurisdicción de familia, en este preciso caso a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Abstenerse de decidir el conflicto de jurisdicción referenciado en esta providencia, por cuanto no se planteó del modo debido, atendidas las razones expuestas en la parte motiva de este auto, disponiéndose por lo tanto el envío del expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Líbrese por Secretaría el oficio remisorio correspondiente.

Notifíquese.

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

DIVORCIO / MATRIMONIO / COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO CONCURRENTE

Por demanda de divorcio acá presentada se persigue la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado por los ritos de la Iglesia Católica. En proceso de tal linaje existe la posibilidad de que por el factor territorial de competencia exista un fuero concurrente. En los casos en que haya fuero concurrente, en principio hay dos jueces competentes: de una parte, el del domicilio del demandado; y, de otra, el del domicilio común anterior. De allí que el demandante que esté ubicado dentro de esa alternativa, puede elegir dónde presenta la demanda respectiva; y, como es obvio, una vez elija, no solamente agota la posibilidad de escogencia sino que allí fija la competencia territorial. Brota apodíctico, así, que la facultad de elegir incumbe a él, y a nadie más.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 6 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 4557.

Decídese el conflicto de competencia que en torno al conocimiento del proceso instaurado por Alba Lucía Gómez Benavides contra Iván Angarita Jaime encara a los Juzgados Tercero de Familia de Bucaramanga y Promiscuo de Familia de Fundación.

I. ANTECEDENTES

1. La actora presentó "demanda de divorcio" contra el mencionado Angarita, domiciliado en Fundación, para que se declare la cesación de los efectos civiles del matrimonio canónico celebrado entre las partes, junto con otros ordenamientos consecuentes.

2. El Juzgado Promiscuo de Familia de Fundación, al que la actora señaló como el competente por "el domicilio del demandado", admitió la demanda; contestada que fue, dispuso la celebración de la audiencia que ordena el artículo 430 del C. de Procedimiento

Civil, dentro de la cual, no bien la hubo iniciado, la Juez interrogó a la demandante acerca del último domicilio del matrimonio, y como respondió que lo fue Bucaramanga, inmediatamente suspendió la audiencia y ordenó enviar el proceso al reparto de los Jueces de Familia de allí, por cuanto, en su entender, es la "jurisdicción del presente negocio".

3. El Juzgado Tercero de Familia de Bucaramanga, al que correspondió en reparto, declaró no ser el competente y se abstuvo de avocar el conocimiento, "porque aunque ciertamente la competencia por el último domicilio común anterior corresponde a este circuito", es lo cierto que "al trabarse la relación jurídico procesal sin que se alegue la falta de competencia obviamente ésta ya le quedó adjudicada a quien admitió la demanda (...) operando entonces el fenómeno de la perpetuidad de la competencia...".

Así que envió el asunto a esta Corporación para efectos de que sea dirimido el conflicto que en los términos referidos se generó.

II. CONSIDERACIONES

1. Compete a la Corte dirimir la colisión, habida consideración que el enfrentamiento en torno al conocimiento del proceso está dado entre juzgados de diverso distrito judicial, así: el de Fundación, al de Santa Marta, y, el otro, al de Bucaramanga.

2. Está visto que por la "demanda de divorcio" acá presentada se persigue la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado por los ritos de la Iglesia Católica.

Cumple decir ante todo que en procesos de tal linaje existe la posibilidad de que por el factor territorial de competencia exista un fuero concurrente, según lo tiene prevenido el numeral 4 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, en el que se dispuso que en los procesos allí enlistados, entre los que figura el de divorcio, es "también" competente el juez del lugar correspondiente al domicilio común anterior de los cónyuges, pero a condición, eso sí, de que al menos el demandante lo haya conservado.

Como se puede observar, sin mayor dificultad además, no se trata de que -como equivocadamente lo cree el Juzgado de Fundación- la competencia esté fijada únicamente en el lugar del domicilio común anterior, porque cuando la norma habla de que "también" es competente el juez de allí, denota de suyo que no es una competencia fatal sino que se coloca al lado de la que corresponde por el principio general de competencia, consistente, como es bien conocido y por lo tanto inexcusable ignorarlo, en que al demandado se debe convocar a juicio ante el juez del lugar de su domicilio. De manera que en los casos en que haya fuero concurrente, en principio hay dos jueces competentes: de una parte, el del domicilio del demandado; y, de otra, el del domicilio común anterior. De allí que el demandante que esté ubicado dentro de esa alternativa, puede elegir dónde presenta la demanda respectiva; y, como es obvio, una vez elija, no solamente agota la posibilidad de escogencia sino que allí fija la competencia territorial. Brota apodíctico, así, que la facultad de elegir incumbe a él, y a nadie más.

No fue afortunado, pues, el Juzgador de Fundación al creer que el domicilio común anterior fija indefectiblemente la competencia territorial. Equivocación que se hace todavía más patente si se observa que ante la acuciosidad que evidenció para indagar por tal domicilio común, en su afán olvidó inquirir también si la demandante lo había conservado, circunstancia sin la cual no se configura la competencia territorial por la que se averiguaba. Omisión que adviene trascendente, desde luego que si lo que dice el expediente, particularmente por lo expresado en el libelo introductorio, es que la actora está domiciliada en Girón, se descarta de plano la concurrencia del fuero, pues es claro que no ha conservado el domicilio común anterior.

3. Por otra parte, si se dijese por vía de ilustración que tal despacho judicial es consciente de la eventual concurrencia que en casos semejantes puede sobrevenir, tanto más censurable resulta su actuación, porque entonces la elección corresponde al demandante, excluyendo incluso al propio juzgador, quien, por lo mismo, en ese punto no lo puede suplantar.

4. Recapitulado, si en la ocurrencia de autos, según lo que viene de puntualizarse, la demandante no conservó el domicilio en Bucaramanga, y, por consiguiente no existiendo una concurrencia de fuero por territorio, anduvo bien la actora cuando acató la regla general que impera en el punto (numeral 1 del art. 23 del C. de P. C.), convocando al demandado en el domicilio de éste, o sea Fundación, según lo expresó en la demanda. Y para mejor precisión, aun cuando hubiese existido la concurrencia dicha, cosa que no afirma la Corte, de todos modos la competencia se habría radicado en Fundación, por el domicilio del demandado que entonces bien podía elegir la demandante.

5. En conclusión, el competente para conocer de este asunto, en lo que concierne al factor que enfrenta a los juzgados, es el Promiscuo de Familia de Fundación, como así se declarará.

6. Cabe por último aclarar que si bien es cierto que, como lo sostuvo el Juzgado de Bucaramanga, una vez superada la etapa de excepciones sin cuestionamiento sobre el particular, ya no es posible que el juez declare la incompetencia territorial de que trata este asunto, no es ese exactamente el argumento para sostener que el de Fundación debe conocer del proceso, toda vez que, como se vio a espacio, éste ha sido competente desde el comienzo mismo en que se le formuló la demanda, por estar allí el domicilio del demandado. Y vale la aclaración porque sin ésta se puede pensar que el Juez de Fundación pudo ser incompetente en un momento dado, y que su competencia advino como consecuencia de la inactividad excepitiva del demandado. Para decirlo con total afán de síntesis, la competencia del de Fundación es originaria, en virtud de la aplicación de las normas positivas que regulan la competencia; y que, por lo mismo, no es una competencia contingente, derivada únicamente de que no hubo reparo en el punto a través de excepciones previas.

III. DECISIÓN:

Ante lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, resuelve el conflicto presentado en el sentido de señalar que el competente para continuar con el conocimiento del presente proceso es el Juzgado Promiscuo de Familia de Fundación,

al que se remitirá inmediatamente el expediente contentivo del mismo, dando cuenta simultáneamente al otro despacho inmerso en la colisión sobre lo aquí decidido.

Notifíquese.

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

CASACIÓN - Legitimación

El recurso extraordinario de casación, por su propio carácter supone que sólo puede ser interpuesto por quienes conforme a la ley se encuentran legitimados para el efecto, como ocurre con las partes o con quienes desde la instancia actúan en el proceso como litisconsortes ya sean facultativos o necesarios, o como coadyuvantes de los litigantes; y, además, excluye la tramitación y decisión de cuestiones accesorias que han debido plantearse y resolverse en las instancias, lo que significa que, por regla general en él no puede tramitarse incidente de nulidad ajeno a su propia tramitación legal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 4256.

Se decide por la Corte el recurso de súplica interpuesto por Mario Acosta Gómez contra el auto de 20 de septiembre de 1993, mediante el cual se denegó la solicitud de nulidad parcial del auto de 9 de septiembre de 1986, proferido por el Juzgado 24 Civil del Circuito, en el proceso ordinario promovido por la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda, Concasa, contra Hernán Peñaranda Barriga y otros.

ANTECEDENTES

1. La Corporación de Ahorro y Vivienda, Concasa, como parte demandante y Hernán Peñaranda Barriga y Yolanda Echeverry de Peñaranda como demandados, interpusieron recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil- el 6 de mayo de 1992, en el proceso ordinario iniciado por la primera contra los segundos.

2. Admitidos los citados recursos extraordinarios de casación, la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda Concasa- presentó demanda para sustentarlo (fls. 15 a 45, c. Corte), de la cual se corrió traslado a la parte opositora y, una vez surtido éste, se

corrió entonces traslado al demandado recurrente Hernán Peñaranda Barriga (fl. 51, c. Corte), para la sustentación de su recurso de casación, el cual hubo de declararse desierto por no haber sido presentada oportunamente la demanda para el efecto (fl. 52, c. Corte).

3. En este estado de la actuación, el señor Mario Acosta Gómez, por medio de apoderado, en memorial visible a folios 73 a 76 de este cuaderno solicitó a la Corte que previa la tramitación incidental correspondiente, se decrete la nulidad de la actuación en relación con el auto proferido el 9 de septiembre de 1986 por el Juzgado 24 Civil del Circuito en la parte que ordenó la inscripción de la demanda al folio de matrícula número 050-0655284 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y que, como consecuencia de la declaración de tal nulidad se ordene la cancelación de la inscripción de la demanda referida, solicitudes éstas que funda esencialmente en que es el actual propietario del inmueble respecto del cual se inscribió esa medida cautelar, sin que nada tenga que ver en el proceso ordinario que se inició en el Juzgado 24 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

4. Mediante auto de 20 de septiembre de 1993 (fls. 78 y 79 de este cuaderno), la Corte rechazó por improcedente la solicitud de nulidad a que hace referencia el numeral precedente, providencia ésta contra la cual se interpuso entonces el recurso de súplica de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

EL AUTO SUPLICADO

La Corte, en el auto proferido el 20 de septiembre de 1993, expresa que por cuanto intervenciones como la que "pretende efectuarse" por Mario Acosta Gómez, a esta altura del proceso no son procedentes conforme a lo dispuesto por el artículo 52, inciso 4 del C. de Procedimiento Civil, y además, en razón de que en el trámite del recurso de casación no son admisibles nulidades "por fuera del marco institucional" del mismo, se impone el rechazo de las solicitudes contenidas en el memorial que obra a folios 73 a 76 de este cuaderno.

EL RECURSO DE SUPLICA

El recurrente en súplica, manifiesta que siendo posible a la Corte en casación declarar la nulidad de todo lo actuado, con mayor razón puede declarar la nulidad parcial de una actuación surtida durante las instancias, máxime si como en este caso se tiene en cuenta que esa decisión "no afecta en nada las pretensiones y excepciones de las partes en litigio", pero, en cambio, con ella se protegen "los derechos de terceros de buena fe" que, como el recurrente no han sido parte en este proceso, en el cual se decretó por el juzgado de primera instancia una medida cautelar ilegal y arbitraria, lesiva de su derecho de propiedad, así como de la garantía constitucional al debido proceso (art. 29 C. N.). Agrega que, dadas las características del atropello de que ha sido víctima, la Corte ha de tener en cuenta para decidir que conforme al artículo 228 de la Constitución, ha de darse prelación a las normas sustanciales sobre las procesales, para decidir justamente su petición.

CONSIDERACIONES

1. *En la regulación legal de la actuación de las partes y de terceros en los procesos de conocimiento, el Código de Procedimiento Civil autoriza la intervención adhesiva y litisconsorcial, desde la admisión de la demanda y hasta antes de dictar sentencia de única o de segunda instancia, conforme lo preceptúa expresamente el artículo 52, inciso 4 de dicho Código, norma ésta que no sólo garantiza el debido proceso sino que, además, imprime orden a la actuación y certeza, desde un comienzo y hasta antes de proferir el fallo respectivo sobre quienes tienen legitimación para concurrir a él y realizar actos procesales válidamente.*

2. *El recurso extraordinario de casación, por su propio carácter supone que sólo puede ser interpuesto por quienes conforme a la ley se encuentran legitimados para el efecto, como ocurre con las partes o con quienes desde la instancia actúan en el proceso como litisconsortes ya sean facultativos o necesarios, o como coadyuvantes de los litigantes: y, además, excluye la tramitación y decisión de cuestiones accesorias que han debido plantearse y resolverse en las instancias, lo que significa que, por regla general, en él no puede tramitarse incidente de nulidad ajeno a su propia tramitación legal, pues, como se sabe, en este recurso se realiza una confrontación entre la sentencia acusada y la ley, con la precisa finalidad de unificar la jurisprudencia nacional, realizar el derecho objetivo y reparar los agravios causados a la parte afectada con la sentencia recurrida si ella resulta contraria al ordenamiento jurídico.*

3. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, encuentra la Corte que no asiste la razón al recurrente en súplica, por cuanto, de un lado, es evidente que no es parte en este proceso, ni actuó como interviniente adhesivo durante su tramitación en instancias, ni a ellas concurrió como litisconsorte facultativo, calidad esta última con la cual pretende que se le admita para que se decrete la nulidad del auto proferido por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en la primera instancia el 9 de septiembre de 1986; y, de otro lado, el incidente que ahora se suscita resulta extraño por completo al recurso extraordinario de casación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá -Sala Civil- el 6 de mayo de 1991 en este proceso, razones éstas por las cuales la súplica que ahora se resuelve está destinada al fracaso.

DECISION

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

RESUELVE:

Mantener el auto de 20 de septiembre de 1993 (fls. 78 y 79 de este cuaderno), proferido en este proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriado este auto, vuelva el expediente al Despacho del señor Magistrado Ponente, para los efectos pertinentes.

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

Herencia / Incidente

No resultaría ceñido a la justicia que un asunto de tanta trascendencia como es el atadero a la definición de la titularidad del derecho real de herencia quedara sujeto a una escueta decisión de carácter incidental, con exclusión de otras más amplias vías procesales.

Cosa Juzgada

Siendo la cosa juzgada un hecho jurídico que la ley sustancial establece como invulnerable, una sentencia pronunciada en contra de lo que se ha decidido en otra ya ejecutoriada y en juicio que verse sobre las mismas partes, sobre la misma cosa y sobre la misma acción es violatoria de la ley sustancial y estaría sujeta a ser destruida por virtud del recurso de casación; pero la violación de la cosa juzgada formada en el mismo proceso en que se alega no implica quebranto de norma de derecho sustancial alguno sino desacato del juez a una norma regulativa u ordenativa de su actividad, denunciable al tenor del numeral quinto del artículo 368 *ibidem*.

Congruencia / Excepción

No resulta serlo mismo guardar silencio en torno a la excepción, que ocuparse de ella para desestimarla por uno u otro motivo. El primer supuesto puede ser evidenciador de incongruencia, mas no el segundo, desde luego que la correspondencia o conformidad, como regla de conducta para el juez, apunta es a que haya una decisión, no a que ésta se produzca en un sentido determinado. No en todo evento en que el fallador de manera expresa no se pronuncia sobre las excepciones, tal hecho conduzca inexorablemente a configurar un yerro *in procedendo* en la modalidad de *mínima petita* porque, según el fuerte vínculo jurídico que existe entre la pretensión y la excepción, es fácil observar que decidida la primera ha quedado igualmente resuelta la segunda.

Albacea

La transgresión de la exigencia legal contenida en el artículo 1343 del C.C. por parte de alguno o de algunos de los albaceas, cuando son varios, no se traduce en una mera eximición de la responsabilidad solidaria que les incumbe por mandato del artículo 1338 *ib.*, pues no es hacia este precepto donde apunta la norma

inicialmente citada. El obrar de consuno de los albaceas presupone que éstos tengan atribuciones comunes los cuales obviamente, al dimanar de las instrucciones del propio testador, en el presente caso se concretaron en la tenencia y administración de los bienes relictos, lo que, recta vía, conduce a señalar cómo de estos conceptos no resulta acomodable lo atañadero a la obtención de la personería jurídica para la fundación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 3571.

Despacha la Corte el recurso de casación que la parte demandada interpusiera en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que data del doce (12) de marzo de mil novecientos noventa (1990), proferida dentro del proceso ordinario seguido por la "Fundacion Rodolfo Khon, Instituto Francisco de Asis de Proteccion Zoofila y Eutanasia" en frente de la señora María Berenice Kohn Sattler como heredera del señor Rodolfo Kohn Olaya.

ANTECEDENTES

1. Al Juzgado Decimocuarto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá le correspondió asumir el conocimiento de la demanda presentada por la demandante ya nombrada para que, previos los trámites de un proceso ordinar o a surtirse con citación y audiencia de la demandada también designada, se dictase sentencia en la que se declarase que la "Fundación Rodolfo Khon, Instituto Francisco de Asís de protección zoófila y eutanasia (ifapze)" es heredera universal de Rodolfo Kohn Olaya, según hechos que pueden ser resumidos de la siguiente manera:

a) Rodolfo Kohn Olaya, quien falleciera en Bogotá el 1° de febrero de 1979, consignó su memoria testamentaria en la escritura número 1591 del 8 de agosto de 1977 de la Notaría 19 de Bogotá, en cuya cláusula 14 "designó como heredera universal a la persona jurídica que ordenó crear y que se denominaría 'Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia' con sigla Ifapse";

b) En la cláusula 20 del testamento, designó como albaceas al doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez, y a los señores Luis Aconcha y Alberto Zawadzky, a quienes confirió la tenencia y administración de bienes. Luego, por medio de la escritura número 10 del 11 de enero de 1979 de la Notaría 15 de Bogotá, el testador otorgó otro codicilo donde designó como un albacea más a Enrique Cuenca Lara, con atribuciones iguales a las conferidas a los antes nombrados;

c) La sucesión se abrió ante el despacho al cual se dirige la demanda a instancias de Berenice Kohn Sattler, quien fue reconocida como heredera en su condición de hija

del causante, no obstante ser su sobrina como lo indica la memoria testamentaria que no la pretermite sino que le niega tal calidad;

d) Allegado el testamento con posterioridad, hoy la sucesión se tramita como testada, habiendo tomado posesión de sus cargos los albaceas, sin que Cuenca Lara concurriera a recibir bienes. Todos designaron apoderados, así: Zawadzky, al doctor Hugo Riveros Perilla; Cuenca Lara, al doctor Eduardo López Villoria; Cifuentes y Gutiérrez y Aconcha, al doctor Nelson Benavides;

e) En reunión efectuada el 20 de febrero de 1981, con asistencia de los albaceas Aconcha y Cifuentes, y los apoderados Riveros y López, se acordó que los albaceas presentes solicitaran la personería jurídica de la Fundación instituida por el causante, personería que se confirió por el Ministerio de Justicia mediante Resolución 1590 del 7 de mayo de 1981, habiéndose antepuesto el nombre del causante;

f) La Fundación creada por los albaceas fue reconocida como heredera de Rodolfo Kohn, con arreglo al testamento. Empero, por divergencias surgidas entre el albacea Zawadzky y sus compañeros de encargo, aquél, un año después de haber prestado su concurso para la creación dela Fundación, pidió la revocatoria del auto que la reconoció como heredera, a lo que accedió el juzgado de conocimiento;

g) El albacea Cuenca Lara falleció, pero había ratificado el encargo hecho a Cifuentes y Aconcha para crear la Fundación;

h) "El escondido propósito del albacea Zawadzky y su voluntad contraria a su condición de albacea constituye caso fortuito o fuerza mayor que impide el consenso con quienes en forma honesta desempeñan el cargo de albacea", y el juzgado conociente de la sucesión carece de competencia para juzgar que la Fundación es nula, cuestión reservada a la justicia contencioso-administrativa.

2. Admitida la demanda anterior y corrida en traslado a la apoderada general de la señora María Berenice Kohn, doctora Marleny Sandoval Rojas, ésta, por medio de apoderado, la respondió oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó algunos y negó otros. Expresó, de modo concreto, que María Berenice Kohn Sattler es hija legítima de Rodolfo Kohn Olaya y no su sobrina, como lo demuestran las pruebas que obran dentro del proceso de sucesión de este último. Que éste la prefirió en su testamento, razón por la cual "por ministerio de la ley se entiende instituida en su legítima", viniendo entonces la sucesión a ser parte testada y parte intestada. Que los apoderados no estaban facultados para representar a los albaceas en otros procesos, ni para delegar en ellos el ejercicio de los albaceazgos, ni para administrar los bienes relictos; de ahí que las reuniones celebradas entre albaceas y abogados que representan o sustituyen a otros albaceas carecen de validez, como lo prescribe el C. Civil, especialmente en su artículo 1327. Que la resolución del Ministerio de Justicia le concedió personería a la entidad denominada "Fundación Rodolfo Kohn Instituto Francisco de Asis de Protección Zoófila y Eutanasia", mientras que la fundación encomendada por el testador a los albaceas se denomina "Instituto Francisco de Asís de protección Zoófila y Eutanasia 'Ifapze' ", por lo cual la fundación creada por los albaceas Aconcha y Cifuentes no se allana a las exigencias legales y testamentarias.

Por fuera de otras consideraciones consignadas en la respuesta a los hechos, la demandada propuso la excepción que denominó "falta de legitimación en la causa: la actora no es titular de la herencia que pide", basada sintéticamente, en que la fundación no cumple las exigencias legales y testamentarias, para ser reconocida como la heredera testamentaria del causante.

3. Planteada la litis en los términos señalados, el Juzgado adelantó la primera instancia, la cual culminó con decisión desestimatoria de las pretensiones de la demandante, quien, consiguientemente, interpuso recurso de apelación.

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. El Tribunal, por su parte, revocó la decisión anterior, declaró no probada la excepción propuesta, y en consecuencia, decidió "reconocer a la 'Fundación Rodolfo Kohn Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia', como heredera universal, del señor Rodolfo Khon Olaya, según la memoria testamentaria".

Tal determinación se apoyó en las consideraciones que a continuación se compendian.

2. Señala el Tribunal que siendo la legitimación en la causa uno de los "elementos de la acción que se instaura a través de la demanda", se debe determinar primeramente si la parte demandante está legitimada. Recuerda que el Juzgado negó las pretensiones basado en la falta de prueba de esa legitimación, por cuanto en el proceso "no se encontró el testamento del señor Rodolfo Khon Olaya, del cual se derivan sus derechos", pero que él se allegó, de oficio, en la segunda instancia.

3. Anota que en el capítulo 8, denominado Asignación a título universal, cláusula décima cuarta del susodicho testamento, se instituye como heredera a la futura persona jurídica que habrá de llamarse "Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia", con sigla "Ifapse", asignación que, así instituida, tiene "plena validez de acuerdo con lo establecido en el artículo 1020 C.C.".

4. Un poco más adelante recuerda que la demanda ha sido propuesta por la "Fundación Rodolfo Kohn Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia", con personería jurídica reconocida por el Ministerio de Justicia.

Que el demandante alegó que al nombre querido por el testador ("Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia") fue preciso añadirle la expresión "Fundación Rodolfo Khon" para poder obtener la personería jurídica, como quiera que al momento de solicitarla "personas ajenas a la sucesión habían obtenido con anterioridad personería jurídica para una fundación con el mismo nombre indicado en el testamento".

5. En las circunstancias precedentes, expresa el sentenciador que el aspecto mencionado no le sustrae la identidad a la demandante con el asignatario, pues la expresión "Fundación Rodolfo Khon" "no le quita la esencia a la voluntad testamentaria, sino por el contrario, no hace otra cosa que pretender llevar a cabo el querer del testador, máxime cuando la expresión agregada no lo fue por capricho de quien solicitó la personería jurídica, sino en virtud de las circunstancias especiales mencionadas en la

demanda. Circunstancias a que hacen referencia los documentos que obran a fol. 89 a 95 Cdno. 2°.

6. Pasando a examinar lo relativo a la forma como se creó la referida Fundación, recuerda la decisión tomada por el Juzgado conociente de la sucesión, confirmada por el Tribunal, en el sentido de negarle su reconocimiento como heredera, "hasta tanto se acuerden los herederos adoptando una conducta de consuno con respecto a dicha entidad", situación que, en sentir del excepcionante, no ha variado hasta el presente.

Ello expuesto, dice que de conformidad con el artículo 1020 del C.C., en su inciso 2, si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta valdrá la asignación, añadiendo que al folio 5 del cuaderno principal reposa la prueba de haberse obtenido la personería jurídica para la "Fundación Rodolfo Kohn Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia".

Destaca así mismo el texto del artículo 683 del C.C., y los que denomina "atributos esenciales de las colectividades elevadas al rango de personas jurídicas", cuales son: 1. Autorización expedida por la autoridad pública. 2. Un representante que actúe por ellas, y 3. Existencia de un patrimonio y de una capacidad propia independiente de la de sus miembros", y manifiesta a renglón seguido que la fundación objeto de este proceso reúne esas tres condiciones.

7. Por otro lado, trae a cuento que en la cláusula vigésima del testamento se designaron los siguientes albaceas: Doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez, doctor Alberto Zadwazky Moncada y doctor Luis G. Concha Kohn, y que en ulterior adición al testamento se nombró también al doctor Enrique Cuenca Lara; todos con las mismas atribuciones, privilegios y derechos.

Asevera que, según el artículo 1340 del C.C., si hay dos o más albaceas con atribuciones comunes, todos ellos obrarán de consuno, de la misma manera prevista para los tutores en el artículo 502.

Tras aludir a la forma como se creó la fundación de la que aquí se trata, se pregunta por el fundamento real del artículo 1340, a lo que observa con que "actuando de consuno, todos responden solidariamente. Artículo 1338 C.C.; pero, en consecuencia, cada uno podrá oponerse a los actos de los demás, cuando en razón de las circunstancias, pudiese ocasionarse la responsabilidad de alguno de ellos y en tal caso no es posible exigirles que obren de consuno: cada uno responderá según el caso por sus actuaciones u omisiones".

8. Sobre tales bases, vuelve a interrogarse acerca de sí, al existir diferencias entre los albaceas, sin que hubieran concurrido al juez para su solución, sino que dos de ellos crearon la Fundación, podrá desconocerse la persona jurídica creada como tal.

Sostiene que no, porque tiene vida jurídica "y como tal habrán de reconocerse sus atribuciones, mientras no se ataque por la vía correspondiente su validez y deje de tener existencia, mediante providencia debidamente ejecutoriada".

Así, tras reiterar un poco más espaciosamente este punto de vista, concluye con que la excepción propuestas no puede prosperar y que se le debe dar paso a las pretensiones

de la demanda, puesto que al ser la demandante la heredera universal del Rodolfo Kohn, conforme al testamento que no ha sido invalidado, debe reconocérsela como tal.

LA DEMANDA DE CASACION

Cinco cargos eleva en ella la parte recurrente en contra de la sentencia acabada de compendiar. Uno, el quinto, con base en la causal quinta del artículo 368 del C. de P.C. Otro, el tercero, con invocación de la causal segunda del mismo precepto. Y los restantes con apoyo en la causal primera. La Sala los despachará en el orden que lógicamente les corresponde.

Cargo quinto

1. Se le enrostra en él a la sentencia el "estarse reviviendo una controversia que legalmente concluyó por decisión que hizo tránsito a cosa juzgada".

2. Con miras a demostrarlo, empieza el recurrente por reproducir el aparte de la sentencia del Tribunal en donde se alude a la determinación tomada dentro del proceso de sucesión, denegatoria del reconocimiento de la Fundación como heredera del señor Kohn, determinación que luego confirmara el Tribunal.

3. Argumenta entonces que "la decisión se dictó entre las mismas partes con el mismo objeto y con la misma causa", para añadir a renglón seguido que "evidentemente (la) decisión es sólo un auto y ahora existe una sentencia, empero no se trata del formalismo, sino del contenido y seriedad misma de la justicia".

Reitera luego que en su sentir el caso ya se juzgó y que no es posible que la sentencia ignore el hecho. Que existe cosa juzgada. Y que "posiblemente el formalismo de la ley procesal impida decir que se está reviviendo un proceso legalmente concluido, pero no podemos olvidar que es nuestra propia Constitución la que nos enseña que el objeto de los procedimientos no es un fin sino apenas un medio".

Remata el cargo con la petición de casar la sentencia para que, en sede de instancia, se declare probada la excepción de cosa juzgada.

Se considera

1. Ciertamente, el Tribunal estimó que dentro del proceso de sucesión del señor Rodolfo Kohn Olaya ya se había proferido auto por medio del cual no se le reconoció a la Fundación aquí demandante su condición de heredera del citado causante.

Empero, del que en el susodicho proceso se hubiese tomado la aludida determinación no es posible inferir que aquí se esté reviviendo un proceso legalmente concluido, siendo distintas las razones que conducen a esta conclusión.

2. Ante todo, como es palmar, una decisión de ese tipo no entraña la terminación del proceso de sucesión. Por el contrario, se trata de una providencia que se puede proferir desde la apertura misma del proceso hasta antes de que se dicte la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de los bienes relictos, mediante la cual se define en favor de quiénes se ha de elaborar el trabajo distributivo de la masa partible con la consiguiente aprobación judicial, que es, cabalmente, el momento en que el proceso llega a su fin.

3. De otro lado, el artículo 590 del C. de P.C., en su numeral 4, prescribe con claridad meridiana:

"Reconocimiento de interesados. Para el reconocimiento de interesados se aplicarán las siguientes reglas:

"1 ... 2 ... 3 ...

"4. *Cuando se hubieren reconocido herederos y se presenten otros, sólo se les reconocerá si fueren de igual o de mejor derecho.*

"*La solicitud de quien pretenda ser heredero de mejor derecho se tramitará como incidente*, sin perjuicio de que la parte vencida pueda hacer valer sus pretensiones por la vía ordinaria". (Se destaca).

De forma que es la propia ley la que expresamente permite que aquél que, sin embargo de haber sido excluido del proceso sucesorio o de no haber sido admitido en él, juzgue que tiene mejor derecho a una herencia que quienes allí han sido tenidos como interesados, acuda a un proceso separado con miras a que, mediante sentencia, se le abra espacio a su aspiración.

Bajo este aspecto, como de toda obviedad resulta decirlo, la norma procesal guarda perfecta armonía con las reglas sustanciales, particularmente con el artículo 1321 del C.C., estableciente de la acción de petición de herencia, enderezable precisamente en frente de quien diciéndose heredero ocupa una herencia.

Desde luego, la cuestión no podía ser de otro modo, vale decir, no resultaría ceñido a la justicia que un asunto de tanta trascendencia como es el atañedero a la definición de la titularidad del derecho real de herencia quedara sujeto a una escueta decisión de carácter incidental, con exclusión de otras más amplias vías procesales.

4. En fin, el recurrente ha confundido la causal de nulidad que habla de la revivificación de un proceso legalmente concluido con la proposición de la excepción de cosa juzgada (suponiendo que ésta fuera de recibo en el presente caso), punto éste que la Sala examinó en sentencia que data del 24 de junio de 1992 (P. Ordinario de Jorge Alberto Monsalve y O. Urs. Enchapes y Mármoles H.N. Ltda. y O.), en los términos que a continuación se reproducen:

"...El desconocimiento de la cosa juzgada, formada en proceso distinto del que está en curso, y que faculta a aquellos que han sido partes en el juicio anterior para proponer la excepción de cosa juzgada, en orden a alegar y probar la existencia de aquella especial causa de extinción del derecho de acción y del derecho de jurisdicción, que es la cosa juzgada, implica ciertamente violación de la norma de derecho sustancial que la consagra (art. 332 C. de P.C.), denunciable, por tanto, en casación, al tenor del numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, criterio que la Corte ha sostenido desde vieja data al reconocer que, siendo la cosa juzgada un hecho jurídico que la ley sustancial establece como invulnerable..., una sentencia pronunciada en contra de lo que se ha decidido en otra ya ejecutoriada y en juicio que verse sobre las mismas partes, sobre la misma cosa y sobre la misma acción es violatoria de la ley sustancial y estaría sujeta a ser destruida por virtud del recurso de casación...; pero, la violación de la cosa juzgada formada en el mismo proceso en que se alega no implica

quebranto de norma de derecho sustancial alguno, sino desacato del juez a una norma regulativa u ordenativa de su actividad (art. 140, num. 3, C. de P.C.), denunciable al tenor del numeral quinto del artículo 368 ibidem, *pues '... la relación procesal termina ordinariamente con la sentencia, y, excepcionalmente, en casos como el del desistimiento, de transacción o de perención. Y como el fin del proceso indica la pérdida de la competencia del juez en él, por lo que terminado, ora sea normal o ya anormalmente, no puede éste revivirlo, la causal de nulidad que aquí se comenta sólo puede configurarse cuando el juez continúa conociendo de él muy a pesar de su fallecimiento'* (CXLVI, pág. 50) (subraya la Sala)". en conclusión, todo lo anterior conduce a la no prosperidad del cargo.

Cargo tercero

1. Se le imputa en él a la sentencia su falta de congruencia "con las excepciones propuestas o que debieron reconocerse de oficio".

2. En procura de demostrarlo, el recurrente empieza afirmando que el Tribunal "observó que en la constitución de la persona jurídica se incurrió en vicios que la hacen nula; pero se negó a declararlo así, por cuanto estimó que como se le reconoció personería jurídica por un acto administrativo...", tiene existencia mientras no se ataque por la vía correspondiente su validez.

El Tribunal, entonces, "estimó que la nulidad en que se incurrió en la formación de la persona jurídica demandante era cuestión ajena a este proceso...", lo cual no es exacto si se tiene en cuenta el párrafo final del artículo 306 del C. de P.C. de donde se sigue que "esa nulidad, en el evento de que (el juez) no la pueda declarar, ora por no ser de su jurisdicción o competencia, ya por no tratarse de vía procesal adecuada, sí debe decidir declarando si es fundada o no. En casos como éste el juez no anula el acto, pero debe decidir sobre la procedencia de la excepción".

3. Agrega que "en el presente caso en la posible nulidad de la constitución de la fundación demandante, sólo ella es parte, los dos albaceas que la constituyeron viciosamente no tienen la calidad de parte. Por esta razón en este juicio también son parte todos los que intervinieron en el acto nulo. Por lo mismo, es evidente que, con fundamento en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, aun de oficio debió declararse tal nulidad".

Argumenta que aquí no se estaría anulando un acto administrativo "por cuanto la personería jurídica de éste, sino del acto de su constitución. Conforme al artículo 636 del Código Civil los estatutos deben someterse a aprobación, pero de allí no puede decirse que nace la personería. El acto administrativo sirve para probar la existencia y quien es su representante, pero nada más...".

4. A manera de conclusión del cargo señala que "bien sea por aplicación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 o del párrafo final del artículo 306 del C. de P.C. era tema de la sentencia un pronunciamiento expreso sobre la nulidad de la constitución de la persona jurídica demandante. Como la sentencia no lo hizo, es sin duda incongruente".

Se considera

1. Con arreglo a la forma como actualmente se presenta el ordinal 2 del artículo 368 del C. de P.C., la incongruencia, como causal de casación, puede encontrarse, entre otros casos, cuando la sentencia no guarda armonía con las excepciones propuestas por el demandado o con las que el juez deba considerar de oficio.

Ello es así por cuanto los artículos 305 y 306 ib. le imponen al juez el correlativo deber de pronunciarse sobre las excepciones del demandado, del mismo modo como debe hacerlo respecto de los hechos y de las pretensiones aducidos en la demanda.

2. Para lo que al despacho de este encargo incumbe, el juez deja de pronunciarse sobre una excepción del demandado, sea que éste la haya propuesto o que aquél deba reconocerla de oficio, cuando profiere su decisión sin tomar en consideración el hecho exceptivo que aparece demostrado en el proceso, vale decir, cuando halla próspera la pretensión del demandante sin que, de manera paralela, se ocupe de lo que ha sido materia del litigio apreciado desde el ángulo del demandado, en particular de las excepciones que a éste pueden favorecer.

En el anterior orden de ideas, no resulta ser lo mismo guardar silencio en torno a la excepción, que ocuparse de ella para desestimarla por uno u otro motivo. El primer supuesto puede ser evidenciador de incongruencia, mas no el segundo, desde luego que la correspondencia o conformidad, como regla de conducta para el juez, apunta es a que haya una decisión, no a que ésta se produzca en un sentido determinado.

3. Ahora bien, el examen de la excepción por parte del juez es cuestión que no siempre ofrece el mismo perfil. Ocasiones hay, por cierto, en que aquél, de manera concreta, examina el hecho exceptivo y las pruebas que a él conciernen. Mas no es ésta la única vía por la cual pueda transitarse a fin de darle cumplimiento a la exigencia de la ley, ya que como reiteradamente ha expuesto la Corte, "...en lo atinente al pronunciamiento de las excepciones, conviene observar que no en todo evento en que el fallador de manera expresa no se pronuncia sobre ellas, tal hecho conduzca inexorablemente a configurar un yerro in procedendo en la modalidad de mínima petita.

Porque, según el fuerte vínculo jurídico que existe entre la pretensión y la excepción, es fácil observar que decidida la primera ha quedado igualmente resuelta la segunda. Así por ejemplo, si se pide la resolución de un contrato y respecto a esta pretensión el demandado formula la excepción de contrato no cumplido y el juzgador declara la resolución por haber cumplido el actor y haber incumplido el opositor, tal pronunciamiento implica rechazo de la excepción". (Cas. Civ. del 11 de diciembre de 1978, sin publ.).

4. Pues bien: El criterio precedente acoja cabalmente el caso sub examine, pues aquí el Tribunal, cuando determinó que la Fundación a la que se le confirió la personería jurídica a instancia de dos de los albaceas, sí tenía la condición de heredera universal del causante Rodolfo Kohn Olaya, lo estableció después de sopesar los aspectos que en este cargo le sirven al recurrente para argumentar que se incurrió en una nulidad al crearse la persona jurídica, nulidad que ha debido ser declarada de

oficio por el juzgador, o, al menos, tenerse como fundada la correspondiente excepción. Incluso, de ese modo lo destaca el mismo impugnante cuando aborda la tarea de desarrollar el cargo.

En verdad, el a quem *consideró que la atribución de personería jurídica a la Fundación demandante producía todos los efectos jurídicos "mientras no se ataque por la vía correspondiente su validez y deje de tener existencia ...". De ahí que sin vacilación quepa afirmar que se abstuvo de decretar la nulidad bajo cuyo amparo se pretende tildar ahora a la sentencia de falta de congruencia, lo cual equivale a una decisión respecto de aquélla, como que cosa distinta a no decidir, es decidir negativamente, así sea de manera implícita. Lo primero da pie para la formulación de un cargo por incongruencia, y lo segundo por violación de la ley.*

Es más, las razones antes mencionadas fueron las que determinaron en concreto al Tribunal a desestimar la excepción de falta de legitimación en la demandante propuesta por la demandada, excepción que aunque presentada bajo una denominación inadecuada, exhibe el mismo soporte sobre el cual se ha buscado levantar el motivo de invalidez que en este momento le sirve de base al reproche de incongruencia.

5. De modo que, reitérase, sí hubo decisión acerca de la nulidad, siendo, por supuesto, algo completamente diferente el acierto de la misma. A este propósito, y conforme un poco antes se insinuó, si, por lo visto, el Tribunal se abstuvo de decretar la nulidad de la constitución de la persona jurídica, el recurrente debía plantear la cuestión con sujeción a la causal primera de casación, como quiera que con ello se habría dado una transgresión de la ley sustancial. Como se verá, lo intenta en los dos cargos siguientes.

El cargo, en suma, no prospera.

Cargo primero

1. Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., por la vía directa, se le enrostra en él a la sentencia del Tribunal la violación de los artículos 1340 -en concordancia con el artículo 502-, 1338, 1358, 1740, 1741, 1321, 1322, 1008, 1009, 1011, 1020, 633 y 1155 del C. C., y 2 de la Ley 50 de 1936.

2. A efectos de desarrollarlo, el recurrente reproduce el aparte de la sentencia en donde el Tribunal, señala el que, a su juicio, constituye el alcance del artículo 1340 del C. C., alcance que, como en su momento se vio, derívase de su entrelazamiento con el artículo 1338 *ib.*, para entrar a afirmar que el problema no es de solidaridad entre los albaceas, conforme lo aseveró el juzgador, "sino que la ley obliga, como lo dice el artículo 502 a 'que todos ellos autorizarán de consuno los actos...' ". y Agrega:

"...Si obran de consuno son responsables solidariamente, la ley es congruente: Todos deben obrar juntos, luego todos son responsables. Decir ...que les es permitido obrar separadamente, es contrariar lo que dice la ley...".

3. Al preguntarse por las consecuencias que se siguen de no obrar de consuno, critica al Tribunal por estimar que se concretan en "una posibilidad de impugnación de los actos y una exoneración de la responsabilidad solidaria del artículo 1338 del Código Civil", para puntualizar que "las verdaderas consecuencias las prevén los artículos 1358

y 1740..., normas que en su orden prohíben al albacea o albaceas actuar contrariando la ley so pena de nulidad; la segunda norma citada prevé que es nulo absolutamente el acto al que le falta algún requisito que la ley prescribe para su validez".

4. Expone que como la constitución *ad hoc* de la persona jurídica adoleció de nulidad absoluta, así debió declararse con fundamento en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, todo lo cual llevó al Tribunal al quebrantamiento de las restantes normas que en el cargo cita.

Cargo segundo

1. Planteado también con invocación de la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., *por la vía directa*, en él se le achaca al Tribunal el quebrantamiento de los artículos 1340 -en concordancia con el artículo 502-, 1338, 1358, 1740, 1741, 1321, 1322, 1008, 1009, 1011, 1020, 633 y 1155 del C. C., y 306 del C. de P.C.

2. Al abordar la tarea de la sustentación del cargo, el impugnador advierte que es idéntico al anterior, con la sola variación de que, en lugar de denunciarse la violación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, se plantea la del artículo 306 del C. de P.C.

3. Realizadas algunas consideraciones del mismo corte de las expuestas en el cargo anterior, se pregunta si el artículo 306 del C. de P.C. es norma puramente procesal, o si por el contrario, es sustantiva, cuestión que responde en este último sentido, por lo menos en el aparte donde se dispone que si al juez no le es posible declarar la nulidad del acto o contrato "...se limitará a declarar si es o no fundada la excepción", añadiendo que "esta norma, *mutatis mutandi* es igual al artículo 2º de la Ley 50 de 1936 (norma que la honorable Corte ha reconocido como sustantiva) en la medida en que las dos prevén las consecuencias de un acto nulo".

4. Sentada esa base, manifiesta que, para los efectos del cargo, admite lo expresado por el *ad quem* en el sentido de que este proceso no es la "vía correspondiente" para la declaratoria de la nulidad absoluta, pero que si la Corte observara que al caso no le es aplicable el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, "si lo es el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y por lo mismo debió declararse fundada la excepción de nulidad absoluta", todo lo cual condujo al Tribunal a la violación de las normas que en el cargo se enumeran.

Se considera

1. Dentro de este proceso no se ha discutido que fue intención del testador la de instituir como su heredera universal una fundación que habría de crearse bajo el nombre "Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia". Del mismo modo, no está dentro del encorno de la controversia que la fundación se organizó, obteniéndose el reconocimiento de la respectiva personería jurídica por parte de la autoridad competente, por dos de los cuatro albaceas designados por el testador.

1.1. Así lo advirtió el Tribunal, para quien el hecho anterior no implica que se pueda desconocer la persona jurídica creada como tal, la cual "debe producir los efectos jurídicos correspondientes, mientras no se declare su nulidad", declaratoria que debe buscarse por "la vía correspondiente", había dicho un poco antes. Aquí, también anota el ad quem, *la exigencia contenida en el artículo 1340 del C.C. sólo se*

justifica por la responsabilidad solidaria que a los albaceas se les impone en el artículo 1338 ib.; *pero que si cada uno se puede oponer a los actos de los demás, la responsabilidad entonces ya no será solidaria.*

1.2. El recurrente, por su lado, estima que si los albaceas no obran de consuno, las consecuencias que de allí se derivan son las previstas en los artículos 1358 y 1740 del C. C., debiendo entonces el juez proceder a declarar la nulidad con base en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, o cuando menos, a declarar fundada la excepción, conforme lo determina el artículo 306 del C. de P.C., en su inciso final, si es que se juzga que dentro de este proceso no aparecen todos aquellos que fueron parte del acto nulo.

2. Sea lo primero advertir, básicamente por la rectificación doctrinaria que al Tribunal se le debe hacer, que la transgresión de la exigencia legal contenida en el artículo 1340 del C.C. por parte de alguno o de algunos de los albaceas, cuando son varios, no se traduce en una mera eximición de la responsabilidad solidaria que les incumbe por mandato del artículo 1338 ib., *pues, como es palmar, no es hacia este precepto donde apunta la norma inicialmente citada.*

Como es igualmente notorio, se está ante una solidaridad de carácter legal, no pudiendo, entonces, los albaceas desprenderse de ella más que cuando milite uno cualquiera de los factores exonerativos previstos en la citada regla. Por ende, si no media ninguno, el obrar de uno de los albaceas en desacuerdo con los restantes, no dispensa a éstos de su responsabilidad solidaria.

La conclusión precedente, aparentemente tan drástica, se explica porque el propio artículo 1340 prevé, en su inciso 2, una forma para superar las disensiones entre los albaceas, pues dícese allí que si éstas se presentan, es el juez el llamado a dirimirlas. De modo que si aquéllos no coinciden respecto del encargo que el testador les ha confiado, en lugar de actuar cada uno con prescindencia de los restantes, deben acudir ante el juez para que éste, al zanjar las diferencias, señale el camino a seguir, único legalmente válido.

3. Dicho lo anterior, sería entonces del caso acometer el examen de la validez del acto cumplido por algunos de los albaceas con prescindencia de los restantes, desde luego, sin que previamente se hubiera acudido al juez para que desatara las contradicciones entre aquéllos, y si, en consecuencia, el Tribunal ha debido declarar su nulidad, conforme el recurrente lo plantea en los dos cargos precedentes.

3.1. En relación con el punto, lo primero que cabe observar es que la declaración de última voluntad del testador, bajo el aspecto que se analiza, la encuentra la Sala en un todo ceñida a las normas legales como que el artículo 1019 del C. C., en su inciso 3, determina que "...las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta apertura de la sucesión", norma ésta que encuentra cabal complemento en el precepto siguiente, o sea el artículo 1020, de conformidad con el cual "...si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta valdrá la asignación".

En segundo lugar, revisada la memoria testamentaria del señor Kohn Olaya, en particular su cláusula decimocuarta y siguientes, con toda nitidez se aprecia que fue

rotundo propósito suyo darle vía a la entidad aquí demandante, a la cual, en su condición de asignataria universal, dotó con el patrimonio que en la mencionada cláusula se enlista. Y, no contento con ello, la justificó en los términos que se indican en la cláusula decimoquinta, donde, en palabras por demás elocuentes, le trazó su objeto. Dijo también cómo debía integrarse su Junta Directiva y señaló quiénes ostentarían su representación. En una palabra, sentó todas las bases que estaban a su alcance para que su última voluntad, en tal punto, obtuviera, en la debida oportunidad, un cumplido desarrollo como que, incluso, en un aparte de la cláusula decimosexta se lee:

"...La Fundación a que se refiere este testamento..., lo es tal que, aun careciendo de actual personería jurídica y de existencia real a la fecha de este instrumento, las tiene sin embargo potencialmente, a priori, aseguradas en la certidumbre, en virtud de todo lo expuesto, textualmente extensivo a denominarla, acaudalarla y definirla en todos sus aspectos".

Y en tercer lugar, es igualmente diáfano, en el mismo testamento, que su autor designó tres albaceas -a los cuales, luego, les sumó otro-, a quienes confirió "no sólo la tenencia y administración específicamente de los bienes asignados al Instituto, sino también la tenencia y administración en general de los bienes relictos...".

3.2. En el anterior orden de ideas, reconocida como le fue la personería jurídica a la Fundación, es palmar que la petición correspondiente no tenía por qué sujetarse al cauce de la actuación concurrente de los albaceas: El testador no lo impuso como condición, según lo visto; por el contrario, fue su intención la de que su creación estuviera libre del mayor número posible de obstáculos, como que no de otra manera se entiende la prolijidad con que se ocupó de la misma; por lo mismo, no se comprendería cómo habría de ser él quien le erigiera su primer escollo con la exigencia de que todos los albaceas cooperaran en los trámites propios del reconocimiento de la personería de la fundación.

Y considerada la cuestión desde la perspectiva del discernimiento propiamente dicho de la personería, ese obrar conjunto de los ejecutores testamentarios no resulta ser exigencia legal para solicitar y alcanzar tal cometido.

3.3. Por otra parte, no pierde de vista la Sala que de acuerdo con el artículo 1346 del C. C., "habiendo dos o más albaceas con atribuciones comunes, todos ellos obrarán de consuno, de la misma manera que se previene para los tutores en el artículo 502", y que, además, es al testador a quien se le reserva la autorización para que obren separadamente, según la previsión del inciso final del mismo artículo.

Mas como con facilidad es advertible en el precepto, el obrar de consuno de los albaceas presupone que éstos tengan "atribuciones comunes", las cuales, obviamente, al dimanar de las instrucciones del propio testador, en el presente caso se concretaron en la tenencia y administración de los bienes relictos, lo que, recta vía, conduce a señalar cómo dentro de estos conceptos no resulta acomodable lo atañedero a la obtención de la personería jurídica para la fundación.

4. Si, pues, la creación de la entidad demandante debía ser gestionada por cualquiera de los albaceas, se sigue que el Tribunal ninguna nulidad tenía que declarar

de oficio, ni tampoco declarar fundada ninguna excepción al respecto, por lo que ninguna de las normas citadas en los cargos que se despachan resulta transgredida.

Esa conclusión, naturalmente, también permite anotar que el ad quem, *por su parte, también anduvo equivocado cuando estimó que era nulo el acto constitutivo de la fundación, sólo que producía todos sus efectos mientras esa invalidez no fuera declarada por la autoridad competente, autoridad que, no está por demás puntualizarlo, nada tendría que decir en razón de que siendo cuestión atinente a' las atribuciones de los ejecutores testamentarios y a la manera de ejercerlas, queda ubicada en el terreno propio del juez de familia y no en el del contencioso administrativo.*

Los cargos, por lo tanto, no se abren paso.

Cargo cuarto

1. Por la vía indirecta se le enrostra a la sentencia el quebrantamiento de los artículos 1226 (numerales 3 y 4), 1239, 1240 (redacción del artículo 9° de la Ley 29 de 1982), 1242, 1243, 1037, 1040, 1045 (redacción del artículo 4º de la Ley 29 de 1982), 1321, 1322, 1008, 1009, 1011, 1020 y 1155 del C. C., "infracciones provenientes del error de hecho manifiesto en que (se) incurrió al no tener por probado estándolo que la demandada es heredera legítima del causante a título de hija legítima".

2. La tarea de demostrar el cargo la inicia el recurrente señalando que en el proceso obra copia auténtica del auto mediante el cual se declaró abierto el proceso de sucesión, en cuyo numeral 5 se lee:

"Reconócese a la señora María Berenice Kohn Sattler, como heredera universal del causante en su calidad de hija legítima del mismo, quien acepta la herencia con beneficio de inventario".

Luego, tras reproducir una jurisprudencia de la Corte relacionada con el alcance del auto de declaratoria de herederos, dice que "dos cosas son evidentes:

"a) Que está legalmente probado que la demandada es heredera como hija legítima;

"b) Que la prueba obrante en el proceso es adecuada".

3. Sentadas esas premisas, el recurrente se refiere a los artículos 1226, 1239 y 1240 del C. C., para luego poner de presente que el Tribunal "pretermitió en su totalidad la prueba", y que esa omisión lo llevó a dejar de aplicar todas las normas sobre asignaciones forzosas, legítimas y cuarta de mejoras, y a aplicar indebidamente las reglas propias de la petición de herencia, "dándole la totalidad de esa calidad a quien sólo posee, eventualmente, el derecho a la cuarta de libre disposición".

4. Tras aludir a otras normas que también estima violadas, termina pidiendo la casación parcial de la sentencia para que, en sede de instancia, se reforme la decisión del Tribunal "en el sentido de expresar que el derecho a la herencia por parte de la demandante se limita a la cuarta de libre disposición de la que podía disponer el testador, pero que en manera alguna afecta los derechos de la misma a su legítima y a la cuarta de mejoras".

Se considera

1. Como es sabido, en la demanda pidióse declarar "que la Fundación Rodolfo Kohn Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia, con sigla Ifapse es heredera universal de Rodolfo Kohn Olaya, al tenor de la memoria testamentaria", y que, consecuentemente, en los mismos términos profirió su decisión el juzgador, quien, en concordancia con lo que constituía la materia del debate, no se adentró en otras cuestiones aledañas, tales como la eventual ocupación de la herencia correspondiente a la demandante por la demandada, ni de la potencial restitución de los bienes relictos por parte de esta en favor de aquélla.

2. La condición de heredera universal con que la demandante fue calificada en la sentencia, no entraña en sí misma el desconocimiento de igual título en otras personas, particularmente en la demandada, a quien, no está de más consignarlo, en este proceso no le ha sido controvertido el suyo.

Y es que no se ha de perder de vista que con arreglo al artículo 1008 del C. C. el título universal del asignatario se da "cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto". Tampoco, que conforme al artículo 1009 *ib.*, en su inciso 2, " la sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada".

Estos preceptos, con claridad meridiana, determinan, el primero, cómo el carácter universal que ostente un asignatario no conduce a decir que su derecho lo sea a la totalidad de la herencia, sino que éste también puede limitarse o circunscribirse a una de las partes en que esa herencia, apreciada como una unidad, puede ser dividida, y el segundo, cómo, al considerar la eventualidad de que una sucesión sea en parte testamentaria y en parte intestada, permite igualmente la coexistencia del sobredicho carácter en dos o más herederos cuya asignación provenga, en unos casos, de la declaración de última voluntad del causante, y en otros, de un mandato legal.

Por esos motivos, pues, la decisión del Tribunal, según fue tomada, no transgrede los preceptos citados en el cargo, ni, por sí misma, comporta la negación de los derechos que a la demandada le puedan asistir en la sucesión del señor Rodolfo Kohn Olaya. Cosa distinta, por supuesto, es la que se refiere a la forma como la herencia deba ser distribuida entre las dos asignatarias, mas la definición de este aspecto queda en manos del juez encargado de liquidar la sucesión.

Este cargo, entonces, tampoco tiene éxito.

Finalmente, ha de advertir la Sala que no se impondrá especial condenación en costas a la parte recurrente en virtud de las rectificaciones doctrinarias que al Tribunal se le han hecho.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá del doce (12) de marzo de mil novecientos noventa (1990) dentro del proceso

ordinario seguido por la "Fundación Rodolfo Kohn, Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia" en frente de la señora María Berenice Kohn Sattler como heredera del señor Rodolfo Kohn Olaya.

Sin costas en el recurso de casación por lo dicho en la parte motiva.

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

Casación - Naturaleza

Por su propia naturaleza, el recurso de casación no constituye una instancia más del proceso en la cual puedan las partes, *ob libitum*, volver sobre lo que ya fue materia del debate tanto ante el juez *a quo* como ante el *ad quem*, cuya competencia sí les permite examinar, de modo general, con entera libertad, todos los aspectos del litigio.

Providencia Judicial / Sentencia - Revocación / Casar / Presunción de Acierto

La facultad de revocar un fallo posee una diferente connotación jurídica a la que tiene la de casarlo, así en ambas hipótesis se pueda, a renglón seguido, adoptar una decisión sustitutiva. / Casar es invalidar o destruir la presunción de acierto que ampara la sentencia, tal cosa significa, dejando de lado otras consideraciones propias de la técnica del recurso, que el impugnador se enfrenta con la ineludible necesidad de atacar con éxito todos los fundamentos ofrecidos por el Tribunal, pues mientras tanto, aquel que hubiere dejado de impugnar o que hubiere atacado infructuosamente, le seguirá brindando sustento a la decisión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Radicación: Expediente número 3566.

Despacha la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y demandante en reconvención en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, de fecha ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), dictada dentro del proceso ordinario promovido por Alvaro Angel Velilla y Ligia Agudelo de Montoya, en frente de Teresa, Cecilia, Nelly y Eduardo Agudelo Quiroz.

ANTECEDENTES

1. Por reparto, el Juzgado 2 Civil del Circuito de Medellín asumió el conocimiento de la demanda que presentaran los demandantes ya nombrados para que, previos los trámites de un proceso ordinario, se declarase que pertenece a los actores en dos terceras partes para Ligia Agudelo de M. y una tercera parte para Alvaro Angel V., una casa de habitación con el lote correspondiente, ubicada en la calle 21A número 77-33, alinciada como en la demanda se señala, y que, en consecuencia, se condenase a los demandados a restituírselas.

2. Tal pretensión se apoyó en que mediante la escritura pública número 496 del 1º de febrero de 1972, de la Notaría 5ª de Medellín, Luis Agudelo Q. vendió a Ligia Agudelo de Montoya y a Libardo Angel D., a razón de dos terceras partes para la primera y una tercera parte para el segundo, el inmueble descrito en el hecho primero, inmueble que Agudelo Q. había adquirido por una posesión material superior a los 20 años, como consta en la escritura número 496 y en el certificado de registro. Que el título de los demandados no ha sido cancelado por ningún medio. Que por sentencia del Juzgado 2 Civil del Circuito de Medellín, registrada en 1986, Alvaro Angel V. adquirió por adjudicación dentro de la sucesión de Libardo Angel D. la tercera parte de que éste era dueño. Que los demandados ocupaban la casa porque se las había prestado Luis Agudelo Q., padre extramatrimonial de los mismos, y que los adquirentes permitieron que aquéllos continuaran con su tenencia. Pero que fallecido el vendedor, al reclamarles la entrega a los ocupantes, se negaron a ello. Que la casa fue habitable y confortable, pero que hoy es una verdadera ruina, sin que hubiera tenido ninguna mejora. Que si sus ocupantes hubieran tenido ánimo de señor y dueño, la habrían mantenido en condiciones normales de ocupación, pero que esto jamás ocurrió. Que los demandados no están en condiciones de ganar por prescripción y que siempre han reconocido el dominio de los demandantes.

3. Notificados los demandados de auto admisorio de la demanda, las señoras María Cecilia y María Teresa Agudelo Q. la replicaron negando los hechos en que se apoya, y afirmando ser poseedoras del bien. Se opusieron a las pretensiones y propusieron algunas excepciones.

4. En escrito separado, las personas acabadas de nombrar reconvinieron a los demandantes y a las personas indeterminadas, para que, por virtud de un proceso de pertenencia, se las declarase dueñas del predio ya nombrado.

5. Con miras a fundamentar la pretensión anterior, dijeron ser hijas de Lucila Quiroz Velásquez, ya fallecida. Que por medio de la escritura pública número 5099 del 9 de septiembre de 1944, Lucila Quiroz V. compró a Jesús Emilio Franco sus derechos herenciales en la sucesión de Pablo Emilio Franco, vinculados al inmueble que se describe, y que en tal contrato actuó como apoderado del vendedor el señor Luis Agudelo Q., habiendo la compradora recibido el inmueble en la misma fecha de la escritura. Que después de esta, Agudelo Quiroz y la compradora iniciaron una relación de concubinato. Que como Agudelo era casado con Laura Rosa Restrepo, sólo frecuentaba de paso la residencia de Lucila Quiroz. Que ésta falleció el 29 de abril de 1959, y que para tal fecha llevaba 15 años en posesión material del inmueble. Que mediante auto del 3 de mayo de 1971, el Juzgado 2 Civil del Circuito de Medellín declaró abierta la sucesión de Lucila

Quiroz V., siendo reconocidas como hijas extramatrimoniales de la causante a María Cecilia y María Teresa. Que en el hecho 3 de la demanda de sucesión, se afirmó que la causante había dejado una casa de habitación en la calle 21A número 77-33. Que para 1974 Lucila Quiroz ya tenía 15 años de fallecida, y en el inmueble que ésta poseyó aún estaban sus hijas, por lo que vienen a ser otros 15 años. Que decretada la diligencia de inventarios y avalúos, quedó en suspenso la sucesión. Que las reconvinientes no supieron a tiempo que mediante la escritura número 496 del 14 de febrero de 1972, Luis Agudelo, su padre natural, vendió a Ligia Agudelo Restrepo, su hija legítima, y a Libardo Angel D., su abogado, el inmueble sobre el cual recaían los derechos herenciales que el propio Agudelo como mandatario de Jesús Emilio Franco le había vendido a Lucila Quiroz el 9 de septiembre de 1944. Que en la escritura número 496 del 14 de febrero de 1972 se habla de adquisición por posesión material por más de veinte años, pero que no existe sentencia de adjudicación del bien. Que la posesión de los reconvinientes, sumada a la de la finada Lucila Quiroz V., llega a los 44 años.

6. Al replicar la demanda anterior, los reconvenidos se opusieron a la declaratoria de dominio, y de los hechos manifestaron que debían probarse.

7. Trabada la litis en los términos descritos, el Juzgado adelantó la primera sentencia, al cabo de la cual decidió: (1) declarar la inexistencia del título de Luis Agudelo, y, por consiguiente el de los demandantes, (2) no acoger la pretensión reivindicatoria, (3) absolver a los demandados, (4) declarar a María Teresa y María Cecilia Agudelo Quiroz, dueñas del inmueble, y tomar las medidas consecuenciales a tal determinación.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Apelada esa decisión por la parte demandante, el Tribunal decidió confirmarla en cuanto al rechazo de la pretensión reivindicatoria, y la revocó en cuanto a la declaración de inexistencia del título y en su lugar se abstuvo de ello; así mismo la revocó en cuanto a la declaratoria de pertenencia, la cual, consecuentemente, desestimó.

2. Para llegar a la conclusión anterior, el Tribunal empieza por recordar las características generales que debe reunir la posesión. En lo referente a la agregación de posesiones, dice que el prescribiente puede agregar la de sus antecesores a la suya, "con sus calidades y vicios, acorde con la preceptiva del 778 y del 2521 *ib.*, siempre y cuando exista o medie en la suma o accesión de posesiones respectivas, un vínculo jurídico, que dé lugar a esa válida ligazón entre una posesión y otra".

3. Acerca de la demanda principal, manifiesta que si allí se dijo que los demandados eran meros tenedores del inmueble sin que jamás hubieran tenido su posesión, falta uno de los presupuestos fundamentales de la reivindicación. A esta consideración añade la proveniente de la falta de aptitud del título del actor, porque si Luis Agudelo, el antecesor, poseyó por más de veinte años, falta la sentencia declarativa de la prescripción. Por ambos aspectos juzga, entonces, que se debe confirmar la decisión del *a quo* con la salvedad concerniente a la declaración de inexistencia del título.

4. En cuanto a la demanda de reconvención expresa que "si el proveimiento funda el rechazo de la pretensión restitutoria en la falta de posesión de los codemandados, por

sustracción de materia y por la misma razón tampoco procede el reconocimiento de la pertenencia".

5. Adicionalmente, sostiene que la suma de posesiones esgrimida por la parte demandante adolece de fallas, puesto que si a la de aquélla se agrega la de la madre fallecida en 1959, se encuentra que "de una parte, la causante madre de los prescribientes, Lucila Quiroz, adquirió los derechos hereditarios que Jesús Emilio Franco tenía en la sucesión de su padre Pablo Emilio Franco, y en la que dicho tienen hacía parte de la masa herencial. Pero esta circunstancia -agrega- de ninguna manera habilita a la causante Quiroz para ejercer la posesión sobre un bien que mientras no fuere cedido como cuerpo cierto, continuaba bajo la calidad de bien relicto, dado que la cesión de derechos herenciales apenas transfiere al cesionario la facultad de recibir en el sucesorio respectivo, la cuota herencial que correspondiera al cedente. De donde infiere que no hay fundamento para deducir que la causante hubiera adquirido siquiera 'la posesión legal' sobre dicho bien, menos la real o definitiva de la herencia.

6. Y que si lo anterior no bastara, dice, menos se puede aducir "la continuidad legal de la posesión del bien, en cabeza de los actores, ante el hecho de que en su calidad de causahabientes de la misma Quiroz, tampoco adquirieron posesión legal sobre el bien controvertido, no sólo porque su antecesora carecía de ella, sino porque tampoco se tramitó el respectivo sucesorio", por lo cual tampoco podía transmitirse por causa de muerte la posesión a que sobre el bien hubiera tenido la madre. Entonces, que si falta el indispensable nexo jurídico para unir las posesiones, "la suma de posesiones ... no tiene fundamento legal y es totalmente improcedente como fundamento de la declaración de pertenencia".

LA DEMANDA DE CASACION

1. Con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., se le imputa en ella a la sentencia que, como consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas, violánse los artículos 762, 780, 784, inc. 2, 34, 2512, 2522, 2531, 2532 del C.C., y 407, 220, 228, 251, 252, 253, 254, 256, 262, 264, 268 y 279 del C. de P.C.

2. El desarrollo del cargo lo ofrece la parte recurrente diciendo que el Tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones de María Isabel Ramírez de López, María Dolores Ramírez de Ramírez, María de las Mercedes Bedoya de Tejada y Jorge Velásquez, apartes de las cuales cita.

3. Que en lo anterior cometió error de hecho, lo mismo que al no tener en cuenta los registros civiles y partidas eclesiásticas de las demandantes, puesto que de ellas se desprende que cuando el fallecimiento de la señora Lucila Quiroz, no obstante ser menores impúberes, empezaron a poseer en nombre propio, puesto que ellas no encuadraban dentro de la situación del artículo 784 del C. C.

Que por lo tanto, cuando se les notificó la demanda, María Cecilia y María Teresa llevaban como poseedores del inmueble veintinueve años, cinco meses y cuatro días, calidad que sin embargo el *ad quem* les desconoció, "cometiéndose así un error de hecho evidente, que no requiere profundo análisis para percibir lo puesto que del acervo

probatorio aportado no podía deducirse en sana lógica que mis poderdantes eran tenedores del inmueble en comento".

SE CONSIDERA

1. De manera inalterable y con apoyo en claras disposiciones legales -y hoy también constitucionales- la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que, por su propia naturaleza, el recurso de casación no constituye una instancia más del proceso en la cual puedan las partes, ad libitum, *volver sobre lo que ya fue materia del debate tanto ante el juez* a quo *como ante el* ad quem, *cuya competencia sí les permite examinar, de modo general, con entera libertad, todos los aspectos del litigio. Que, por tanto, clausurado ese debate mediante el proferimiento de la sentencia de segunda instancia, ante la Corte la cuestión asume un cariz por completo diferente, toda vez que agotadas las fases comunes del proceso, lo que viene a ser materia de juzgamiento en sede de casación es la sentencia del Tribunal, más exclusivamente por la vía que trace la demanda de casación. De hecho, si la Corte pudiera desligarse o prescindir de la demanda al momento de examinar la decisión impugnada, lo que entonces sucedería sería cabalmente lo contrario de lo acabado de expresar, o sea, que si se pudiera entrar sin cortapisas en la crítica de la sentencia, no sería ésta la que resultaría enjuiciada, sino la propia cuestión litigiosa, desde luego que al no tenerse que llevar a cabo una labor comparativa entre sentencia y demanda de casación, el análisis inevitablemente derivaría hacia el método que se adopta en la segunda instancia del proceso, vale decir, hacia la búsqueda de una propia convicción elaborada a partir de las afirmaciones y planteamientos en general de las partes y de las pruebas incorporadas al proceso, la cual da pie para que la decisión de primera instancia sea confirmada o revocada.*

Lo anterior lleva a decir que la facultad de revocar un fallo posee una diferente connotación jurídica a la que tiene la de casarlo, así en ambas hipótesis se pueda, a renglón seguido, adoptar una decisión sustitutiva. En efecto, el poder de revocar el fallo del a quo *entraña que, salvadas las precisas limitaciones impuestas por la ley en el punto, el* ad quem *puede, sin más, reemplazar el criterio de aquél por el suyo propio. En cambio, si la casación, aun etimológicamente, se presenta como una de las facetas de la invalidación, ello no puede darse más que sobre la base de juzgarse que, mientras no se demuestre lo contrario, la decisión se tiene como válida, lo cual, para los efectos de la casación y con miras a distinguirla de otros recursos aledaños como es el de revisión, se expresa mejor diciendo que se presume acertada, presunción que igualmente halla un soporte adicional en la ya apuntada aptitud del juez de instancia para considerar panorámicamente la cuestión litigiosa: si tal cosa puede hacer, es de suponerse que su decisión es la que se acomoda a la ley.*

2. Pero si casar es invalidar o destruir la presunción de acierto que ampara la sentencia, tal cosa significa, dejando de lado otras consideraciones propias de la técnica del recurso, que el impugnador se enfrenta con la ineludible necesidad de atacar con éxito todos los fundamentos ofrecidos por el Tribunal, pues mientras tanto, aquel que hubiere dejado de impugnar o que hubiere atacado infructuosamente, le seguirá brindando sustento a la decisión.

Mas si se objetara, que bien puede ocurrir, que el fundamento no combatido, de todos modos, sea ilegal y que, por lo tanto, se vería mal que la Corte lo ignorara, habría entonces que responder que residiendo una de las exigencias propias de la demanda de casación en que los fundamentos de cada acusación sean consignados "en forma clara y precisa" (art. 374, num. 3, C. de P.C.), lo preciso no es sólo aquello que se obtiene mediante la separación o prescindencia de lo que no se juzga como esencial, sino que también quiere decir rigor o exactitud, acepción ésta que es la que acompasa con las condiciones propias de la demanda de casación, la cual por consiguiente ha de venir ajustada, en todos sus contornos, a las bases del fallo. De modo que si el impugnador no las comprende todas, vale decir, si no es preciso -exacto o riguroso- a la Corte no le es permisible llenar su vacío por cuanto, al no estarse dentro de una instancia más del proceso, tampoco existe norma legal que autorice semejante proceder.

3. En el anterior orden de ideas, se tiene, en la especie de esta litis, que habiendo el *ad quem* hecho descansar su decisión en diferentes soportes, la parte recurrente no ataca sino uno de ellos, a saber, el que tiene que ver con que las demandantes en reconvención no son poseedoras sino meras tenedoras del inmueble, dejando intactos lo concerniente a la imposibilidad de que la causante Lucila Quiroz hubiera sido poseedora del mismo y a falta del nexo jurídico para sumar o agregar las posesiones, fundamentos éstos que al haber permanecido al margen de la censura, le siguen prestando todo su apoyo a la sentencia.

4. Pero, por otra parte, cuando en el cargo se denuncia el error del Tribunal por no haber visto que las demandantes, por sí solas tienen el tiempo suficiente de posesión para que en su favor se configure la prescripción adquisitiva, puesto que dicha posesión la empezaron desde el momento mismo de la muerte de su progenitora, acaecida en 1959, se está introduciendo con ello un medio nuevo inaceptable en casación, desde luego que en los hechos aducidos en la demanda inoactiva no fue tal cosa lo que se afirmó, sino que todo se hizo girar en torno de la agregación de posesiones. Tanto, que se alude a la apertura del proceso de sucesión y a que, en la respectiva demanda, se dice que la madre de las demandantes dejó al morir la casa donde ellas residen, y que es el mismo objeto de este litigio.

De manera que si no mediara el escollo técnico arriba puesto de presente, el acabado de señalar tendría la entidad suficiente para cerrarle el paso al cargo, como que con él se estaría sorprendiendo a la parte contraria, quien en las instancias no tuvo la oportunidad de controvertirlo.

El cargo no prospera.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, de fecha ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), dictada dentro del proceso ordinario de Alvaro Angel Velilla y Ligia Agudelo de Montoya en frente de Teresa, Cecilia, Nelly y Eduardo Agudelo Quiroz.

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

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

Error de Hecho y de Derecho

Las dos clases de errores en la apreciación de las pruebas, el de hecho o de derecho, son de naturaleza disímil, emanan de causas diferentes y por ello cada uno tiene entidad específica y propia, es consecuencia, en la demanda de casación donde tiene el recurrente la carga de determinar en forma clara y precisa la clase de yerro que en la estimación de las pruebas le impugna al fallador, si de hecho o de derecho.

Violación Norma Sustancial - Vía Directa / Tecnica de Casación

La violación de la ley sustancial implica por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; lo que, por consiguiente, conduce a que no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiese encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba. En la demostración de un cargo por error 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. Fundándose la acusación, según se desprende de su desarrollo, en violación indirecta, es lo cierto que no se determina la clase de error que habría cometido el Tribunal en la apreciación de la prueba documental, si de hecho o de derecho y no expresar como lo hizo "errores de hecho y de derecho", que atenta contra el precitado precepto y contra la técnica de casación, incurriendo en contradicción, pues respecto de una misma prueba no pueden cometerse simultáneamente por error de hecho y de derecho.

Prueba

Los fundamentos del Tribunal al despachar desfavorablemente las pretensiones del actor, cometió errores visibles cuando expresó que la prueba aportada por la parte demandada no favorecía al demandante, violando así la norma de derecho por la cual toda decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, sin importar quién la hubiere aportado.

COMPRAVENTA SUCESORAL / DERECHO SUCESORAL / CESIÓN DERECHO SUCESORAL

El heredero que ha vendido la herencia sigue siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeble sobre su cabeza; pero el emolumento que de este título dependía pasa al comprador. Si la partición o adjudicación recae en persona distinta, se ha de entender que ninguno de ellos, cedente ni cesionario, ha tenido derecho alguno en los bienes compravendidos y, por supuesto, se ha negociado sobre cosa ajena.

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD - Legitimación / CESIÓN DERECHO SUCESORAL

La legitimación para impugnar una sentencia de filiación extramatrimonial recae en cabeza de los herederos respecto de los derechos patrimoniales. / El cesionario, no siendo heredero, en modo alguno posee legitimación para intervenir en esta acción.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Legitimación / DEMANDA CONTRA HEREDERO / CESIÓN DERECHO SUCESORAL

La pretensión de declaración de filiación paterna fuera del matrimonio tiene que proponerse contra el heredero conocido del presunto padre y contra los herederos indeterminados del mismo. La legitimación pasiva radícase en el heredero así éste haya cedido su derecho hereditario, pues la cesión comprende tan sólo el derecho hereditario patrimonial más no la calidad personalísima de heredero. Una cuestión es la legitimación para efectos de la filiación y otra es la relativa a la cesión del derecho hereditario en su contenido económico.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del demandante Gustavo Adolfo Mojica Niño, contra la sentencia del 29 de julio de 1991 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, frente a Luis Alfredo Duque.

I. ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta (Cundinamarca), Gustavo Adolfo Mojica Niño, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda el 3 de octubre

de 1984 contra Luis Alfredo Duque, para que por el trámite ordinario de mayor cuantía "se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que la sentencia proferida dentro del proceso ordinario de filiación natural instaurado ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, por Luis Alfredo Duque en contra de la sucesión de Elías Matuk Yamhure, representada por Alicia Kattah V. de Matuk y Alfredo Matuk Yamhure, cónyuge y hermano legítimo del causante, respectivamente, no produce efectos patrimoniales en contra del señor Gustavo Adolfo Mojica Niño.

"Segunda. Que en consecuencia, el demandado Luis Alfredo Duque no tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión de Elías Matuk Yamhure que cursa actualmente en el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, en detrimento de los intereses económicos que allí persigue mi mandante Mojica Niño.

"Tercera. Que como corolario de lo anterior, su juzgado debe cancelar la orden de suspensión de aprobación de la partición dentro del sucesorio de Elías Matuk Yamhure, toda vez que tal medida fue decretada a solicitud de Luis Alfredo Duque y con perjuicio de los intereses económicos que mi mandante persigue en dicho proceso sucesorio.

"Cuarta. Que Luis Alfredo Duque es civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la abusiva intervención en el proceso sucesoral de Elías Matuk, en la cuantía que se determine pericialmente.

"Quinta. Que como consecuencia de la anterior súplica Luis Alfredo Duque deberá pagar, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo, la indemnización de la petición cuarta.

"Sexta. Que el demandado sea condenado en costas" (fls. 2 y 3, c. 1)".

2. Como apoyo de las pretensiones se resumen los siguientes hechos:

2. a) Por auto del 19 de junio de 1980 el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, abrió y radicó el proceso sucesorio de Elías Matuk Yamhure y reconoció como interesados a Alicia Kattah V. de Matuk y a Alfredo Matuk Yamhure en su condición de cónyuge sobreviviente y hermano del causante, en su orden.

2. b) Alfredo Matuk Yamhure, enajenó a Gustavo Adolfo Mojica Niño los derechos que le correspondían en la sucesión de su hermano según escritura 309 del 12 de julio de 1980 de la Notaría Unica de Villeta.

2. c) Gustavo Adolfo Mojica Niño fue reconocido "como cesionario de heredero legítimo dentro del sucesorio de Elías Matuk, en providencia" del 19 de julio de 1980.

2. d) Luis Alfredo Duque presentó ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta demanda de filiación natural "reclamando la calidad de hijo ilegítimo de Elías Matuk y como demandado citó únicamente a Alicia Kattah V. de Matuk y Alfredo Matuk Yamhure...",

Alfredo Matuk Yamhure fue notificado de esta demanda el 6 de agosto de 1980 cuando ya había enajenado los derechos hereditarios y "cuando su cesionario Mojica Niño había sido ya reconocido como tal...".

Alicia Kattah V. de Matuk, se notificó el 13 de junio de 1981 y dio contestación a la demanda.

2. c) Cuando estos hechos se sucedían, ya había sido presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta y dentro del sucesorio de Elías Matuk, la diligencia de partición y adjudicación de bienes, en donde se le concretan a Gustavo Adolfo Mojica Niño sus derechos y se le "asigna la correspondiente hijuela".

2. f) Gustavo Adolfo Mojica Niño no ha sido demandado por Luis Alfredo Duque en el proceso de filiación natural "y si ahora lo fuera, el fallo en cuestión no tendría efectos patrimoniales en su contra...", pues ya vencieron los términos señalados en el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

2. g) No obstante, abusando del derecho, Luis Alfredo Duque solicitó y obtuvo del Tribunal Superior de Bogotá la suspensión de la aprobación del trabajo de partición del sucesorio de Elías Matuk, "con gravísimos perjuicios para mi mandante".

2. h) Luis Alfredo Duque "tuvo pleno conocimiento de la venta de derechos herenciales efectuada por Alfredo Matuk" en favor de Mojica Niño, por cuanto la escritura 309 del 12 de julio de 1980 fue otorgada en la Notaría donde "labora como secretaria Elda Duque hermana del aquí demandado".

2. i) El apoderado judicial de Luis Alfredo Duque en el juicio de filiación natural, en escritos dirigidos al Juzgado Civil del Circuito de Villeta, al Tribunal Superior de Bogotá y en sus intervenciones en el sucesorio de Elías Matuk "hace alusiones (sic) a la venta de derechos herenciales efectuada por Alfredo Matuk..." (fls. 3 y 4, c. 1).

3. Admitida la demanda por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta por auto del 24 de octubre de 1984 (fl. 10, c. 1), el demandado Luis Alfredo Duque una vez notificado el 10 de diciembre de 1984 (fl. 13, c. 1), por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el primer párrafo del hecho d), negó los restantes y solicitó que se prueben. En síntesis, como aspecto cardinal de la defensa, expuso como excepciones de mérito las que denominó "carencia de derecho actual del demandante para demandar por no estar en firme la sentencia de filiación natural que se ataca por vía ordinaria", "falta de legitimación en la causa por parte del demandante" y "condicionalidad de la escritura 309 de 12 de julio de 1980".

4. Tramitado el proceso, el juzgado del conocimiento -Penal del Circuito de Villeta- designado Juez *ad hoc* por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para conocer de este proceso por impedimento manifestado por el Juez Civil del Circuito (fls. 31 y 31 v., c. 1), mediante sentencia del 15 de junio de 1989 declaró probadas dos excepciones de mérito, declaró no probada otra y condenó en costas al demandante, negando sus pretensiones.

5. Apelada esta decisión por el demandante, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en sentencia del 29 de julio de 1991, revocó los numerales 1º, 2º y 3º de la parte resolutiva y, en su lugar, "denegó todas y cada una de las pretensiones de la demanda", confirmó el numeral 4º y condenó en costas al actor (fls. 79 a 89, c. 12).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

6. Luego de historiar el litigio, expresa que la demandada hace alusión a que la sentencia proferida en proceso ordinario de filiación extramatrimonial instaurada ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta por Luis Alfredo Duque, no produce efectos patrimoniales en contra de Gustavo Adolfo Mojica Niño. "Sin embargo, no se ubica la sentencia (de filiación natural) por su fecha, menos aún existía certeza en la fecha introductoria de la demanda sobre su firmeza, pues ni siquiera se sabía si estaba notificada, si habían transcurrido los términos fijados por la ley para interponer los recursos, si éstos se habían surtido, ya habían sido resueltos y por consiguiente podía considerarse legalmente ejecutoriado el fallo, cuyos efectos patrimoniales se impugnan".

Sostiene el Tribunal que si la demanda "está enfilada a atacar estas consecuencias de orden patrimonial con relación a la parte demandada, es a ella y a nadie más a quien corresponde la carga de la prueba, sólo en la medida en que una persona acuda a la jurisdicción cumpliendo con este precepto podrá resolverse en forma favorable o adversa sus pretensiones". Dice que se evidencia en el proceso, que quien aportó la prueba de la existencia del fallo fue la parte contraria, es decir, la demandada, quien solicitó se allegara al proceso las sentencias de primera y segunda instancia y una certificación para acreditar que para el 10 de diciembre de 1984 no se había resuelto el recurso de casación y "por lo tanto el proceso de filiación en esa fecha no había terminado (fl. 21, cuad. número 1)". "Las sentencias no tienen constancia alguna de notificación y ejecutoria", precisa el *ad quem*.

Según certificación que obra en el cuaderno de pruebas de la parte demandada -expresa el Tribunal- "donde se dice que el 15 de abril de 1985 fue declarado desierto el recurso de casación concedido por auto de 31 de enero de 1985, que las sentencias de primer y segundo grado quedaron en firme y por ello 'el suscrito es del parecer que el negocio se encuentra finiquitado', dice que en sentir de la Sala no puede tenerse como suficiente para demostrar que las citadas providencias lograron ejecutoria, porque el funcionario que informa ha debido decir con toda claridad en qué fecha se produjo la ejecutoria... o en su defecto suministrar... las constancias de notificación y ejecutoria de los pronunciamientos objeto del proceso". "Significa lo anterior -continúa el sentenciador- que sólo puede pretenderse que se le desconozcan los efectos patrimoniales a una sentencia debidamente ejecutoriada, situación ésta que debe demostrarse en forma palmaria dentro del plenario y no dejarse a simples lucubraciones o deducciones que conduzcan al juzgador a la duda y a la incertidumbre".

El actor acudió para obtener la declaración de ineficacia de los efectos patrimoniales... una sentencia cuya firmeza no se demostró a través del proceso, y a pesar del caudal de documentos y escritos allegados, "resulta evidente que la prueba cardinal sobre la cual descansan las pretensiones del libelo no aparecen incorporados en forma oportuna. No se pueden tener como prueba la serie de documentos que el apoderado del demandado adjunto en el trámite de alzada, porque "no se arrimaron en la oportunidad procesal y menos aún se solicitó tenerlos como tal", puntualiza el *ad quem*.

Al analizar el planteamiento del actor cuando afirmó que la sentencia de filiación natural no puede surtir efectos patrimoniales en su contra por cuanto no fue citado como

demandado dentro del citado proceso, el sentenciador expresa que "es conveniente hacer claridad a la real situación presentada en cuanto a las fechas a que hace alusión el demandante y de donde presuntamente deriva el derecho alegado" y, así, procede a señalar que el proceso de filiación natural de Luis Alfredo Duque contra los sucesores de Elías Matuk Yamhure se inició el 28 de junio de 1980 frente a la cónyuge sobreviviente Alicia Kattah V. de Matuk y al hermano del causante Alfredo Matuk Yamhure. El proceso sucesorio de Elías Matuk Y. se abrió y radicó en el Juzgado Civil del Circuito de Villeta el 19 de junio de 1980. El 19 de julio de ese mismo año, el mismo juzgado reconoció a Gustavo Adolfo Mojica Niño como cesionario de todos los derechos y acciones que le correspondieren a Alfredo Matuk Yamhure con base en la escritura 309 del 12 de julio de 1980 de la Notaría Unica de Villeta.

De conformidad con lo anterior, afirma el sentenciador, Luis Alfredo Duque en su legítimo derecho de investigar sobre su progenitor, demandó a los herederos y cónyuge del presunto padre y "ningún precepto legal le obligaba el 28 de junio de 1980 a demandar a personas que no estaban reconocidas como herederos o sucesores de Elías Matuk". En esta labor, con el fin de indagar sobre el asunto planteado por el actor procede el Tribunal a precisar "falta de soporte jurídico y fáctico de las motivaciones... al pretender que debía demandársele por el hecho de haber sido reconocido como cesionario de los derechos herenciales el 19 de julio de 1980". Crea confusión el demandante -dice el Tribunal- al argumentar "que como sólo en fecha posterior a su reconocimiento como cesionario fue notificado del auto admisorio de la demanda, esta sola circunstancia obligaba al demandado a vincularlo como parte dentro del proceso".

En seguida refiere al *ad quem* que "se equivoca el recurrente (Gustavo Adolfo Mojica Niño) al pretender que se desconozcan los efectos patrimoniales de la sentencia" de filiación natural del ahora demandado (Luis Alfredo Duque), con el argumento de que la notificación del auto admisorio de la demanda de filiación natural a los interesados Alicia Kattah V. de Matuk y Alfredo Matuk Yamhure fue en fecha posterior a su reconocimiento como cesionario en el sucesorio de Elías Matuk Yamhure.

Dice al punto el *ad quem* que "si bien es cierto dicha notificación ocurrió el 6 de agosto de 1980 para el actor (sic) y el 13 de junio de 1981 para el cónyuge sobreviviente, en nada influye este hecho, en cuanto a los derechos del demandado, la ley solo dispone qué personas tienen legitimidad pasiva para ser señalados como demandados en la fecha de incoar el libelo introductorio, y vistas las probanzas que actúan en el proceso, es claro que para la fecha señalada, aparecían reconocidos dentro del sucesorio Alfredo Matuk y Alicia Kattah de Matuk en calidad de hermano y cónyuge, respectivamente".

Añade el Tribunal, "si posteriormente la situación cambió y el actor (Gustavo Adolfo Mojica Niño) recibió como cesionario los derechos herenciales que le correspondían a Alfredo Matuk, esta eventualidad no obligaba al demandado (Luis Alfredo Duque) a señalarlo (a Gustavo Adolfo Mojica Niño) como parte interesada dentro del juicio investigativo de paternidad, lo contrario significaría darle a las normas procesales y sustanciales un alcance mucho más amplio que el perseguido por el legislador". Puntualiza el fallador que Luis Alfredo Duque no vulneró ningún derecho a Gustavo Adolfo Mojica Niño al no haberlo demandado en el proceso investigativo de la paternidad en su condición de cesionario del heredero Alfredo Matuk Yamhure "y si

alguna reclamación le cabe hacer ...no es propiamente contra quien ha enfilado la presente acción, sino contra quien le vendió unos derechos aleatorios, que como sucedió a la postre se esfumaron en virtud de un fallo judicial que reconoció mejor derecho al demandado Luis Alfredo Duque".

Concluye el Tribunal, que lo releva de incursionar en el análisis de la verdadera esencia de la cesión de derechos herenciales y todas sus implicaciones en los juicios de investigación de la paternidad, la transmisión de la calidad de heredero entre otros tópicos, porque la situación es distinta, "se impugnan los efectos patrimoniales" de una sentencia "sobre la causal no se acreditó por el actor su firmeza y obligatoriedad y que además los planteamientos esbozados no se ciñen en forma contundente a la realidad procesal". A las anteriores consideraciones agrega que deben desestimarse las pretensiones del actor y entra a criticar los argumentos del *a quo* al plantear, "no era estrictamente necesario hacer alusión a todas las excepciones planteadas y con negar las pretensiones de la demanda hubiere bastado, como finalmente se concluyó en este fallo".

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos invoca la parte demandante Gustavo Adolfo Mojica Niño contra la sentencia del 29 de julio de 1991 pronunciada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se estudian conjuntamente por admitir planteamientos comunes.

Cargo primero

Se acusa la sentencia "de ser directamente violatorio por falta de aplicación de los artículos 29 y 228 de la Constitución Nacional, de los artículos 17, 401 del Código Civil, del artículo 10 de la Ley 75 de 1968; artículos 967 y 1321 del C. C. por errónea interpretación".

7. En procura de la demostración del cargo, dice el recurrente que el 29 de la Constitución Nacional recoge el principio universal según el cual nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, del cual se deriva el conocido como el de la relatividad de las sentencias judiciales, recogido por el artículo 17 del Código Civil, según el cual "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto a las causales en que fueron pronunciadas. Es por lo tanto prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por la vía de disposición general o reglamentaria".

Este mandato -afirma- ha sido proclamado y sostenido por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

"... Solamente quienes son parte en un juicio se perjudican con el fallo dictado en él y el juez no puede variar la tramitación de un proceso u omitir ciertas formas esenciales so pena de nulidad. De lo anterior se desprende que en los juicios no caben sino las actuaciones y los incidentes establecidos en cada caso por el juez y que es un abuso de poder del juez y una actuación irregular dictar decisiones dentro del juicio o en la misma sentencia contra personas extrañas al litigio, que no sean o hayan sido parte en él o de aquellas a quienes por ley se extienden los efectos de una fallor (sic) ... (Casación Civil de 28 de febrero de 1939, Gaceta Judicial, Tomo XLVII, pág. 608)".

Advierte que la misma ley, artículo 401 del C.C., ha consagrado excepciones al principio universal cuando de la legitimidad del hijo se trata, la cual no sólo vale respecto a quienes intervinieron en el juicio, sino respecto a todos, atributo que está condicionado a las exigencias de los artículos 402 y 403 de la obra citada. "El recto entendimiento de estas normas permite concluir que las sentencias producidas dentro de los juicios de investigación de la paternidad, sólo tienen efectos *erga omnes* cuando la litis se traba en vida del pretenso padre y concurre al litigio éste como el presunto hijo; pero además, requiérese que la sentencia que desata la litis haya pasado en autoridad de cosa juzgada y que no se haya presentado colusión en el proceso respectivo".

Pasa el censor enseguida a transcribir doctrina en los tratadistas lo mismo que jurisprudencia de la Corte, y continúa: "Al amparo de tan clarísimos preceptos, pretende el actor Gustavo Adolfo Mojica Niño, en calidad de cesionario de los derechos herenciales que le corresponden a Alfredo Matuk Yamhure, se declare por la justicia, que la sentencia proferida en la investigación de la paternidad de Luis Alfredo Duque contra la cónyuge sobreviviente y hermano del causante 'no produce efectos patrimoniales en contra de Gustavo Aldolfo Mojica Niño...', apoyado en que habiendo sido reconocido como cesionario con mucha anterioridad a la promoción del proceso de filiación... no fue demandado por el presunto hijo natural, razón por la cual éste no tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión de Elías Matuk Yamhure en detrimento de los intereses económicos que allí persigue Mojica Niño..., de lo cual se deduce fácilmente que la controversia gira en torno a la aplicación del principio de la relatividad de la cosa juzgada o de la fuerza vinculante de las sentencias judiciales".

Luego de transcribir apartes de la sentencia impugnada, concluye el cargo: "Es aquí donde emerge el bulto, el monumental yerro de los sentenciadores, pues contrariando la ley, la jurisprudencia y la doctrina, hacen extensivo a Mojica Niño los efectos de la sentencia proferida en el juicio de investigación de la paternidad, promovido por Luis Alfredo Duque, cuando afirman sin tapujos que Gustavo Adolfo Mojica Niño corre la misma suerte de su cedente, vale decir, queda sujeto a los efectos de la sentencia proferida en contra de Alfredo Matuk y otra, sin menester de que se le hubiese convocado a juicio, esto es, que tal fallo produce efectos *erga omnes*, contrariando así la ley, la jurisprudencia y la doctrina", concluye, entonces, "para corregir el error apuntado" debe casarse la sentencia impugnada y proferir fallo definitivo, acogiendo las súplicas de la demanda.

Cargo segunda

Con apoyo en la primera causal denuncia la sentencia del *ad quem*, "como indirectamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 29 y 228 de la actual Constitución Nacional; 17, 401, 402, 404 del C. C.; artículo 10 de la Ley 75 de 1968; artículos 948 y 1321 del C.C., debido a la violación medio de los artículos 174 y 177 del C. de P.C., por errores de hecho y de derecho manifiestos y trascendentes cometidos en la apreciación de la demanda y de las pruebas que más adelante se determinará".

8. Luego de exponer apartes de las pretensiones del actor, deduce el recurrente que estas giran en torno a la aplicación de la relatividad de la cosa juzgada. Existe, dada la claridad de la demanda, error del sentenciador "cuando supone que el libelo ...contiene

pretensiones, indemnizatorias por la mengua de los derechos patrimoniales del accionante Mojica Niño".

Al transcribir apartes de la sentencia recurrida, dice el censor encontrar error del fallador cuando éste supuso que la demanda contenía pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento del contrato de venta de derechos herenciales, "cuando en la demanda, tan sólo se pide declaración de inoponibilidad de la sentencia de filiación frente a Mojica Niño por la potísima razón de no haber sido este convocado al proceso; de no haber sido oído y vencido en juicio". De no haber incurrido en este yerro, hubiera accedido a las súplicas de la demanda, añade el casacionista. Más adelante agrega que el Tribunal supuso la existencia de un fallo judicial por el cual "se reconoció mejor derecho al demandado Luis Alfredo Niño "en ningún momento ha incoado pretensión de petición de herencia y menos ha citado al debate a Mojica Niño".

"Si el Tribunal quiso referirse a las sentencias proferidas dentro del juicio de filiación natural ...incurrió en otro gravísimo error, pues allí no reposa ninguna afirmación de Duque en el sentido de que es heredero de mejor derecho... y las sentencias tampoco hicieron el pronunciamiento a que alude el Tribunal".

Censura al *ad quem* cuando expuso que la providencia de filiación natural "...no puede tenerse como suficiente para demostrar que lograron ejecutoria, porque el funcionario que informa ha debido decir con toda claridad en qué fecha se produjo la ejecutoria... o en su defecto suministrar las constancias de notificación y ejecutoria de los pronunciamientos...". A esta conclusión del *ad quem* le endilga comisión de error de derecho en que incurrió al negarle valor probatorio a las copias de la sentencia "bajo consideración de que la prueba documental no fue aportada por la parte actora, a quien '...correspondía la carga de la prueba...', sino por la parte demandada", criterio -dice- que desconoce el principio de la comunidad de la prueba, pues ésta no pertenece a quien la aporta y no sólo beneficia a quien la allegue sino al proceso. Con este criterio -añade- violó el artículo 177 del C. de P.C., que entendido rectamente surte todos sus efectos quien quiera a que suministre la prueba, e inclusive si proviene de la actividad oficiosa del juez.

La prueba aportada por la parte demandada y a la que el *ad quem* le privó de todo efecto para demostrar los hechos de la demanda, acredita que el proceso de filiación natural favorable a Luis alfredo Duque tuvo sentencia el 4 de noviembre de 1982 confirmada por el Tribunal en fallo del 2 de agosto de 1984, quedando ejecutoriada por declaración de deserción del recurso extraordinario de casación del 15 de abril de 1985. Además la prueba fue solicitada e incorporada al expediente por petición de la parte demandada, señala el censor.

Se equivocó el fallador al exponer que cuando se presentó la demanda de filiación no se había reconocido al demandante como cesionario de los derechos herenciales de Alfredo Matuk Yambure, y "ningún precepto legal lo obligaba el 28 de junio de 1980, a demandar a personas que no estaban reconocidas como herederas o sucesores de Elías Matuk...". Esta afirmación equivocada del Tribunal, pregona el censor, es el resultado de otros yerros de facto como el apreciar erradamente la demanda en consideración de que cuando se notificó la admisión a los sucesores de Elías Matuk, ya se había reconocido al cesionario Gustavo Adolfo Mojica Niño y el pretenso hijo natural, Luis Alfredo

Duque "conoció oportunamente de la cesión de los derechos herenciales de Alfredo Matuk a Mojica Niño, sin embargo no lo vinculó al proceso, como se narró en los hechos 'h' e 'i' de la demanda. Pasar por alto la declaración de Blanca Lida Duque, secretaria de la Notaría de Villeta, quien afirmó conocer la venta de los derechos herenciales lo mismo que su hermano Luis Alfredo Duque. Otorgó el Tribunal -continúa- "a la presentación de la demanda promovida por Luis Alfredo Duque todos los efectos jurídicos materiales y jurídicos-procesales que se le asignan a la notificación de la demanda de otro, se negó a reconocer los efectos de tan diversa índole que las leyes confieren a tan importante acto".

En difuso análisis, el impugnador estima "que es con la notificación y no con la presentación de la demanda como se traba la relación jurídico-procesal y se le da comienzo al proceso... Por ello al actor se le exige en aquel momento (de la notificación) y no en el de la presentación de la demanda, integrar la litis, llamando a juicio a todos los litisconsortes necesarios, o concitando a todas las personas a quienes desee vincular a las resultas del proceso".

Y concluye, "es incuestionable que la sentencia recurrida en casación debe aniquilarse, pues en virtud de los errores de hecho y de derecho denunciados y cabalmente demostrados, es palmar que el Tribunal ...profirió una sentencia violatoria de manera indirecta, de los textos sustanciales señalados en el cargo, particularmente de los infringidos por falta de aplicación..." de donde, pues, que la Corte en sede de instancia debe pronunciar fallo que reemplace la sentencia atacada en casación, revocando la de primer grado y accediendo a las súplicas de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como quiera que la parte medular de estas acusaciones radica en la violación directa por falta de aplicación por interpretación errónea (el primer cargo) y violación indirecta por falta de aplicación de normas sustanciales y por interpretaciones erróneo de otras normas sustanciales, artículo 1967 del Código Civil "por errores de hecho y de derecho manifiestos" (segundo cargo), se considera necesario por la Sala dilucidar previamente la forma como se plantea la casación, para luego precisar su incidencia en el fallo impugnado.

a) Habiendo apoyado la decisión el Tribunal en que la sentencia de filiación extramatrimonial en el proceso promovido por Luis Alfredo Duque frente a Alicia Kattah V. de Matuk y Alfredo Matuk Yamhure, herederos de Elías Matuk Yamhure, no fue aportado al proceso por la parte interesada y "cuya firmeza no se demostró a través de toda la actuación procesal"; que el demandado Luis Alfredo Duque cuando inició el proceso de investigación de su paternidad el 28 de junio de 1980, aún no estaba reconocido en el sucesorio de Elías Matuk Yamhure el cesionario Gustavo Adolfo Mojica Niño, no tenía por qué el actor demandar en dicho proceso de filiación al hoy demandante Gustavo Adolfo Mojica Niño, el casacionista no podía apartarse de esa conclusión fáctica al formular su primer cargo, para indicar, como lo hizo, que la violación de normas de derecho sustancial se produjo en forma directa, pues esa vía de impugnación está reservada para cuando el censor no tiene reparos que hacer a la conducta del sentenciador en este campo. Dicho de otro modo, si el casacionista

seleccionó el camino de la violación directa, debió atenerse a las deducciones que en el campo probatorio sacó el Tribunal, sin que le fuera dado mostrarse en desacuerdo con las razones en que se apoyó el ad quem.

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

"Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por error 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..." (G.J., T. CXLVI, pág. 50);

b) El segundo cargo es, a su turno, defectuoso porque se censura el fallo por interpretación errónea por yerros de "hecho y de derecho" al interpretar la demanda y las pruebas que más adelante se determinarán".

De conformidad con los artículos 368, numeral 1, inciso segundo, y 374, numeral 3, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, cuando se alega violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho o de derecho, requiérese del censor, planteamientos diferentes. Para el primero, error en la apreciación de la demanda o de determinada prueba, "es necesario que el recurrente lo demuestre"; y para el segundo "se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción".

Quiere decir lo anterior que la censura debe ser diferente ya se trate de error de hecho o de derecho, pero no simultáneamente como mal le atribuye la censura al expresar "por errores de hecho y de derecho".

La Jurisprudencia de la Corte tiene dicho que ambos errores,

"...Tienen en común, ciertamente: a) el campo en que se originan, o sea las pruebas; b) el efecto, o sea la violación de la ley. Pero se diferencian: 1. En que al paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ello da por probado o no probado el hecho, el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le niega, en contravención a los preceptos sobre pruebas, y 2. En que el de derecho es la desarmonía entre el valor dado o negado a una prueba por el fallador y el que le niega o le da un determinado precepto legal, asunto que cae exclusivamente en el campo jurídico en tanto que el de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del juez, lo cual cae exclusivamente en el campo de hecho, motivo por el cual debe aparecer de modo manifiesto en autos. De estas diferencias se infiere que el mismo error en la apreciación de la prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho. Esto, desde un punto de vista intrínseco, que por lo concerniente a la tramitación del recurso, ¿a qué se atiene el opositor para combatir el cargo; al de hecho o al de derecho? Y el juez en casación ¿qué rumbo sigue? ¿Los dos? Imposible. El uno

o el otro. No habría razón para seguir éste y descartar aquél (LXXVIII, 313)" (Sentencia del 16 de julio de 1992).

Si, como ha quedado visto, las dos clases de errores en la apreciación de las pruebas, el de hecho o de derecho, son de naturaleza disímil, emanan de causas diferentes y por ello cada uno tiene entidad específica y propia, es en consecuencia, en la demanda de casación donde tiene el recurrente la carga de determinar "en forma clara y precisa la clase de yerro que en la estimación de las pruebas le impugna al fallador, si de hecho o de derecho). Así lo preceptúa el artículo 374 del C. de P.C. y lo exige el carácter dispositivo que el recurso extraordinario tiene.

Se recuerda que la sentencia del Tribunal ingresa a casación amparada por la presunción de acierto y que el ad quem es discrecionalmente autónomo en la apreciación de las pruebas; sus conclusiones al respecto son intocables en casación, a menos que la censura demuestre que aquél, al efectuar tal valoración o apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado en autos o en transgresión de los preceptos legales que regulan la ritualidad y eficacia de los medios probatorios.

El segundo cargo como está planteado, no contiene las exigencias legal y jurisprudencial necesarias para su despacho favorable, pues la censura no cumplió con el deber que le incumbe de ser preciso y terminante en la proposición y fundamento de la impugnación conforme con los planteamientos que le sirvieron de cimiento al ad quem para fallar. Si bien el precepto cuyo quebranto se denuncia -artículo 1967 del C.C.- "debido a la violación medio de los artículos 174 y 177 del C. de P.C. (fundándose la acusación, según se desprende de su desarrollo, en violación indirecta, es lo cierto que no se determina la clase de error que habría cometido el Tribunal en la apreciación de la prueba documental, si de hecho o de derecho, tal como lo exige el artículo 374 de nuestro estatuto de procedimiento, y no expresar como lo hizo "errores de hecho y de derecho" que atenta contra el precitado precepto y contra la técnica de casación, incurriendo en contradicción, pues respecto de una misma prueba no pueden cometerse simultáneamente por error de hecho o de derecho.

9. No obstante, prescindiendo de los defectos técnicos encontrados en la demanda de casación, a la luz de los postulados del Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1991, artículo 51, con vigencia a partir del 10 de enero de 1992, se advierte que los fundamentos del Tribunal al despachar desfavorablemente las pretensiones del actor, cometió errores visibles cuando expresó que la prueba aportada por la parte demandada no favorecía al demandante, violando así la norma de derecho por la cual "toda decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso" (art. 174 del C. de P.C.), sin importar quién la hubiere aportado, norma considerada por el censor como violación medio para interpretar el artículo 1967 del Código Civil, lo cual podría ser procedente si no se avizorara falta de legitimación de que más adelante se ocupará la Sala. Y comete error el Tribunal, además, cuando manifestó que para el tiempo que se instauró la demanda de filiación natural de Luis Alfredo Duque, no tenía éste por qué demandar a Gustavo Adolfo Mojica Niño quien, según fechas, adquirió la calidad de cesionario de derechos herenciales de Alfredo Matuk Yamhure, hermano y heredero del causante Elías Matuk Yamhure, cronológicamente después de haberse instaurado la demanda de filiación natural.

Estos yerros visibles achacados al Tribunal, empero, son intrascendentes por la potísima razón jurídica de falta de legitimación en causa activa del demandante Gustavo Adolfo Mojica Niño quien no tiene la calidad de heredero, sino de cesionario que ha adquirido un derecho de herencia cuyo cedente-heredero no transfiere su título de heredero sino "un derecho de herencia" de por sí aleatorio, ya que la venta de derechos de herencia se viene sosteniendo de vieja data por la Corte, "es la convención por la cual un heredero cede a cambio de dinero la universalidad de los derechos pecuniarios que resultan para él de la apertura de la sucesión. No es la calidad de heredero lo que el vendedor transmite por este contrato: esta calidad es personal e intransmisible porque no puede depender del que es heredero dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco. Lo que constituye el objeto de la venta es la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto... El heredero que ha vendido la herencia sigue pues, siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeble sobre su cabeza; pero el emolumento que de este título dependía pasa al comprador..." (sentencia del 27 de marzo de 1947, G.J., T. LXII, pág. 59).

Corolario obligado de esta situación es que si la partición o adjudicación recae en persona distinta, se ha de entender que ninguno de ellos, cedente ni cesionario, ha tenido derecho alguno en los bienes comprendidos y, por supuesto, se ha negociado sobre cosa ajena.

10. La legitimación para impugnar una sentencia de filiación extramarimonial recae en cabeza de los herederos respecto de los derechos patrimoniales y de conformidad con los postulados del inciso último del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que prevé que la "sentencia que declare la paternidad ...no producirá efectos patrimoniales sino en favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción". Y son partes en este proceso, los herederos según la misma disposición. Por lo tanto, es diáfano concluir que el cesionario, no siendo heredero, en modo alguno posee legitimación para intervenir en esta acción.

Y hay algo más sobre legitimación del demandante-recurrente Gustavo Adolfo Mojica Niño, en relación con derechos patrimoniales de la sentencia que impugna o que es objeto del presente proceso ordinario. Manifiesta que el demandante en el proceso de filiación natural, Luis Alfredo Duque "en ningún momento ha incoado pretensión de petición de herencia..."; "pues ni Luis Alfredo Duque ejerció la pretensión de petición de herencia, ni la sentencia se la despachó..." (fls. 16 y 23 de la demanda de casación). Si esto es así -según el censor- no tiene el cesionario Gustavo Adolfo Mojica Niño que impugnar a esa sentencia de filiación que ahora ataca. Si esta sentencia de filiación nada despachó sobre petición de herencia o aspectos patrimoniales -al decir de la censura- no hay el perjuicio para el demandante Mojica Niño que ahora reclama. Estos aspectos dejan inane la legitimidad de aquél y por consiguiente sus pretensiones.

Así las cosas, se tiene que concluir que el cesionario Gustavo Adolfo Mojica Niño carece de legitimidad para haber instaurado la demanda ordinaria en la forma como lo hizo y que ocupa hoy el estudio en casación pues él no tiene la calidad de heredero de Elías Matuk Yamhure. Por tales razones, la decisión del ad quem, *lo mismo que la*

sentencia sustitutiva de esta Sala que se dictaría, si en gracia de discusión se aceptaran los cargos y, por ende, se casara la sentencia, la decisión no sería otra que la absolución del demandado Luis Alfredo Duque precisamente por falta de legitimación en la causa del demandante Gustavo Adolfo Mojica Niño.

11. En lo que a legitimatio ad causam *dice relación en los asuntos de filiación paterna extramatrimonial, primeramente ha de atenderse a lo prescrito por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, que señala quienes son las personas con vocación a pretender y contra quienes se deben pretender, precepto completado con lo dispuesto por el artículo 81 del C. de P.C.*

La pretensión de declaración de filiación paterna fuera del matrimonio tiene entonces que proponerse contra el heredero conocido del presunto padre y contra los herederos indeterminados del mismo, como sin hesitación despréndese además de los artículos 403 y 404 del C. C., aplicables a estas controversias por mandato expreso del citado artículo 10 de la Ley 75. De modo que la legitimación pasiva radícase en el heredero así este haya cedido su derecho hereditario pues la cesión comprende tan solo el derecho hereditario patrimonial mas no la calidad personalísima de heredero, cesión que se gobierna por los artículos 1967 y 1968 del C. C. Ya la jurisprudencia enseña que una cuestión es la legitimación para efectos de la filiación y otra es la relativa a la cesión del derecho hereditario en su contenido económico. "La acción de filiación -pretensión de filiación- no encierra solamente un interés económico, ...tal acción lleva consigno un interés de contenido moral, social y familiar, ...o consanguíneos del difunto, los cuales tienen derecho a que se les cite y oiga en el correspondiente juicio.

"...debió demandarse a los consanguíneos con vocación hereditaria, aun cuando hayan cedido sus derechos para obtener el reconocimiento de paternidad natural..." (Casación del 21 de febrero de 1958, G.J. 2192 - 2193, pág. 93).

La doctrina se mantiene con mayor énfasis ante preceptos posteriores como el nombrado artículo 10 de la Ley 75 y 81 del C. de P.C.

"...No se pierde de vista que la condición de heredero, en cuanto se ***refiere a asuntos estrictamente personales, es intransmisible****, como lo es en todo caso la calidad de donde se deriva la vocación hereditaria, y es por esto que donde se ventilen cuestiones de aquel juez deben ser citados, no los cesionarios, sin los herederos mismos; v. gr. si se demanda el reconocimiento de filiación respecto del causante, mas si se trata de cuestiones netamente patrimoniales, no se ve la necesidad de citar al heredero cedente, ni tampoco la utilidad de hacerlo..." (Casación del 9 de diciembre de 1991, págs. 14 y 15, sin publicar).*

En este asunto el hijo pretendió contra la cónyuge y el hermano del padre, ajustando su pretensión al precepto legal. Si quien aparecía como heredero -el hermano del padre- cedió su derecho, ello no exigía que para efectos de la filiación fuera llamado el cesionario, puesto que para tal propósito el contrato de cesión es cuestión entre cedente y cesionario, que no necesariamente tiene que involucrarse en la de filiación. Por manera que ciertamente el cesionario, aquí demandante, carece de legitimación para que fuera llamado forzosamente al proceso en que se discutió y decidió la filiación paterna del demandado en este ordinario. Luego la pretensión que

en este ordinario se formuló no podía prosperar. El cedente, según el acuerdo, es quien tiene que asumir la responsabilidad que corresponda frente al cesionario.

Los defectos técnicos señalados y lo discurrido impiden, pues, la prosperidad de los cos cargos.

DECISIÓN:

En virtud 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 29 de julio de 1991 pronunciada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en este proceso ordinario de Gustavo Adolfo Mojica frente a Luis Alfredo Duque.

Condénese en costas del recurso extraordinario al recurrente-demandante. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

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

Fuerza Mayor

La fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor; b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominio por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización. / Los hechos que señala la ley como ejemplos de caso fortuito o fuerza mayor, el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 3776.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la sociedad demandante contra la sentencia de 16 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso ordinario de "Arquitectura, Ingeniería y Construcciones Ltda." (ARINCI LTDA.) contra "Otis Elevator Company", sucursal en Colombia.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante libelo que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, la sociedad actora precitada demandó a su similar "Otis Elevator Company" sucursal en Colombia -para que, con citación y audiencia de su representante legal y previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que la sociedad demandada "...incumplió el contrato número 39NE1796, contrato que cristalizaba la propuesta número 39N3557, celebrado con la firma ARINCI LTDA., el día 18 de noviembre de 1985"; que, como consecuencia del aludido incumplimiento, la firma actora "...sufrió perjuicios tales como el incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa celebrado con sus compradores, aumento de la corrección monetaria, pago de intereses, así como un mayor costo de administración"; que se declare, por tanto, que la sociedad demandada debe resarcirle a la demandante "...los perjuicios sufridos... en razón a que el incumplimiento de la firma demandada fue la causa generadora de los perjuicios sufridos por la parte demandante", razón por la cual solicita se le condene al pago de las siguientes sumas de dinero:

a) Cuatro millones treinta y tres mil quinientos veintiún pesos con 34/100 ($4.033.521,34) m/cte., como reajuste monetario que se tuvo que pagar a "Granahorrar"; b) Novecientos dieciséis mil trescientos veinticinco pesos con 25/100 ($916.329,25) m/cte. que es igual al "...valor de los intereses de las cuotas iniciales dejadas de pagar por los compradores, ante el incumplimiento de la firma demandante con los compradores, equivalente a los intereses de tres meses y medio (3 ½), sobre un capital de $8.726.945,20) m/cte."; c) Doscientos ochenta y nueve mil doscientos dieciocho pesos con 76/100 ($289.218.76) m/cte., equivalente a los intereses de $2.754.464,33 m/cte., durante tres meses y medio (3 ½), como intereses del capital aportado por la firma demandante y de su propio peculio"; d) Novecientos diez mil pesos ($910.000,oo) m/cte., como sobrecosto administrativo que durante los 3 meses y medio (3 ½) tuvo la obra ante la demora en la colocación del ascensor"; cuarenta y dos mil quinientos pesos ($42.500,oo) m/cte., suma que tuvo que pagar la firma demandante como intereses a uno de los compradores sobre la cuota inicial entregada por éste"; e) Suma superior a los cinco millones de pesos ($5.000.000,oo), o la que sea considerada por los peritos "...en calidad de perjuicios ante el repentino cese de ventas de los apartamentos o unidades privadas que conforman el 'Edificio Teusacá'; y, que las sumas de dinero antes relacionadas, sean pagadas con su corrección monetaria desde la fecha del incumplimiento hasta cuando la sentencia quede en firme".

2. Los hechos constitutivos de las anteriores pretensiones se relataron de la siguiente manera:

a) En desarrollo de su objeto social, la sociedad demandante inició una construcción sobre un lote de terreno urbano de la ciudad de Bucaramanga, construcción denominada "Edificio Teusacá", el cual por su altura requería la instalación de un ascensor y por ello se hizo indispensable consultar con algunos proveedores, entre ellos, la empresa demandada, con la cual "...después de un serio y minucioso estudio, el día 18 de noviembre de 1985, se perfeccionó contrato por la suma total de cinco millones cien mil pesos ($5.100.000,oo) m/cte., habiendo sido entregada, sobre ese valor, la suma de un millón trescientos noventa y seis mil ciento veinticinco pesos ($1.396.125.oo) m/

cte., el día 5 de noviembre de 1985, como así se acredita con la orden de pago número 0986, suma entregada en fundamento a que a partir de esa fecha (nov. 5/85) se empezaba a contar el plazo para el cumplimiento del contrato que era de diez meses";

b) La empresa demandada "...aceptó el cambio en la forma de pago y fuera de esto demoró la devolución del contrato hasta el día 3 de enero de 1986, no obstante lo cual con fecha enero 9 del mismo año se le canceló la segunda cuota por suministro e instalación del ascensor según es la orden de pago número 1181;

c) La empresa actora "... fuera de que había comprometido sus propios recursos para la construcción del edificio, había hecho un préstamo con la firma 'Granahorrar' por la suma de ochenta y un millones de pesos ($81.000.000,oo) m/cte., obligación representada en los pagarés números 1874-01 y 1874-02;

d) La firma demandada "...empezó a dar muestras de indiferencia y de incumplimiento, circunstancias por las cuales la firma 'Arinci Ltda.' procedió a mostrarles por intermedio de cartas, télex y llamadas telefónicas a fin de exigirle su cumplimiento o por lo menos su preocupación", pues ésta, sin contar con el incumplimiento de la firma demandada "...había comprometido mediante promesa de contrato de compraventa, no solamente su prestigio sino también su patrimonio respecto a que en determinada fecha entregaría los apartamentos o unidades privadas que conforman el edificio 'Teusacá';

e) No obstante que la sociedad actora había concluido la construcción del mencionado edificio con anterioridad a la fecha convenida para la instalación del ascensor o elevador requerido para su buen funcionamiento, la firma demandada no dio cumplimiento al contrato y, "...ante la imposibilidad de contratar con otra firma como también a que los planos del edificio contemplan un elevador marca 'Otis', la empresa demandante "...siguió cumpliendo sus obligaciones, no obstante el incumplimiento de la firma vendedora del ascensor";

f) La empresa demandante realizó promesas de compraventa de apartamentos o unidades privadas que hacen parte del edificio Teusacá con varias personas, entre quienes se cuentan Digna Luz Rubiano Soto, Anastasio García Herreros Mantilla, Luz Stella Bayona Pinto, Rafael Augusto Lizcano Blum, María Victoria Navas de Castillo, Elías Pacheco R., Gonzalo Martínez Ramírez, Hernando León García, Jairo Anarcasis Acevedo Hende y otras más, "...quienes al advertir que el edificio carecía de ascensor se negaron, y con toda razón, a pagar las obligaciones en Granahorrar o a hacer la subrogación a la cual estaban obligados para seguir asumiendo la hipoteca que pesaba sobre el predio donde se había construido el edificio de apartamentos "Teusacá";

g) La deuda de Granahorrar se incrementó en setenta y cuatro millones setecientos diecinueve mil novecientos sesenta pesos con 33/100 ($74.719.960,33) m/cte. a diciembre 17 de 1986, fecha en la que fue entregado el ascensor en forma incompleta, a setenta y ocho millones setecientos cincuenta y tres mil cuatrocientos ochenta y un pesos con 67/100 ($78.753.481,67) m/cte., por reajuste monetario y por intereses fue pagada la suma de un millón setecientos setenta mil setecientos sesenta y dos pesos con 57/100 ($1.770.762,57) m/cte., así como también no fueron pagadas cuotas iniciales por la suma de ocho millones setecientos veintiséis mil novecientos cuarenta y cinco pesos con 20/100 ($8.726.945,20) m/cte., y la firma Arinci Ltda. no recibió la suma de dos

millones seiscientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos con 33/100 ($2.754.464,33) m/cte, hasta el mes de febrero de 1987;

h) La firma demandante perdió la suma de seis millones cuatrocientos cinco mil doscientos treinta y ocho pesos con 04/100 (6.405.238,04) m/cte., y sin embargo una vez se cumplió el contrato suscrito le fue cancelada su última obligación a "Otis Elevator Company" con retardo no imputable a "Arinci Ltda.", porque "...parece que por vergüenza 'Otis Elevator Company' no se acercó a cobrar la suma que se les adeuda, ni tampoco elevaron cuenta de cobro".

3. En su oportuna respuesta a la demanda, la sociedad demandada se opuso al despacho favorable de las súplicas impetradas por la actora; aceptó algunos hechos, como los relativos a la celebración del contrato, a la suma pactada, al tiempo convenido para la instalación del ascensor, a la modificación en cuanto a la forma de pago y al pago de la segunda cuota; dijo no constarle la construcción del edificio en el sitio señalado por la demandante, el abono de $1.396.125,00 en la fecha indicada en la demanda, la inversión de recurso de la demandante en la construcción del edificio ni, el otorgamiento del cuantioso préstamo por cuenta de Granahorrar, como tampoco la suscripción de las promesas de compraventa de las unidades o apartamentos integrantes del edificio Teusacá; afirmó igualmente que no le constaba la terminación de la construcción del edificio ni era cierto que no se hubiera cumplido el contrato, pues entregó e instaló a entera satisfacción de la actora el ascensor contratado, así como tampoco le constaba la imposibilidad de contratar con otra firma, y reiteró que no es cierto el incumplimiento, pues el ascensor fue recibido a entera satisfacción de la demandante; también expresó que no le constaba la suscripción de las promesas de compraventa con las personas determinadas en el hecho 10 de la demanda, ni los incrementos de dinero a que se refieren los hechos restantes; dijo no ser cierto que hubiese dado muestras de indiferencia y de incumplimiento en la ejecución del contrato.

Propuso, además, las excepciones de "fuerza mayor o caso fortuito eximente de responsabilidad", "cumplimiento de la obligación" e inexistencia de la mora como presupuesto para la indemnización de perjuicios", argumentando para la primera que "...la demora en el cumplimiento de la obligación a cargo de la demandada fue ocasionada por un hecho al cual no se pudo resistir, consistente en la huelga portuaria de Valencia, España, causándose demora en el embarque de los materiales CKD a Colombia"; precisa que "la huelga portuaria ocurrida en todos los puertos españoles comenzó el 16 de mayo de 1986, lo que originó un represamiento de material CDK en puerto y, por consiguiente, de todo tipo de mercancías de los demás importadores y exportadores". Afirma que "sólo hasta el 29 de julio de 1986 los materiales CDK llegaron a Colombia, pero el proceso de nacionalización se retrasó por una enmendadura que presentaba la licencia de importación expedida por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, Incomex", "por lo que fue necesario esperar a que dicha entidad emitiera la correspondiente certificación aclarando la aludida enmendadura".

Concluyó que "de no haber existido la fuerza mayor o el caso fortuito alegados, es indudable que la demandada hubiera entregado e instalado el ascensor dentro del plazo señalado..."; para la segunda que "...dio cumplimiento al contrato celebrado con la demandante, pues se entregó e instaló a entera satisfacción, todo lo cual se acredita con

el acta de recibo firmada por la demandante de fecha 23 de diciembre de 1986 y 24 de febrero de 1987...", pues, "para la fecha de la entrega del ascensor la demandante no formuló ningún tipo de requerimiento judicial respecto del cumplimiento tardío de la prestación ni manifestó que se le hubiera causado perjuicio de índole económico".

Por tanto, afirma, "el hecho de haberse aceptado la demora e instalación del ascensor (causada por un hecho ajeno a la voluntad de la demandada exonera a Otis Elevator Company de pagar cualquier supuesto perjuicio, máxime cuando la demandada no fuere requerida y reconvenida judicialmente para el pago de los presuntos perjuicios ocasionados y el cumplimiento del contrato"; y, para la última que, como la obligación a cargo de la demandada era de hacer "...para cobrarle unos supuestos perjuicios económicos debe constituirse en mora; y para que el deudor quede constituido en mora y responda por los perjuicios reclamados es indispensable que el acreedor mediante requerimiento o reconvención judicial exija del deudor el cumplimiento de la obligación". Concluye que "no existe legalmente excusa para no haber efectuado el requerimiento en el caso que aquí nos ocupa ya que era necesario que el acreedor hubiera requerido judicialmente a la demandada para que pudiera reclamar indemnización de perjuicios, tal como lo exige el artículo 1615 del Código Civil".

4. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia culminó con sentencia de 2 de mayo de 1991, en virtud de la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga declaró probada la excepción de caso fortuito y, consecuencialmente, absolvió a la empresa demandada de los cargos formulados en la demanda que originó el proceso, decisión que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó, mediante sentencia de 16 de julio de 1991, preferida para desatar el recurso de alzada propuesto por la sociedad actora.

5. Contra esta última determinación la firma actora interpuso recurso de casación, impugnación que por encontrarse debidamente sustanciada, pasa ahora a decidirse por la Corte.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA Y SUS FUNDAMENTOS

Superado el obligado recuento de los antecedentes del litigio y de la actuación surtida en primera instancia, el Tribunal aborda el tema de la controversia consignando, a manera de introducción, algunas nociones acerca de la fuerza de la voluntad contractual como fuente generadora de obligaciones, de la presunción de culpa que corre a cargo de quien no las satisface en la forma y tiempo estipulados, de los presupuestos que originan la presunción de culpa y de los elementos requeridos para desvirtuarla, cuando el incumplimiento ha devenido por circunstancias que no le competen al obligado, planteamientos que lo llevan a rememorar la noción de "...caso fortuito o fuerza mayor como fenómenos exonerantes de responsabilidad".

Y luego de reproducir el contenido del artículo 1° de la Ley 95 de 1890, de resumir el pensamiento de la doctrina, tanto nacional como foránea, respecto de los elementos estructurantes de la fuerza mayor o el caso fortuito, así como de transcribir algunos apartes del criterio jurisprudencial expuesto sobre el particular, el sentenciador de segundo grado, enfrentando el caso particular, discurre de la siguiente manera:

"Sobre la base de estas ideas se puede, *prima facie*, afirmar que la huelga puede constituirse en caso fortuito o fuerza mayor, no porque el hombre no se haya imaginado nunca que dicho acontecer puede ocurrir, pues es de todos conocida su relativa ocurrencia en las más diversas actividades del quehacer humano, sino por ser un fenómeno súbito y repentino, esto es, un hecho irresistible, ajeno al deudor lo que, como se dijo, constituye en verdad, causa extraña: debiéndose afirmar que la culpa del deudor es, en términos absolutos, incompatible con la noción de fuerza mayor, caso fortuito o causa extraña a punto tal que si hay culpa del deudor no existirá fuerza mayor, caso fortuito o causa extraña; y si, por el contrario, se dan estos fenómenos es porque no hubo culpa en aquél (art. 1604, inc. 2º, *in fine*)".

"Empero, para que en el caso propuesto se pueda hablar de fuerza mayor, caso fortuito o causa extraña; no basta con que el hecho sea súbito e irresistible, sino que también debe ser externo, es decir, jurídicamente ajeno al deudor; o, como suele decirse, que no le sea imputable. Mira, pues, este elemento a una exterioridad que no puede ser simplemente física sino jurídica. "Siempre, afirma Tamayo Jaramillo, que cualquier parte de la esfera jurídica del agente se encuentre en relación con el daño, el demandado debe responder y no puede argumentar la fuerza mayor..." (Op. cit. pag. 335).

"Descendiendo al caso aquí litigado, obsérvase cómo la parte demandada acudió al caso fortuito o fuerza mayor como causa exonerativa de responsabilidad, argumentando para ello que parte de los materiales empleados en la construcción del ascensor que debía servir al edificio construido por la firma demandante, era importada, la que no llegó a tiempo a causa de una huelga suscitada a la sazón, en los puertos españoles, de donde debía partir la mercancía que contribuiría a los fines que dieron origen al contrato de cuyo incumplimiento se trata.

"La demandada en seguimiento del principio *reus excipiendum fit actor* trajo a los autos prueba, a juicio de la Sala, suficiente sobre la realización de la mentada huelga de los trabajadores portuarios españoles, por la época en que los materiales requeridos debían ser embarcados para su traslado a Colombia. De este hecho se enteró el representante legal de la entidad demandante Henry León Ramírez quien sabía, porque así lo contrató (fl. 14, Cdno. Nº 1), que el material que llevaría el aparato ordenado construir por su empresa, provenía del extranjero (Fls. 7 y ss., Cdno. Nº 3). El cese de actividades invocado, no sólo fue reconocida por la entidad demandante sino también por las personas traídas a declarar por Otis Elevator Company. En efecto, el deponente Enrique Mideros Caicedo, manifestó ante juez comisionado, saber de la existencia de la huelga que estalló en los puertos españoles por espacio de dos meses, lo que represó en bodegas todas las exportaciones (fl. 28, Cdno. Nº 3).

Las anteriores aseveraciones las confirma el señor Alvaro Fuster-Fabra Tasis quien en su testimonio rendido ante el Consulado General de Colombia en Madrid, corrobora las manifestaciones que al respecto rindieron los otros testigos cuando afirma constarle la existencia de la referida huelga en el mes de mayo de 1986, lo que paralizó la actividad exportadora desde puertos españoles (fl. 48, Cdno. Nº 3).

"De las distintas comunicaciones cruzadas entre las partes contratantes, infiere la Sala que en verdad el material que importó la demandada para construir el ascensor prometido, se encontraba en puertos españoles cuando allí se produjo en el mes de mayo

de 1986, el cese de actividades. En efecto, si para el 26 de junio de 1986, "Otis Elevator" le comunicaba a su hoy demandante que el equipo que se instalaría en el edificio "Teusaca" sería embarcado desde España el 29 de junio de 1986 para arribar al puerto de Miami el 17 de julio siguiente, era porque el susodicho material se hallaba en las bodegas portuarias (fl. 20, Cdno. Nº 1). Esta inferencia la corrobora el comunicado visible al folio 19 *ibidem*, al igual que el telegrama insertado al folio 21 del mismo cuaderno, según el cual para el mes de septiembre el material ya nacionalizado, saldría de aduanas para ser colocado en la obra que debía servir.

"La anterior conclusión se fortifica con el comunicado que 'Arinci Ltda.' le hizo a 'Otis Elevator' en mayo de 1986, según el cual se sabe que el embarque del material se efectuaba en la última semana del mes de mayo, debiendo llegar el equipo a Bucaramanga a mediados de julio, lo que no ocurrió a causa de la mentada huelga (fl. 22 *ejusdem*). Así pues, el aspecto que se comenta no ofrece duda a la Sala, por lo que el *a quo* no requirió, como no se requiere, de 'cubilete' alguno para concluir como lo hizo.

"Ahora bien, las circunstancias especiales sobrevenidas en los puertos de embarque hacia el mes de mayo de 1986 es, en verdad, se interroga la Sala, ¿constitutiva de fuerza mayor o de caso fortuito? Para abordar adecuadamente este punto al que en síntesis se contrae la esencia del asunto debatido, debe decirse, *in limine*, que el paro producido en España de donde, como se dijo, provino parte del material llamado en el contrato CDK (sic), empleado en la construcción de la maquinaria de que aquí se trata, es un hecho extraño por completo a la demandada, pues no aparece demostrado que ésta hubiere contribuido a producirlo o a promoverlo por lo que no le es imputable en su causa.

Ahora, en cuanto a la imprevisibilidad tampoco se probó que el hecho existiera para el momento de la contratación o que por la época hubiesen amagos de la misma conocidos por Otis Elevator Company quien, entre otras cosas, de acuerdo con lo pactado, fijó un término razonable para que, en condiciones normales, se cumpliera con la obra. Así, los trámites necesarios para la importación se iniciaron con toda presteza habida cuenta que la respectiva licencia de importación identificada con el número 112.740, lleva como fecha diciembre 26 de 1985 (fl. 11, Cdno. Nº 3). No puede decirse, entonces, que la demandada procedió temerariamente al obligarse en tales condiciones, por lo que a la Sala no le asiste incertidumbre en cuanto a si el asunto dependió o no de la culpa del deudor.

"Como no es posible afirmar que la huelga es un acontecimiento raro, sino que por el contrario suele presentarse con alguna periodicidad, por lo que se podría cuestionar su imprevisibilidad, la compañía demandada le propuso paladinamente a la demandante y esta aceptó sin reticencia alguna, el que Otis Elevator Company no asumiera ninguna responsabilidad por demoras debidas 'a cualquier causa fuera de su control razonable...', exonerándola de la obligación de pagar perjuicios, ni indemnización alguna por pérdidas, daños o demoras producidas como consecuencia directa o indirecta de tales causas". Esta propuesta presentada bajo el número 39N3557 fue aceptada sin ambages por Arinci Ltda. (fls. 14 y ss., Cdno. Nº 1), quien voluntariamente quiso así correr tales riesgos, máxime si, como se vio, "Otis Elevator Company" no incurrió en culpable negligencia.

"En fin, surge la irresistibilidad como otro elemento esencial del instituto jurídico que se estudia, el que por falta a incontrastable hace que el deudor no pueda evitar su ocurrencia ni tampoco sus consecuencias; y ello fue lo que aconteció en el caso que ocupa la atención de la Sala, pues el paro que demoró el embarque del material que trajo como consecuencia que se desacompasaran los términos del contrato, no podía ser evitado por el deudor, por lo que los efectos de este determinado acontecer no pudieron ser menos que irresistibles. El cese de las actividades portuarias era inevitable para 'Otis Elevator Company' le que conllevó a que una vez iniciado, el deudor... no pudiera cumplir con su obligación por factores eminentemente extraños a su esfera jurídica, los que repitese, no fueron creados por su culpa. Fue a razón de dicha circunstancia que el incumplimiento en los términos acordados, se hiciera realmente imposible e insuperable. Ya se vio en otro lugar de esta providencia, cómo la imprevisibilidad e irresistibilidad como elemento de la fuerza mayor o el caso fortuito no deben buscarse en la causa sino en los efectos, confusión frecuente que ha llevado a que no sólo el común de la gente, sino también a jueces, a "considerar que sólo esos hechos que revisten las características de especularidad y rareza pueden constituir fuerza mayor o caso fortuito; sin embargo, bien vistas las cosas, el devenir permanente del universo puede constituir fuerza mayor, aunque el fenómeno que lo engendre sea el más intrascendente y el más repetitivo.

"En realidad para que un acontecimiento pueda argumentarse como causal de fuerza mayor, basta que sus efectos sean imprevisibles, irresistibles y que la causa no sea imputable al agente: poco importa la forma y características exteriores que revista..." (Tamayo J., Op. cit. pág. 339).

"Aparte de las anteriores consideraciones y constataciones, se observa que la aquí demandante no acudió, habiendo podido hacerlo, en pos del artículo 868 del Código de Comercio a fin de implorar la revisión del contrato. Como se vio, se trataba de un hecho suscitado con posterioridad a la negociación, e: que no fue previsto por los contratantes como no fuera para exonerar de toda responsabilidad a la entidad demandada (véase documento 39NEL796, fl. E. Nº 3, fl. 16, Cdno. Nº 1), 'cuyo acontecimiento, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, la dificultaba en forma extrema' por lo que tampoco se podría exigir a la demandada que acudiera a otros medios tan onerosos que perdiese todo su sentido y finalidad, amén de que la regla *rebus sic stantibus* tiene plena operancia entre los comerciantes.

"Con esta óptica, la Sala concluye que el retardo en el cumplimiento de la negociación invocada en el proceso, aunque imputable materialmente a la demandada, no lo es sin embargo, desde el punto de vista jurídico, pues demostrado quedó la causa determinante, ajena por completo a la inculpada, de los factores generadores del no cumplimiento estricto delas obligaciones, que aunque satisfechas, no lo fueron en el término tal como lo aceptara la demandada en la contestación del libelo".

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Cinco cargos, situados en el ámbito de la causal primera de casación prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, enfila la sociedad actora-recurrente contra la sentencia precedentemente resumida, de los cuales la Corte estudiará y decidirá el primero, por encontrarlo asistido de suficientes elementos de juicio para quebrar el fallo impugnado.

Cargo primero

Tildase la sentencia de violatoria, por vía indirecta, de los artículos 2°, 822, 970, 871, 928 y 930 del Código de Comercio; 1546, 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616 y 882 del Código Civil, y 1ª de la Ley 95 de 1890, como consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el Tribunal "...al dar por probado, sin estarlo, la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor que exonere de responsabilidad a la entidad demandada de la indemnización de perjuicios solicitada por la actora".

Como elementos de juicio erróneamente apreciados la censura señala, la declaración de parte de Henry Ramírez León (fls. 7 a 9 del acuerdo Nº 3), los testimonios de Enrique Mideros Caicedo (fls. 41 y 42, Cdno. Nº 3) y Alvaro Fuster-Fabra Tasis (fl. 49, Cdno. Nº 3), las comunicaciones enviadas por "Otis" a "Arinci Ltda." (fls. 19, 20 y 22, Cdno. Nº 1), la carta remitida por "Arinci Ltda." a "Otis" (fls. 22 y 23, Cdno. Nº 1) y el contrato número 39NE1796 de 18 de noviembre de 1985 (fls. 14 a 17, Cdno. Nº 11).

En el desenvolvimiento del cargo, la censura comienza por advertir que "...sobre la existencia del contrato, su plazo de ejecución y el cumplimiento tardío de la obligación, por parte de 'Otis', en el suministro e instalación del ascensor, no existe discusión alguna entre las partes, ni para el Tribunal ello reviste duda; sólo que, acogiendo la excepción propuesta por la parte demandada, el *ad quem* entendió que la situación de incumplimiento se originó en un caso fortuito o fuerza mayor consistente en "que parte de los materiales empleados en la construcción del ascensor que debía servir al edificio construido por la firma demandante, era importada, la que no llegó a tiempo a causa de una huelga suscitada a la sazón, en los puertos españoles, de donde debía partir la mercancía que contribuiría a los fines que dieron origen al contrato de cuyo incumplimiento se trata, concluyendo que el retardo en el cumplimiento de la negociación invocada en el proceso, aunque imputable materialmente a la demandada, no lo es sin embargo, desde el punto de vista jurídico, pues demostrado quedó la causa determinante, ajena por completo a la inculpada, de los factores generadores del no cumplimiento estricto de las obligaciones, que aunque satisfechas, no lo fueron en términos tal como lo aceptara la demandada en la contestación del libelo".

En ese orden de ideas, la sociedad recurrente puntualiza que el Tribunal al reconocer como caso fortuito o fuerza mayor, la huelga alegada por la parte demandada para justificar su incumplimiento en el suministro e instalación del ascensor, incurrió en los siguientes "...evidentes errores de hecho, a saber: a) Tener por probado, sin estarlo, la verificación de la huelga alegada por la sociedad demandada; b) Tener por demostrado, sin reposar prueba de ello en el expediente, la imprevisibilidad de la presunta huelga, y c) Tener por acreditada, sin estarlo, la irresistibilidad de la huelga alegada...", los que demuestra en la siguiente forma:

a) A propósito de la fuerza mayor o caso fortuito, dice que el Tribunal, para acreditar la huelga en puertos españoles, tuvo en cuenta tres declaraciones, a saber: la de Henry Ramírez León, Enrique Mideros y Alvaro Fuster-Fabra.

"Respecto al primero, Henry Ramírez León, representante legal de la sociedad actora, es evidente que sabía que parte del material del ascensor que compraba para su representada tenía elementos importados; pues así lo establece el contrato, pero ello

absolutamente nada tiene que ver con la prueba de la huelga portuaria en España. Sobre la huelga en particular, el declarante se limita a decir que fue informado por 'Otis' sobre la supuesta huelga, pero en momento alguno afirma constarle directamente su realización (fl. 8 Cdno. 3). En consecuencia, se equivocó el Tribunal al ver en esta declaración prueba de la huelga.

"Enrique Mideros, quien es empleado de 'Otis' en Bogotá, manifestó en su declaración: para el caso específico de este contrato a la compañía se le presentaron unos inconvenientes que no podían ser controlados por Otis y que incidieron en el retraso de la llegada de los materiales a puerto colombiano. *El primero fue que estando listos los materiales para su despacho en España se presentó una huelga portuaria* lo que originó el represamiento de más o menos setenta ascensores" (fl. 42, Cdno. N° 3).

"El señor Alvaro Fuster-Fabra Tasis, residente en Madrid, España), por su parte, dijo 'en cuanto al testimonio que solicita el apoderado de la sociedad Otis Elevator Company, en el punto 4) A. de la demanda, *declaró que me consta la existencia de la huelga mencionada en el mes de mayo de 1986 y como consecuencia de la misma, quedó paralizada toda actividad exportadora desde puertos españoles*' (fl. 49, Cdno. 3).

"*Y no reposa en el expediente nada más acerca de la supuesta huelga. No hay otro medio de prueba que haga referencia a la huelga portuaria citada. Surge de inmediato la pregunta: ¿Será que con las dos declaraciones transcritas, una de un empleado de la entidad que alega su exoneración de responsabilidad, otra de un ciudadano español que se desconoce, en forma absoluta, quién es, ambas versiones en las que se evidencia, con su sola lectura, la carencia de un soporte a las aseveraciones que plasman, o mejor aún, sin que conste las explicaciones pertinentes sobre la razón de la ciencia de su dicho, ni de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho que declaran (art. 288-3 [sic] C.P.C.), ¿podrá establecerse, inequívocamente, que hubo una huelga en puertos españoles y que ella era imprevisible o irresistible para 'Otis' haciéndole imposible cumplir con su obligación de entrega e instalación de un ascensor a Arinci Ltda.?* Indubitablemente, la respuesta es negativa. El testigo Enrique Mideros, sicado un empleado de Otis en Bogotá, ni siquiera en España, afirma como un hecho la existencia de la huelga en el país ibérico sin anunciar ni un solo elemento del porqué así le consta. Simplemente y llanamente manifiesta el hecho. Situación similar ocurre con la versión del señor Alvaro Fuster-Fabra, quien sin hacer ninguna referencia sobre la condición en que declara (trabajador portuario, empleado de Otis en España, ciudadano madrileño, etc., dice constarle la existencia de la huelga, sin expresar, de igual manera, la razón de ese conocimiento. Con estas versiones, totalmente infundadas, no puede darse por probada la verificación de la huelga defendida por la entidad demandada. Por eso, incurrió el sentenciador de segundo grado en error evidente, visible a *prima facie*, en la apreciación de los testimonios mencionados";

b) Acerca de la imprevisibilidad de la huelga, manifiesta que si, con los testimonios precitados, no se demuestra que hubo una huelga en los puertos marítimos españoles, "...tampoco resulta, con algún viso de viabilidad, que con ellos pueda llegar a establecerse y, por lo mismo, tenerse por demostrados los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad requeridos...", pues si según la doctrina de la Corte "...es indispensable en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon

al hecho", es incuestionable, en los testimonios reseñados "...la ausencia absoluta de comentarios acerca de esas circunstancias necesarias para "ponderar y analizar" su imprevisibilidad y su irresistibilidad. ¿La huelga fue repentina o estaba anunciada? ¿Fue general o sólo ejecutada por algunos trabajadores? ¿En qué puerto español estaban los materiales? ¿Se extendió a todos los puertos españoles? ¿Cuál fue su causa? ¿Se impidió el uso de otros medios de transporte distintos al marítimo? Estos son sólo algunos de los interrogantes que no encuentran solución con los testimonios de Henry Ramírez León, Enrique Mideros Caicedo y Alvaro Fuster-Fabra Tasis, pero que el Tribunal, inexplicablemente, dio por supuestos en el sentido de reconocer como caso fortuito la huelga referida, incurriendo en esa conducta en los evidentes errores de hecho anunciados, que sirven para abrir paso a la censura...", exposición que respalda con ejemplo citado por Planiol, en su tratado Práctico de Derecho Civil Francés (Vol. VI, pág. 536). Y, abordando el tema en concreto, la firma recurrente afirma que, a contrapelo de lo afirmado en la sentencia impugnada, el Tribunal "...supuso la prueba de lo 'súbito y repentino' de la huelga en los puertos españoles alegada por 'Otis'...", por cuanto el material probatorio obrante en el proceso "...guarda completo silencio sobre la anormalidad o carácter esporádico de la huelga en puertos españoles, sobre su verificación repentina o impinada, y, en general, acerca de las demás circunstancias que podrían exteriorizar el elemento de imprevisibilidad requerido. Las declaraciones de Henry Ramírez León, Enrique Mideros y Alvaro Fuster-Fabra Tasis, en verdad, nada dicen acerca de lo súbito y repentino de la mencionada huelga, que el mismo Tribunal teóricamente manifestó como necesario para la procedencia de la imprevisibilidad, pero que, al momento de referirlo al asunto en concreto, erróneamente tuvo por probado":

c) Y en cuanto a la relación con el presupuesto de la irresistibilidad, la impugnación destaca que "...el fallador de segunda instancia erró, igualmente, de manera grave y ostensible, al tener por probado que por la existencia de la huelga portuaria española en mayo de 1986, "Otis" se vio imposibilitado a cumplir oportunamente con su obligación de suministro e instalación del ascensor contratado...", por cuanto "...es evidente que con los testimonios ya citados de Henry Ramírez León, Enrique Mideros y Alvaro Fuster-Fabra Tasis, que tuvo en cuenta el *ad quem* para tener por demostrada equivocadamente la huelga, tampoco se acredita la imposibilidad en el cumplimiento de la obligación por parte de la entidad demandada...", como quiera que ellos se limitan a expresar "...sobre la verificación de una huelga en los puertos españoles durante el mes de mayo de 1986, sin hacer ninguna referencia a la imposibilidad de cumplir "Otis" no obstante el reconocimiento por parte del Tribunal de la ocurrencia del paro portuario, por lo que, bajo ninguna circunstancia, pueden tenerse por acreditados, con fundamento en aquellas versiones, los efectos irresistibles de tal cese de actividades en la ejecución oportuna del contrato".

A renglón seguido, la censura se pregunta que "¿si la presunta huelga tuvo como centro de acción a los puertos marítimos españoles, esto hacía imposible que "Otis" trasladara a Colombia las partes necesarias para la instalación del ascensor por una vía de transporte diversa como la aérea? o ¿a través de otro puerto marítimo cercano que no padeciera el cese de actividades de sus trabajadores? Máxime cuando el objeto del contrato era un ascensor indeterminado de ciertas características y no un elevador en particular cuyas piezas eran concreta y específicamente las que al decir del Tribunal

estaban en puertos españoles para cuando acaeció la mentada huelga?...", para responderse: "Enfáticamente no. Al entenderlo en la forma contraria, el *ad quem* erró de manera manifiesta, por suposición de la prueba de la irresistibilidad", elemento que no consiste, según la jurisprudencia y la doctrina universal en que acaecido el hecho, el cumplimiento de la obligación se haya hecho difícultoso o más oneroso, sino en que se haya vuelto imposible, pues en el caso concreto "...puede que el cumplimiento de la obligación por medios alternos al seleccionado por 'Otis', pues valga aclarar que la importación de los materiales de ascensor se hizo de España y por vía marítima a elección de la sociedad deudora y no porque así lo estipulara el contrato, fuera distinta, más difícultosa o aun más onerosa, pero no de imposible realización...", recordando que la jurisprudencia nacional ha declarado que "...la huelga y la guerra no constituyen *ipso facto* casos de fuerza mayor; sólo pueden ser consideradas como tales cuando las consecuencias que han producido han hecho el cumplimiento de la obligación no sólo más oneroso o más difícil, sino absolutamente imposible". No obstante, continúa la recurrente, "...'Otis' asumió la conducta más fácil: esperar que la huelga portuaria cesara, sin que haya prueba alguna de haber desplegado alguna actividad conducente, ni siquiera, a intentar cumplir con el contrato que lo unía con 'Arinci Ltda' ".

Sinembargo, prosigue la censura, "...resulta indiscutible que la procedencia de la fuerza mayor, alegada por la sociedad demandada, dependía, además de la prueba de la imprevisibilidad y de la *irresistibilidad*, cuya ausencia quedó comprobada, de la demostración de la diligencia desplegada en pos del cumplimiento contractual...", por cuanto esto último implicaba "...entre otras cosas, que se acreditara que el material denominado en el contrato CKD evidentemente se encontraba en los puertos españoles para cuando se desembocó la huelga denunciada, y que era en esa época, y no en otra, cuando convencionalmente debía "Otis" importar dichos materiales...", pues "...si la mercancía no se encontraba lista para ser embarcada cuando sobrevino la huelga alegada, o podía haber sido enviada, según los términos del contrato, en época anterior al cese portuario, la incidencia de la huelga en el cumplimiento de la obligación sería nula, la imputabilidad recaería exclusivamente en la sociedad demandada". En dicho orden de ideas, la censura resalta que, en relación con lo primero "...el tribunal infirió que los materiales del ascensor estaban para el 18 de mayo, fecha en que se dice se inició la huelga, en puertos españoles, con fundamento en las comunicaciones enviadas por la gerencia de ventas de "Otis" "...de fechas junio 26 (fl. 20, Cdno. N° 1), septiembre 24 (fl. 21, Cdno. 1), y de la carta que "le hiciera llegar a 'Otis' de mayo 2 de 1986 (fl. 22, Cdno. N° 1)...", y, si de conformidad con la jurisprudencia de la Corte "...la prueba indiciaria tiene plena cabida en el derecho colombiano pero requiere para su procedencia que el hecho 'indicador', que debe estar suficientemente probado, sea idóneo para inferir o establecer la existencia del hecho 'indicado' o 'inferido'...", en el caso presente "...el hecho 'indicador' para el juzgador fue que la mercancía, según se dice en las comunicaciones reseñadas, iba a ser embarcada desde España el 29 de junio de 1986 y nacionalizadas ese septiembre, de donde infiere que el material sí estaba en puerto español, el 18 de mayo anterior".

"Se observa, continúa la impugnante, de una parte, que mal puede tenerse por probado el hecho 'indicador' con fundamento en una comunicación de 'Arinci Ltda.' donde simplemente se limita a manifestar aquello de lo que fue informada por la misma

'Otis' y con escritos provenientes de la misma parte a quien le corresponde la carga de la prueba; no puede servir de prueba de la existencia de unos materiales en un país extranjero para una época determinada, la manifestación que como hecho futuro ("...se embarcará en puerto español el 29 de junio/86...") hace el propio interesado en pretender acreditarlo por conducto de un empleado suyo en Colombia, y de otra parte, de ese hecho no puede inferirse absolutamente nada en cuanto a la presencia de los materiales a importar para el 18 de mayo de 1986, cuando los escritos a que se viene haciendo referencia son de fechas posteriores (junio, septiembre y diciembre de 1986). No se entiende cómo, de sendas comunicaciones remitidas por 'Otis' a 'Arinci Ltda.', tiempo después de la supuesta huelga, afirmando que los materiales CKD de ascensor se embarcarían a finales de junio de 1986, se pueda inferir, como lo hizo el Tribunal, dentro de los principios de la sana lógica, que aquéllos se hallaban en los puertos españoles para el mes de mayo anterior. No se trata de un problema de posibles interpretaciones o de distintas deducciones. La cuestión radica en que el hecho supuestamente indicador nada muestra acerca del hecho indicado. De la manifestación que 'Otis' hace por escrito sobre el traslado de la mercancía, en junio de 1986, y de su trámite para nacionalización en septiembre siguiente, se insiste, no cabe inferir que tal mercancía estaba efectivamente en España para la época de la huelga (mayo de 1986). Aquí también, de manera grave, erró de hecho el Tribunal".

Agrega la recurrente que el Tribunal no sólo erró al inducir que la mercancía para trasladar a Colombia desde puertos españoles estaba lista para ello, cuando no existe prueba al respecto "...sino que, de igual forma, asumió, incurriendo en manifiestos errores de hecho, que tales materiales, desde el punto de vista temporal, debían ser transportados en la época en que ocurrió la huelga, y no en otra, sin percatarse que, de conformidad con el contrato número 39NE1976 suscrito por 'Otis' y 'Arinci Ltda.', que el *ad quem* pretirió en su análisis, en concordancia con la comunicación dirigida por la sociedad demandada a la actora en junio 26 de 1986, que también omitió contemplar en ese punto, se llega a establecer que 'Otis' *debía, so pena de incurrir en caso contrario en una conducta negligente y descuidada, haber trasladado los referidos materiales en tiempo anterior al 18 de mayo de 1986, fecha en la cual la parte demandada, al contestar la demanda, pieza procesal que tampoco consideró el fallador, confiesa haberse iniciado la huelga.* En efecto, en la sentencia recurrida se lee: La demandada ...trajo a los autos prueba, a juicio de la Sala, suficiente sobre la realización de la mentada huelga de los trabajadores portuarios españoles, por la época en que los materiales requeridos en la construcción del elevador debían ser embarcados para su traslado a Colombia", por cuanto en el precitado contrato, que el Tribunal no apreció, se convino entre otras cosas: "En el literal D del acuerdo, se pactó" 'Otis' se compromete a entregar el (los) ascensor(es) funcionando en un plazo total de diez (10) meses, contados a partir de la fecha en que se hizo efectivo el pago inicial, es decir, a partir de noviembre 5 de 1985. En el punto E, en cuanto al período específico de instalación del elevador, se previno: "2. La instalación se adelantará en horas y días ordinarios de trabajo a fin de que los aparatos puedan estar en condiciones de funcionar *dentro del término de doce (12) semanas, contadas a partir de la fecha en que todos los materiales estén en la obra, y el pozo, cuarto de máquinas y fuerza eléctrica adecuados, estén a disposición de Otis*". Y al tenor del numeral 2 de la cláusula D, corría por cuenta de "Arinci Ltda." el tener

listos los pozos, cuartos de máquinas y fuerza eléctrica adecuada y permanente en el término de veinticuatro (24) semanas, *contadas a partir de la firma del contrato*".

De tal suerte, enfatiza la censura de la "...lectura sistemática de las estipulaciones precitadas, se puede establecer, inequívocamente, que la obligación de suministro e instalación del ascensor *tenía un término de 10 meses* para su cumplimiento, teniendo 'Arinci' que poner a disposición de 'Otis' los pozos, cuarto de máquinas y fuerza eléctrica adecuados en los 24 meses (sic) siguientes al contrato *(hasta mayo 6 de 1986)*, pudiéndose de ahí en adelante, por parte de 'Otis' ejecutar la instalación del ascensor con una duración máxima de 12 semanas, la cual, por tanto, a más tardar el *13 de junio de 1986 (12 semanas antes del vencimiento del plazo de los 10 meses) debía iniciarse. Ninguno de estos hechos dio por probados el Tribunal, reposando, como se ve, la prueba de ellos. En la comunicación de junio 26 de 1986, 'Otis' le informa a 'Arinci Ltda.' que "...el equipo a ser instalado en el edificio de la referencia, se embarcará en puerto español el 29 de junio/86, llegando a Miami el 17 de julio/86 y arribará en Bogotá el 18 de julio/86. Consideramos que en veinte (20) días hábiles se cumpla con los trámites de nacionalización para trasladar los materiales a obra y proceder con la instalación" (fl. 20, Cdno. Nº 1)* (la cursiva es para destacar). Es decir, que según la propia previsión de "Otis", el término requerido desde que la mercancía es embarcada en el puerto ibérico, hasta cuando los materiales son puestos en la obra destinada, implica un lapso de casi siete (7) semanas (48 días), que tampoco tuvo en cuenta el sentenciador. De otra parte, como lo confiesa el apoderado de la entidad demandada al dar respuesta al libelo incoatorio, aspecto que igualmente pasó por alto el Tribunal, "...la huelga portuaria ocurrida en todos los puertos españoles comenzó el 18 de mayo de 1986..." (fl. 84, Cdno. Nº 1).

Por tanto, concluye la recurrente, "...si de conformidad con las cláusulas E y 2D del contrato número 39NE1976, la instalación del ascensor podía comenzarse el 5 de mayo de 1986 (vencimiento de las 24 semanas para adecuación de pozos, cuartos de máquinas, etc.), fecha anterior a la del inicio de la huelga (mayo 18 de 1986), y, en todo caso, por lo dispuesto en la cláusula E sobre las 12 semanas como término para la instalación, a más tardar el 13 de junio de 1986 tenía que estarse dando inicio a dicha instalación, e lo implica que los materiales debían contractualmente, ser embarcados en puerto español con una antelación mínima a esa fecha de 48 días (tiempo de duración, según "Otis" de los trámites de traslado y nacionalización de la mercancía), esto es, hacia finales del mes de abril, para cuando no se había aún presentado la supuesta huelga portuaria. Por tanto, si 'Otis' hubiera cumplido diligentemente el contrato suscrito con Arinci Ltda. "embarcando la mercancía con la antelación que el contrato le exigía en consideración del medio de transporte por el deudor elegido (finales de abril de 1986), en nada hubiera afectado a la ejecución oportuna del contrato la huelga que posteriormente se afirma acaeció (mayo 18 de 1986). Entonces, tuvo el Tribunal que suponer erróneamente la diligencia de la sociedad demandada".

Por último, dice la impugnación, que "...aun cuando en estricto sentido no constituye un argumento autónomo del fallo recurrido, pues fue involucrado por el *ad quem* dentro del análisis del elemento imprevisibilidad ya censurado, y, concretamente, al confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia, concretó su resolución con exclusividad al reconocimiento de la excepción de caso fortuito, conviene, con todo,

hacer referencia especial a la cláusula E.3. del contrato, a cuyo tenor: 'Otis' no tendrá responsabilidad alguna por pérdida, daños o demoras debidos a cualquier causa fuera de su control razonable. En ningún caso Otis tendrá obligación de pagar perjuicios ni indemnización alguna por pérdida, daños o demoras producidos como consecuencia directa o indirecta de tales causas", pues, "...al haber visto en esta estipulación una especie de cláusula exonerativa de responsabilidad cuando ella no hace nada distinto de prever un efecto que por la naturaleza del contrato le pertenece, erró el Tribunal de manera evidente. En efecto, como se sabe, el artículo 1604 del Código Civil establece un grado diverso de responsabilidad para los contratantes según la utilidad que el mismo le reporta. Cuando el beneficio se extiende a ambas partes contratantes, cada uno de ellos responde hasta la culpa leve, es decir, por la falta de la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 C.C.), deben actuar, entonces, como un buen padre de familia, o, en aras de la precisión al asunto en concreto, como un buen profesional o comerciante. Cuando en la cláusula en mención se dice que 'Otis' no responde por demoras debidas 'a cualquier causa fuera de su *control razonable*', no se está estableciendo responsabilidad distinta a la que la ley le impone, esto es, actuar dentro de los límites de lo normal y razonable, siguiendo los parámetros y requerimientos legales, para el cumplimiento del contrato.

Lo que hace, entonces, la cláusula en comento, es reiterar, convencionalmente, la responsabilidad de 'Otis' por la culpa leve en el cumplimiento del contrato". Y añade que "...aunque esta cláusula no limita ni exonera en nada la responsabilidad de 'Otis' lo cierto es que la posibilidad de cumplir con el contrato número 39NE1976 suscrito con 'Arinci Ltda.' no estaba fuera de su control razonable, todo lo contrario, pertenecía a su exclusiva órbita contractual, y legalmente estaba obligada a desplegar las actividades necesarias y diligentes, aunque fuesen más difícultuosas que las planeadas, encaminadas a dar fiel y puntual ejecución de la obligación contratada. Al no tomar esta actitud de cumplimiento sino más bien la de pasividad y espera, la demora que se verificó en el suministro e instalación del elevador sí se debió a una causa que era, razonablemente, controlable y superable. Se evidencia el yerro del tribunal al no apreciar que la falta de diligencia de la sociedad demandada que (sic) excluye fácticamente el control razonable consignado en dicha estipulación contractual".

Y, abocando la trascendencia de los yerros denunciados, la firma recurrente expresa que "...si el tribunal no se hubiera equivocado en tener por probado como caso fortuito la huelga alegada por la parte demandada, la conclusión del fallador hubiere sido distinta a la proferida, ya que, al desechar la causa extraña, la demora por parte de 'Otis' en el cumplimiento por fuera del plazo pactado de su obligación de entrega e instalación del ascensor, sí le sería jurídicamente imputable a aquélla, con el consecuente deber de indemnizar los perjuicios moratorios solicitados y probados por la sociedad actora. En otras palabras, de no haber incurrido el *ad quem* en los yerros fácticos denunciados y demostrados, no habría explicado indebidamente la norma relativa al caso fortuito o fuerza mayor que reconoció, y, en cambio, habría dado plena aplicación a las normas que reconocen la posibilidad al acreedor de obtener la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación del deudor, particularmente, el artículo 870 del Código de Comercio y, por la remisión autorizada en el artículo 822 del mismo estatuto mercantil, los artículos 1546, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616 y 1882 del Código Civil".

III. CONSIDERACIONES

1. Descartada controversia alguna respecto del incumplimiento contractual que la sociedad actora "Arinci Ltda." le imputa a la empresa demandada "Otis Elevator Company", sucursal de Colombia, por el retardo en la instalación del ascensor que la primera había adquirido de la segunda, para colocarlo en el edificio "Teusacá" de la ciudad de Bucaramanga, la inconformidad de la recurrente se reduce a cuestionar la legalidad del reconocimiento de la excepción de "fuerza mayor o caso fortuito", propuesta por la firma demandada para liberarse de la responsabilidad que, por los perjuicios ocasionados por la demora en la instalación del mencionado aparato, pudo ocasionarle a la compañía demandante, pues en sentir de la censura, el aludido reconocimiento solo fue producto de los errores de facto en que incurrió el tribunal al apreciar el material probatorio relacionado en el cargo, que le permitieron, de un lado, dar por probado el hecho alegado como fuerza mayor o caso fortuito (huelga portuaria, ocurrida en España en el mes de mayo de 1986), y de otro, atribuirle a dicho suceso las características propias de uno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

2. Definido así el ámbito del recurso extraordinario, conviene memorar que, de conformidad con las reglas generales imperantes en materia probatoria (art. 177 del C.P.C.), reiteradas para el caso particular del caso fortuito en el artículo 1604 del Código Civil, la carga de la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito incumbe "...al que lo alega", razón por la cual el demandado que pretende exonerarse de la responsabilidad que se le imputa proponiendo como defensa tal fenómeno, debe acreditar en toda su plenitud el hecho invocado como tal y sus elementos esenciales, lo que constituye una cuestión de facto que debe apreciarse discrecionalmente, atendiendo las circunstancias concretas de cada caso, a fin de averiguar si en el hecho invocado como tal se ofrecen los requisitos constitutivos del fenómeno exculpatorio de la responsabilidad del deudor, como son el de la imprevisibilidad y el de la irresistibilidad, pues, es criterio decantado el de que ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual, razón por la cual la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos, que, cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres:

a) No ser imputable al deudor;

b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual;

c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación;

d) Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización (Cas. Civ. de 5 de julio de 1935) de consiguiente, "si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisi-

ble e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho.

Precisamente la jurisprudencia nacional, teniendo en cuenta lo que se acaba de afirmar y los hechos que señala la ley como ejemplos de caso fortuito o fuerza mayor, ha expresado que "el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuesto por el artículo citado (1ª de la Ley 95 de 1890) como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieren evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito..." (Sentencia de 31 de agosto de 1942, G.J. Nº 1980, pág. 376) (Cas. Civ. de 20 de noviembre de 1989).

3. De entrada puede afirmarse, sin ningún género de duda, que si aun suponiendo demostrada la huelga portuaria en España por el mes de mayo de 1986, dotada de todos los elementos configuradores de la fuerza mayor o caso fortuito, alegada para justificar la tardanza en el cumplimiento del contrato suscrito con la demandante, es posible desembocar en la irresponsabilidad contractual de la firma demandada, por cuanto si de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, de manera general "el deudor no es responsable del caso fortuito", sí lo es en presencia de otras hipótesis allí mismo contempladas, por ejemplo, cuando tal fenómeno sobreviene estando el deudor ya constituido en mora, como acontece en el caso en estudio, pues al tenor de lo convenido al respecto, el ascensor con todos sus accesorios, tanto nacionales como extranjeros, debían estar, para mediados del mes de mayo de 1986, en la ciudad de Bucaramanga, según el cómputo de los siguientes términos: si, al tenor de la cláusula D) Otis se comprometió a entregar el ascensor funcionando "...en un plazo total de diez (10) meses, contados a partir de la fecha en que se hizo efectivo el pago inicial..." y el cliente debía tener listos los pozos, cuartos de máquinas y fuerza eléctrica adecuada y permanente en el término de veinticuatro (24) semanas, contadas a partir de la firma del contrato..."; y, si según las condiciones generales del contrato, contenidas en el literal E2, la instalación se adelantaría en horas y días ordinarios de trabajo a fin de que el aparato pudiese estar en condiciones de funcionar "...dentro del término de doce (12) semanas, contadas a partir de la fecha en que todos los materiales estén en la obra, y el pozo, cuarto de máquinas y fuerza eléctrica adecuadas, estén a disposición de Otis...", no hay duda alguna que habiendo Otis recibido el primer contado el 5 de noviembre de 1985, las veinticuatro (24) semanas de que disponía Arinci Ltda. para tener a disposición de Otis el pozo, el cuarto de máquinas y la fuerza eléctrica adecuadas se vencían justamente a comienzo del mes de mayo siguiente (1986), época a partir de la cual la empresa demandada solamente disponía de doce (12) semanas, para entregar el elevador en funcionamiento, las que, a su vez, se vencían en el mes de

agosto de 1986. De tal suerte que, se repite, aun admitiendo la existencia de la huelga con los elementos tipificadores de la fuerza mayor o caso fortuito (imprevisibilidad, irresistibilidad y diligencia de la sociedad demandada para superar la emergencia), tal episodio fue realmente intrascendente para justificar el cumplimiento defectuoso de la obligación en controversia, por cuanto ya la sociedad demandada se encontraba en mora de cumplir el pacto, pues para el mes de mayo de 1986, las partes foráneas no debían estar en ningún puerto español, sino en la ciudad de Bucaramanga, integrando con las nacionales, el ascensor que debía comenzar a instalarse por dicho mes.

4. Sin embargo, al amparo de las anteriores precisiones legales procede a la Corte a verificar el fundamento capital de la acusación, lo que le permitirá determinar si se halla acreditado o no el caso de fuerza mayor o fortuito, alegado por la sociedad demandada como eximente de su responsabilidad, para lo cual es indispensable revisar el contenido de los elementos de convicción de que se valió el tribunal para deducir la existencia del fenómeno exculpatorio de la responsabilidad contractual alegado por la firma acusada de incumplida, teniendo en cuenta que "...correspondiendo al sentenciador de instancia, en uso de la facultad discrecional que le compete respecto de la apreciación de las cuestiones de hecho, reconocer y verificar los elementos objetivamente constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito, mediante la debida ponderación de los elementos probatorios de la causa, no puede la Corte rectificar esa apreciación, mientras no resulte convicta de un error de hecho evidente" (Cas. Civ. de 16 de septiembre de 1961. T. XCVII, 71; 20 de noviembre de 1969).

5. En pos de tal averiguación, es pertinente recordar que la existencia de la huelga en puertos ibéricos la estableció el sentenciador de segundo grado con la declaración rendida por el representante legal de la sociedad actora Henry Ramírez León (fls. 7 y siguientes, cuaderno N° 3) y con los testimonios de Enrique Mideros Caicedo (fl. 28, Cdno. Nº 3) y Alvaro Fuster-Fabra Tasis (fl. 48, Cdno. Nº 3), por cuanto de este hecho se enteró el primero "...quien sabía, porque así lo contrató (fl. 14, cdn. Nº 1), que el material que llevaría el aparato ordenado construir por su empresa, provenía del extranjero...": por cuanto el segundo "...manifestó ante el juez como conocido, saber de la existencia de la huelga que estalló en los puertos españoles por espacio de dos meses, lo que represó en bodega todas las exportaciones..."; y, por cuanto el tercero confirma "...las anteriores aseveraciones...", pues en su testimonio "...corrobora las manifestaciones que al respecto rindieron los otros testigos cuando afirma constarle la existencia de la referida huelga en el mes de mayo de 1986, lo que paralizó la actividad exportadora desde puertos españoles".

6. Pues bien: reexaminados tales elementos de convicción no puede la Corte poner en tela de juicio la existencia del premencionado episodio, pues aun cuando es indudable que del clausulado del contrato de suministro e instalación del ascensor (fls. 14 a 18, Cdno. Nº 1) solamente se desprende que algunas partes de dicho aparato debían ser importadas, sin precisar el país de origen, la declaración de parte rendida por Henry Ramírez León, representante legal de la sociedad actora, (fls. 7 a 9, Cdno. Nº 3), y los testimonios de Alvaro Fuster-Fabra Tasis (fl. 49, Cdno. Nº 3) y de Enrique Mideros Caicedo (fls. 41 a 42, Cdno. Nº 3), especialmente la de este último, sirven para sustentar la conclusión del ad quem *en el punto, por cuanto tales personas afirman sin ningún género de dudas la existencia de una parálisis laboral marítima en España, por*

el mes de mayo de 1986, aunque ciertamente sin la suficiente precisión y claridad probatoriamente deseadas, particularmente la del ciudadano español, quien refiere la ocurrencia de tal acontecimiento sin mayor exposición acerca de la ciencia de su dicho, como quiera que no relata circunstancia alguna de la forma como llegó a su conocimiento tal hecho; sin embargo, dichas falencias no alcanzan a demostrar la comisión del yerro de facto denunciado, al menos con las características de manifiesto o evidente, que se le endilga a la sentencia impugnada.

En efecto, Henry Ramírez León (fls. 7 a 9, Cdno. N° 3) dice sobre el particular, que "...tenía conocimiento de que habían algunas piezas importadas, en cuanto al porcentaje de las mismas no lo sé, ni tenía conocimiento ni podría yo determinarlos"; y al preguntársele si tenía conocimiento que "...desde los primeros meses del año ochenta y seis, hubo una huelga en los puertos de España que impidió el envío oportuno de los materiales CKD necesarios para ensamblar el ascensor", contestó: "Oficialmente la firma 'Otis' nos comunicó los problemas presentados con motivo de la huelga en España en oficio de fecha 1° de diciembre de 1986.

Sin embargo, a partir del mes de mayo de 1986 Arinci Ltda. los estaba notificando sobre los atrasos que se preveían sin haber obtenido respuestas concretas por parte de "Otis"; Álvaro Fuster-Fabra Tavis (fl. 49, Cdno. N° 3), quien se identificó como ciudadano español y rindió declaración ante la Cónsul General de Colombia en España, luego de registrar sus anotaciones civiles, dijo lacónicamente, que "...en cuanto al testimonio que solicita el apoderado de la sociedad Otis Elevator Company, en el punto 4.A de la demanda, declaró que me consta la existencia de la huelga mencionada en el mes de mayo de 1986 y como consecuencia de la misma, quedó paralizada toda actividad exportadora desde los puertos españoles; y, Enrique Mideros Caicedo (fls. 41 a 42 vto, Cdno. N° 3), empleado de la firma demandada, luego de suministrar las razones por las cuales en la actualidad el ensamblaje de los ascensores "Otis" requiere de ciertas piezas de fabricación extranjera, relata que "... para el caso específico de este contrato a la compañía se le presentaron unos inconvenientes que no podían ser controlados por Otis y que incidieron en el retraso de la llegada de los materiales a puerto colombiano. El primero fue, que estando listos los materiales para su despacho en España se presentó una huelga portuaria lo que originó el represamiento de más o menos setenta ascensores. Los cuales comenzaron a ser despachados con un retraso de casi dos meses, habiendo creado un caos, ya que por su volumen no era nada fácil manejar alrededor de unas trescientas cajas que componían los materiales importados de esos ascensores. El segundo punto es el relacionado con los mecanismos de puerta que a pesar de que el Incomex había dictado una resolución en la cual daba una posición arancelaria para dichos mecanismos y habiendo aprobado con anterioridad dos licencias, negó una tercera tres meses después de haber hecho su presentación. Los dos puntos anteriormente mencionados incidieron en que el contrato no tuviera su proceso normal".

7. Pero, es obvio que la demostración de la huelga, aisladamente considerada, no constituye por sí sola factor exonerativo de responsabilidad para la sociedad demandada; para que lo fuese era indispensable que aquélla probara que tal acontecimiento incidió definitivamente en la instalación tardía del ascensor contratado, dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la obligación debía satisfacerse, o en

otras palabras, que para la sociedad demandada, la ocurrencia de tal hecho fue imprevisible e irresistible, es decir, que ubicada oportunamente la mercancía en determinado puerto marítimo español, sobrevino súbita y repentinamente un cese de actividades, que no solamente afectó dicho terminal sino todos los demás del país ibérico, circunstancia que le impidió despachar la mercancía; y que, a pesar de las diligencias realizadas para superar el inconveniente, le fue absolutamente imposible despacharla, así fuera por otros medios de transporte, aspecto en el cual la sentencia recurrida se muestra efectivamente inconsistente, por cuanto es absolutamente evidente que las consideraciones expuestas por el sentenciador de segundo grado para dar por demostrados tales elementos no disponen de respaldo probatorio alguno, ni sirven por sí solas para suplir la prueba que apunte a demostrar la presencia de ellos en el proceso, factores indispensables para que la huelga alcanzase en el sub judice *la categoría de un típico caso de fuerza mayor o fortuito.*

Sobre el particular enantes anotado, el Tribunal expresó, de un lado, que el material extranjero que debía incorporarse para construir el elevador contratado se encontraba en puertos españoles, para cuando se presentó el cese de actividades marítimo, y de otro, que dicha interrupción laboral portuaria configuraba en este proceso un caso de fuerza mayor o fortuito, pues, respecto de lo primero afirmó que "...de las distintas comunicaciones cruzadas entre las partes contratantes, infiere la Sala que en verdad el material que importó la demandada para construir el ascensor prometido, se encontraba en puertos españoles para cuando allí se produjo en el mes de mayo de 1986, el cese de actividades...", para cuyo fin razonó diciendo que "...si para el 26 de junio de 1986, 'Otis Elevator' le comunicaba a su hoy demandante que el equipo que se instalaría en el edificio 'Venusacá' sería embarcado desde España el 29 de junio de 1986 para arribar al puerto de Miami el 17 de julio siguiente, era porque el susodicho material se hallaba en las bodegas portuarias (fl. 20, Cdno. Nº 1)". "Esta inferencia -prosigue el Tribunal- la corrobora el comunicado visible al folio 19 ibidem *al igual que el telegrama insertado al folio 21 del mismo cuaderno, según el cual para el mes de septiembre el material ya nacionalizado, saldría de aduanas para ser colocado en la obra que debía servir. La anterior conclusión se fortifica con el comunicado que 'Arinci Ltda.' le hizo a 'Otis Elevator' en mayo de 1986, según el cual se sabe que el embarque del material se efectuaba en la última semana del mes de mayo, debiendo llegar el equipo a Bucaramanga a mediados de julio, lo que no ocurrió a causa de la mentada huelga (fls. 22* ejusdem*). Así, pues, el aspecto que se comenta no ofrece duda a la Sala, por lo que el a quo no requirió, como no se requiere, de 'cubilete' alguno para concluir como lo hizo"; y, en relación con lo segundo, aseveró que el paro producido en España, de donde provino parte del material foráneo del ascensor "...es un hecho extraño por completo a la demandada, pues no aparece demostrado que ésta (la compañía demandada) hubiese contribuido a producirlo o a promoverlo, por lo que no le es imputable en su causa"; y que en cuanto a la imprevisibilidad "...tampoco se probó qué hecho existiera para el momento de la contratación o que por la época hubiesen (sic) amagos de la misma conocidos por Otis Elevator Company, quien, entre otras cosas, de acuerdo con lo pactado, fijó un término razonable para que, en condiciones normales, se cumpliera con la obra. Así, los trámites necesarios para la importación se iniciaron con toda presteza habida cuenta que la respectiva licencia de importación identificada con el número 172.740, lleva como fecha diciembre 26 de*

1985 (fl. 11, Cdno. Nº 3). No puede decirse, entonces, que la demandada procedió temerariamente al obligarse en tales condiciones, por lo que a la Sala no le asiste incertidumbre en cuanto a si el asunto dependió o no de la culpa del deudor", agregando sobre el particular que "como no es posible afirmar que la huelga es un acontecimiento raro sino que por el contrario suele presentarse con alguna periodicidad, por lo que se podría cuestionar su imprevisibilidad, la compañía demandada le propuso paladinamente a la demandante y ésta aceptó sin reticencia alguna, el que Otis Elevator Company no asumiera ninguna responsabilidad por demoras debidas "...a cualquier causa fuera de su control razonable..." exonerándola de la obligación de pagar perjuicios, ni indemnización alguna por pérdidas, daños o demoras producidas como consecuencia directa o indirecta de tales causas" Esta propuesta presentada bajo el número ... fue aceptada sin ambages por Arinci Ltda. (fls. 1, 4 y siguientes del Cuaderno Nº 1) quien voluntariamente quiso así correr tales riesgos, máxime si como se vio "Otis Elevator Company" no incurrió en culpable negligencia"; y, respecto de la irresistibilidad, manifestó que "en fin surge la irresistibilidad, como otro elemento esencial del instituto jurídico que se estudia, el que por fatal e incontrastable hace que el deudor no pueda evitar su ocurrencia como tampoco sus consecuencias; y ello fue lo que aconteció en el caso que ocupa la atención de la Sala, pues el paro que demoró el embarque del material que trajo como consecuencia que se desacompasaran los términos del contrato, no podía ser evitado por el deudor, por lo que los efectos de este determinado acontecer no pudieron ser menos que irresistibles. El cese de las actividades portuarias era inevitable para "Otis Elevator Company" lo que conllevó a que una vez iniciado, el deudor no pudiera cumplir con sus obligaciones por factores eminentemente extraños a su esfera jurídica los que, repítese, no fueron creados por su culpa. Fue a razón de dicha circunstancia que el incumplimiento en los términos acordados, se hiciera realmente imposible e insuperable".

Las consideraciones precedentes, además de ilógicas, como quiera que a primera vista, pudiera pensarse que la ausencia de prueba respecto de algunos factores integrantes de la imprevisibilidad, observados de menos por el sentenciador de segundo grado al estudiar la presencia de tal elemento en el proceso, determinarían el fracaso de la excepción propuesta con fundamento en la fuerza mayor o caso fortuito, como hubiera sido lo procedente, en virtud del juego probatorio consignado en el artículo 1604 del Código Civil, acompasado con el 177 del Código de Procedimiento Civil, carecen de respaldo demostrativo, pues, lo cierto es que el planteamiento del Tribunal sobre la presencia de los elementos constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito en el preciso evento de la huelga suscitada en los terminales marítimos españoles, no descansa sobre elemento de juicio alguno que ponga de manifiesto, de un lado, que no hubo razón particular para pensar que, dentro del giro ordinario de la actividad importadora de la sociedad demandada, que tal acontecimiento se produciría y, de otro, que le fue imposible, para eludir sus consecuencias, pues debe recordarse que los dos factores que se acaban de mencionar, es decir, el de la imprevisibilidad e irresistibilidad están en función directa de la ausencia de culpa en el demandado, tanto anterior como coetánea, frente al suceso que causa la imposibilidad absoluta de cumplir o el inevitable daño, por cuanto "...es evidente que si el acontecimiento pudo ser previsto y no lo fue, o pudo ser superado pero se lo dejó prevalecer, entonces emerge de bulto la culpabilidad del demandado o agente, ya en prever el caso, para no

afrontarlo, ya en apercibirse a la defensa para resistir a él y evitar sus consecuencias" (Cas. Civ. de 31 de mayo de 1965 G.J. Nos. 2276 a 2277).

Ahora bien: no milita en el expediente elemento de convicción alguno que demuestre o, por lo menos, permita, por la vía de la inferencia, desembocar en las transcritas conclusiones, pues, ya se vio de la reproducción pertinente del interrogatorio de parte recibido por Henry León Ramírez, representante legal de la sociedad actora, así como de los pasajes conducentes de los testimonios de Enrique Mideros Caicedo y de Alvaro Fuster-Fabra Tasis, que sus declaraciones nada dice, ni permiten, por ende, deducir, que para la sociedad demandada la huelga de que dan cuenta sus declaraciones fue indudablemente imprevista e irresistible: y, que, solamente en virtud de algunos principios que informan el recurso de casación, tales versiones apenas si alcanzan para mantener incólume la conclusión del Tribunal, acerca de la existencia de la mentada huelga portuaria marítima, ocurrida en España en el mes de mayo de 1986; y, la correspondencia cruzada entre las partes dista mucho de evidenciar los elementos esenciales de la fuerza mayor o el caso fortuito, pues, en ninguna de las comunicaciones enviadas por "Otis" para responder los reclamos de "Arinci Ltda.", salvo en la fechada el primero (1º) de diciembre de 1986, la demandada antepone como factor justificativo de la tardanza en la instalación del ascensor la ocurrencia de aquel cese de actividades marítimo.

En efecto: en orden cronológico, se observa la siguiente correspondencia cruzada entre las partes, así:

a) El 2 de mayo de 1986, la firma demandante le manifiesta a la empresa demandada que "...con relación al contrato de la referencia nos permitimos manifestarle nuestra preocupación de cumplimiento a los plazos pactados por las siguientes razones: 1. Se nos ha informado por parte de ustedes que el embarque se efectuará en la última semana del mes de mayo y el equipo estará en la ciudad de Bucaramanga en la primera semana de julio. 2. Según la cláusula E2 del contrato, el plazo para que los aparatos estén en condiciones de funcionar es de doce (12) semanas, lo cual nos llevaría hasta la primera semana de octubre. 3. La cláusula D especifica que Otis se compromete a entregar el ascensor funcionando en un plazo total de diez (10) meses, contados a partir de la fecha en que se hizo efectivo el pago inicial (5 de noviembre de 1985), o sea, el 5 de septiembre de 1986. 4. Según la programación de la obra, el edificio estará totalmente terminado y se iniciará la ocupación de los apartamentos el 15 de agosto de 1986. Por lo anterior les solicitamos hacer los ajustes necesarios, pues nos veríamos perjudicados si no se cumplen los plazos estipulados" (fl. 22 y 23, Cdno. Nº 1);

b) El 12 de junio de 1986, la empresa demandante le expresa a la demandada, lo siguiente. "Nuevamente queremos ratificar a ustedes lo expuesto en nuestro oficio CD 0070 de mayo 2 de 1986. Consideramos que en la fecha la situación ha empeorado porque de acuerdo con los plazos pactados únicamente contamos con ocho (8) semanas para que el equipo esté funcionando, y según el informe telefónico de ustedes el equipo no ha salido de puerto español. Con referencia a la cláusula E2 del contrato nos permitimos manifestarle que en caso de ser necesarios trabajos en horas extraordinarias, los recargos que éstos causen serán por cuenta de ustedes, ya que nosotros hemos cumplido todas las cláusulas del contrato. Esperamos se nos dé respuesta por escrito a estas inquietudes, ratificándonos la fecha en que podemos disponer del ascensor funcionando correctamente" (fl. 24, Cdno. Nº 1);

c) El 24 de junio de 1986, Arinci Ltda. le envía telegrama a Otis Elevator Company, solicitándole "...respuesta a nuestros oficios 0070 de mayo 2 y 0096 de junio 12 referentes entrega ascensor según contrato 39NE1796" (fl. 61, Cdno. Nº 1);

d) El 26 de junio de 1986, Otis Elevator Company le informa a Arinci Ltda., lo siguiente: "por la presente queremos informar a ustedes que el equipo a ser instalado en el edificio de la referencia, se embarcará en Puerto Español el 29 de junio/86, llegando a Miami el 17 de julio/86 y arribará en Bogotá el 18 de julio/86. Consideramos que en 20 días hábiles se cumple con los trámites de nacionalización para trasladar los materiales a obra y proceder con la instalación. Esperamos que esta información sea de su amable aceptación y gustosos ampliaremos cualquier requerimiento adicional" (fl. 27, Cdno. Nº 1);

e) El 4 de septiembre de 1986, Arinci Ltda. mediante telegrama le informa a Otis Elevator Company que "ante el incumplimiento de parte de ustedes contrato 39NE1976 suministro e instalación ascensor edificio 'Tusacá' compradores apartamento niéganse a firmar escrituras produciéndose perjuicios económicos por pago de intereses no presupuestados entidad financiera. Nuevamente solicitámosles cumplimiento contrato" (fl. 28, Cdno. Nº 1);

f) Posteriormente, la firma demandada le envía a la demandante el siguiente telegrama, fechado el 24 de septiembre: "Con relación telegrama sep. 4 informando: equipo actualmente en aduana proceso nacionalización como material saldrá aduana semana próxima punto se enviará con materiales locales como llegada aproximada obra sept. 25 puntos programando inicio instalación sept. 29 y finalización nov. 25 punto contando con fosos pozos cuarto de máquinas acabados como fuerza eléctrica adecuada permanente punto" (fl. 21, Cdno. Nº 1);

g) El 1º de diciembre de 1986, la entidad demandada le explica a la actora las circunstancias que demoraron la instalación del ascensor, en la siguiente forma: "De la manera más atenta queremos presentar a ustedes las circunstancias ajenas a nuestro control razonable, las cuales han ocasionado que el equipo con destino al edificio de la referencia sufriera un retraso en su programa de transporte, nacionalización e integración de partes de instalación. Como es de su apreciable conocimiento y debido a nuevas disposiciones gubernamentales, nos vimos en la obligación de integrar elementos, de las fábricas Otis; este proceso representa estudios de ingeniería e implican un meticuloso proceso de producción para asegurar nuestra calidad. Otis programa los embarques de materiales CKD de nuestras fábricas en forma escalonada para así poder manejar la producción, ***pero debido a una huelga*** *portuaria que se prolongó por más de cinco (5) semanas estos materiales se acumularon en el puerto efectuándose posteriormente un solo pedido de por sí ya atrasado y conteniendo una gran cantidad de volumen (sic) ocasionando serios contratiempos en la manipulación y nacionalización. Además como elementos tales como mecanismos de puertas que fueron pedidos y fabricados con la suficiente anticipación para así poder dar curso a la fabricación de entradas sufrimos inconvenientes con el Incomex, ya que nos demoró la aprobación de las licencias de importación, no obstante dicha institución tenía conocimiento de nuestro programa de ensamble ya aprobado por entidades gubernamentales; sin embargo, es nuestro deseo manifestar que en la actualidad hemos superado casi todos los inconvenientes.* Esperamos que estas razones sean de su amable comprensión y aceptación y gustosos

atenderemos cualquier información adicional al respecto" (destacado de la Sala) (fl. 19, Cdno. Nº 1);

h) Finalmente, el 23 de diciembre de 1986, la sociedad Arinci Ltda., a vuelta de recibir provisionalmente el elevador y de advertir sobre algunos aspectos pendientes del mismo, le expresa textualmente a la empresa demandada: "...A pesar de que el ascensor está funcionando correctamente, no recibimos a satisfacción, por cuanto la demora de más de tres (3) meses por parte de Otis en el cumplimiento del contrato nos está causando serios perjuicios económicos y comerciales al obligarnos a incumplir con los compradores de apartamentos en el edificio Teusacá" (fls. 25 y 26, Cdno. Nº 1)

Pero es más: ni aun aceptando en gracia de discusión la ocurrencia de la huelga con las características que son propias del caso fortuito o fuerza mayor, puede convenirse en la exoneración de responsabilidad para la sociedad demandada, al retardar la instalación del elevador contratado por la sociedad actora, pues que, tampoco de los precitados elementos de convicción, que en resumidas cuentas son los únicos que sobre el particular reposan en el expediente, se avizora la diligencia y cuidado que hubiere empleado la demandada para prever o superar la expresada emergencia, como la de haber procurado el envío por otros medios de transporte que no estuvieren afectados por la mencionada parálisis laboral, especialmente si se tiene en cuenta que nada se estipuló en el contrato sobre el particular, pues en el punto cabe recordar, como ya se hizo en líneas precedentes, la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo, por cuanto un hecho no constituye caso fortuito o fuerza mayor, por la sola circunstancia de que se haga más difícil o más oneroso de lo previsto inicialmente.

8. Por las anteriores razones, resulta inane cualquier estudio acerca del contenido de la cláusula tercera de las condiciones generales del contrato celebrado entre las partes, por medio de la cual la sociedad demandada no asumía responsabilidad alguna "... por pérdida, daños o demoras debidos a cualquier causa fuera de su control razonable, o por casos 'fortuitos o fuerza mayor'", motivo por el cual Otis, en ningún caso, tendría "... obligación de pagar perjuicios ni indemnización alguna por pérdidas, daños o demoras producidos como consecuencia directa o indirecta de tales causas", pues ya se vio, que ninguna prueba demuestra que el retardo en la importación de los materiales de fabricación extranjera, y consecuencialmente, la mora en la instalación del ascensor en el lugar convenido, obedeció a algunos de los factores previstos en la mencionada cláusula para exonerarse de responsabilidad, y consecuencialmente, de la obligación de indemnizar perjuicios, por el cumplimiento imperfecto del contrato celebrado con la firma actora.

9. Se desquicia, entonces, totalmente la sentencia edificada sobre la base de considerar que a pesar de que la sociedad demandada incumplió con la instalación oportuna del elevador en el edificio "Teusacá" de la ciudad de Bucaramanga, sin embargo no estaba obligada a resarcir los perjuicios causados a la firma actora por el retardo en que incurrió, debido a la presencia de una huelga que por el mes de mayo de 1986 paralizó la actividad portuaria marítima en puertos españoles, acontecimiento que le impidió, por lo imprevisto e irresistible, importar oportunamente el material CKD que debía que integrar el ensamblaje del mencionado ascensor, pues tal determinación surgió como consecuencia de los errores de facto, ciertamente evidentes, que cometió el

Tribunal al dar por probado, no estándolo, que la aludida huelga representó para la sociedad demandada un típico caso de fuerza mayor o fortuito, alegado por aquella como fundamento de su retardo en la ejecución del contrato y, de consiguiente, como soporte suficiente para liberarse de su consecuente responsabilidad, yerros que implicaron la violación de los textos legales sustanciales invocados en el cargo, unos por inaplicación y otros por aplicación indebida.

10. Rota la sentencia por el cargo de error manifiesto en la apreciación de las únicas pruebas que la sustentan, resta a la Sala estudiar, ya como juez de instancia, si están acreditados los perjuicios que el actor reclama y, en caso afirmativo, si lo está suficientemente su cuantía, ya que, como lógicamente se desprende de todo lo expuesto, no aparecen probadas las restantes excepciones de "cumplimiento de la obligación" e "inexistencia de la mora como presupuesto para la indemnización de perjuicios", como quiera que para despacharlas adversamente basta con recordar, para la primera, que la controversia no giró en torno al incumplimiento de la obligación adquirida por la sociedad demandada, sino al cumplimiento tardío de la misma y, para la segunda que, como la sociedad se había comprometido a instalar en un determinado plazo el ascensor, resultaba innecesario requerimiento alguno para constituirla en mora, pues es suficientemente conocido el aforismo latino *dies enterpellat pro homine*.

11. En relación con los perjuicios reclamados por la parte actora frente a la demandada, si bien es incuestionable su existencia, en virtud de la presunción consignada en el artículo 1615 del Código Civil, que no pudo ser desvirtuada por la empresa demandada, por las razones expuestas en párrafos anteriores, no encuentra la Corte, sin embargo, elementos de convicción suficientes que permitan imponerle a la empresa incumplida la condena en concreto correspondiente, tal como en la actualidad lo exige el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual la Sala, antes de proferir la sentencia de instancia respectiva, decretará las pruebas que considere necesarias para tal efecto, teniendo en cuenta que, de conformidad con la demanda inicial del proceso, los perjuicios sufridos por la empresa actora son aquellos que surgieron, como consecuencia de la negativa de los prometientes compradores, Digna Luz Rubiano Soto, Atanasio García Herreros Mantilla, Luz Stella Bayona Pinto, Rafael Augusto Lozano Blum, María Victoria Navas de Castillo, Elías Pacheco R., Gonzalo Martínez Ramírez, Hernando León García, Jairo Anarcasys Acevedo "...a pagar las obligaciones en 'Granahorrar' o a hacer la subrogación a la cual estaban obligados para seguir asumiendo la hipoteca que pesaba sobre el predio donde se había construido el edificio de apartamentos Teusacá", es decir, las sumas que por tal razón tuvo que pagar a la entidad prestamista, como reajuste monetario por cada uno de los préstamos que los mencionados compradores se negaron a asumir en la oportunidad convenida con la sociedad actora; en los intereses que tuvo que seguir pagando "...por las cuotas iniciales dejadas de pagar por los compradores..."; en los intereses causados por el capital "... aportado por la firma demandante y de su propio peculio; el valor del sobrecosto administrativo"; la suma de dinero que tuvo que pagar "...como intereses a uno de los compradores sobre la cuota inicial entregada por éste" y, en fin, la suma de dinero dejada de ganar "...ante el repentino cese de venta de los apartamentos o unidades privadas que conforman el edificio Teusacá, todo ello, con la consiguiente ...corrección monetaria, desde la fecha del incumplimiento hasta cuando la sentencia quede en firme".

En tal orden de ideas, se dispondrá que la parte actora allegue el original, la copia o fotocopia auténtica, de los documentos contentivos de las promesas de compraventa celebradas con las personas enantes mencionadas, así como copias de las escrituras corridas para perfeccionar tales contratos; se ordenará que algunas personas que no declararon en la primera instancia lo hagan ahora, para lo cual se librarán los despachos correspondientes.

Una vez incorporadas tales pruebas, se examinará la necesidad de practicar, con asocio de peritos, una inspección judicial con exhibición de libros, sobre los de contabilidad tanto de la Corporación Granahorrar como los de la sociedad actora, para establecer las sumas de dinero que la firma demandante tuvo que pagar por los conceptos antes relacionados, como consecuencia de la renuencia de los mencionados compradores a asumir el pago de las cuotas correspondientes o la subrogación del crédito respectivo.

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, *casa* la sentencia de 16 de julio de 1991 proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y, obrando en sede de instancia, antes de fallar decreta como pruebas de oficio, de conformidad con la facultad otorgada por el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, las siguientes que se practicarán en el término de diez (10) días (art. 361 del Código de Procedimiento Civil):

a) *Documental:* La incorporación al expediente del original, la copia o fotocopia auténtica de los documentos contentivos de las promesas de compraventa celebradas con las personas mencionadas por la demandante en el libelo introductorio del proceso, así como copia de las escrituras corridas con ellas, y las actas de entrega de los respectivos apartamentos, si las hubiere;

b) *Testimonial:* La recepción de los testimonios de las siguientes personas: Digna Luz Rubiano Soto, Marcela Navas Pinto, Elías Pacheco Pérez, Gonzalo Martínez Ramírez, Luz Stella Bayona, Rafael Augusto Lizcano Blum, Jairo Acevedo Hende, Jorge Enrique Cubillos, Piedad Rincón Stella, Jairo Manosalva Isabella, Henry Gonzalez Romero, Liliana María Amaya de Galeano, Martha Camacho Rogeles, Javier Alfonso Calixto Oviedo y Matilde González de Suárez. Para tal efecto, comisiónase al Juez Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, a quien se librará despacho comisorio con los insertos del caso y copia de la demanda, de su contestación y de esta providencia, con el fin de que, de conformidad con tales piezas procesales, interrogue a los testigos, para lo cual se le concede el término de diez (10) días.

Evacuadas tales probanzas, se proveerá acerca de la posibilidad de realizar la diligencia de inspección judicial con exhibición y prueba pericial, en la forma y para los efectos determinados en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en el recurso extraordinario ante su prosperidad.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

Congruencia

La causal segunda 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- tiene por finalidad característica la de enmendar un defecto formal de construcción en la sentencia definitiva de instancia, defecto que como es bien sabido, consiste en haberse pronunciado con desconocimiento de las reglas de la congruencia, vale decir haciendo de lado el precepto que, cual sucede con el que acaba de citarse, en el ámbito de la jurisdicción civil exige una rigurosa adecuación del contenido decisorio del fallo con el objeto y la causa que, en concreto, identifican la litis para cuya composición ha de operar el proceso al que dicho fallo le pone fin.

Acción Reivindicatoria - Legitimación

Tratándose de esta acción -reivindicatoria-, la legitimación sustancial para obrar por pasiva le compete de ordinario al poseedor actual; y sólo de manera excepcional admite el ordenamiento positivo que pueda dirigirse contra quien, habiendo sido poseedor, dejó de serlo.

Reformatio In Pejus

La *reformatio in pejus* se traduce en una verdadera limitación negativa a los poderes del juez *ad quem* por cuanto le prohíbe modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente, cuando la contraparte no ha interpuesto apelación ni ha adherido a dicho recurso. / Para que se configure dicho defecto y, haya lugar a la infirmación que del mismo adolezca, es indispensable la concurrencia de cuatro presupuestos, a saber:

a) El hecho objetivo del vencimiento parcial de un litigante; b) Que solamente éste apele, puesto que la restricción pierde vigencia cuando la parte contraria formula así mismo el recurso o adhiere al inicialmente interpuesto; c) Que con su decisión, el *ad quem* haya modificado, empeorando la posición procesal concreta que para el apelante creó la resolución en cuestión, y d) Que la enmienda no obedezca a aspectos decisorios estrechamente ligados con la materia que suscita el recurso.

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL / NORMA SUSTANCIAL

El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, es de derecho sustantivo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

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

Referencia: Expediente número 3416.

Se deciden los recursos de casación interpuestos y debidamente sustentados, tanto por el demandante como por uno de los demandados, contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Jesús Arcadio Agudelo contra Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez de Jaller.

I. EL LITIGIO

1. Mediante demanda que por reparto le correspondió al Juzgado 6º Civil del Circuito de la ciudad de Medellín y cuyo texto definitivo es el que, en virtud de reforma y adición, obra a folios 57 a 63 del cuaderno principal, Jesús Arcadio Agudelo Agudelo, mayor de edad y actuando por intermedio de apoderado, entabló demanda contra "...la sociedad conyugal disuelta e ilíquida configurada (sic) por los cónyuges Damiana Alvarez de Jaller y Antonio Jaller Arboleda...", ambos mayores de edad y residentes en Medellín, para que previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía se hagan en sentencia las siguientes declaraciones principales:

Primero. Que los 219 semovientes descritos en la demanda son propiedad del señor Jesús Arcadio Agudelo Agudelo.

Segundo. Que en consecuencia, la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que conformaron Damiana Alvarez de Jaller y Antonio Jaller Arboleda, representada por éstos, sea condenada a restituir los semovientes a su legítimo dueño.

Tercero. Que se condene a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, representada por los cónyuges Jaller Arboleda a indemnizar justamente al demandante por los frutos dejados de percibir y que hubieren ingresado a su patrimonio, indemnización que debe regularse a partir del 16 de agosto de 1985.

Cuarto. Se le imponga a los demandados la obligación de pagar las costas del proceso. Así mismo y con carácter subsidiario, en la demanda se acumuló una pretensión que a la letra expresa: "...Petición subsidiaria. En subsidio de la petición consecuencial, restitución de los semovientes, y en caso de ser imposible su cumplimiento, se condene a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida representada por los cónyuges Damiana

Alvarez de Jaller y Antonio Jaller Arboleda al pago del valor comercial que pudieran tener los semovientes al momento de ejecutoria de la sentencia...".

En breve síntesis, las afirmaciones de hecho en que se apoyan tales pretensiones son las siguientes:

1). En la localidad de Sahagún (Departamento de Córdoba), entre los días 13 y 18 de junio de 1985, se celebró entre el demandante y la demandada Damiana Alvarez de Jaller un contrato de venta cuyo objeto fue un lote de 222 reses que la primera enajenó al segundo por un precio unitario de $32.000 cabeza, es decir por la suma total de $7.104.000 que se cubrió en tres contados mediante la entrega de igual número de cheques girados contra el Banco de Occidente y que se hicieron efectivos en las fechas que el escrito de demanda señala. 2). Los semovientes enajenados eran bienes propios de la demandada y ostentaban la marca del hierro quemador de ella, consistente en la letra A, encerrada en un cuadro. Y al perfeccionarse la venta el comprador, como nuevo dueño, procedió a marcar el ganado con su hierro identificado por una "...jota entrelazada con el número siete" y el día 6 de julio de 1985, firmó con la sociedad Jaller Alvarez & Cía. Ltda. un convenio llamado de "Ganado en Participación", convenio en desarrollo del cual ese lote de reses así adquirido por el actor quedó en las fincas "La Loma" y "Las Mercedes" de propiedad de la mencionada compañía que se comprometió a administrar y cuidar los semovientes. 3). Con ocasión del proceso de separación de bienes ventilado entre los esposos Jaller Alvarez y con fecha 16 de agosto de 1985, actuando en virtud de comisión otorgada por un juzgado de la ciudad de Medellín, el Juzgado Civil del Circuito de Sahagún practicó en aquellos predios una diligencia de embargo y secuestro que incluyó a 219 reses que de acuerdo con las marcas respectivas correspondían al lote de propiedad del demandante Jesús Arcadio Agudelo quien por lo tanto se ha visto privado injustamente de la posesión, ello debido a que de mala fe, pues sabía que se trataba de bienes propios de su cónyuge, el demandado Antonio Jaller Arboleda solicitó la práctica de la medida cautelar en cuestión. 4). En fin, el secuestre designado, dándole cumplimiento a la ley, procedió a vender los 219 semovientes "...en condiciones normales de mercado..." y con el producto adquirió 130, despositando a órdenes del juzgado del conocimiento la suma de $10.743.619.

2. De los dos demandados, únicamente contestó Antonio Jaller Arboleda para negar la mayoría de los hechos invocados en la demanda, afirmar a su vez que las cabezas de ganado cuya propiedad reclama el actor no eran bienes propios de su esposa sino de la sociedad conyugal, señala: que en el proceso de separación de bienes el mismo Jesús Arcadio Agudelo intentó sin éxito recobrar la posesión y, por lo tanto, oponerse a que en sentencia se le reconozca fundamento a las pretensiones deducidas.

3. Planteada la litis dentro de los extremos que se dejan indicados y luego de una prolongada etapa de pruebas, el juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha diecinueve (19) de abril de 1990, declarando que el demandante Jesús Arcadio Agudelo es dueño de los 219 semovientes que fueron materia de secuestro en el proceso de separación de bienes y, en consecuencia, imponiéndoles a los demandados la obligación de restituírselos del modo siguiente:

a) Los 130 semovientes adquiridos por el secuestre, junto con los aumentos producidos, y

b) La cantidad de $10.743.619 "...con su correspondiente devaluación monetaria a partir del 25 de agosto de 1987...", advirtiendo además que de no ser posible la restitución en especie de las cabezas de ganado, se hará por equivalente en dinero al precio vigente en el momento de adquirir firmeza el fallo; por último, condenó a los dos demandados a pagarle al demandante "...los frutos naturales y civiles que hubieran podido producir los 219 semovientes con mediana inteligencia y cuidado conforme lo estatuyen los incisos 1 y 2 del artículo 964 del C. Civil...".

4. Inconforme con la decisión adoptada, el demandado Antonio Jaller Arboleda interpuso el recurso de apelación, recurso resuelto por el Tribunal Superior de Medellín a través de la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 1991 que confirmó la declaración principal del *a quo* acerca de la propiedad de los animales reivindicados, pero revocó los proveimientos restantes para, en su lugar, rechazar las pretensiones restitutorias formuladas también como principales en la demanda, condenar a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida a pagarle al demandante Jesús Arcadio Agudelo "...en forma solidaria aunque divisible entre los cónyuges que la conforman, la cantidad de $19.815.619 que es el importe equivalente al precio de los 219 semovientes de propiedad de aquel, condenar igualmente a la demandada Damiana Alvarez de Jaller a pagarle al mismo demandante el reajuste por depreciación monetaria de esa cantidad -"...andexación..."-causado desde el 9 de marzo de 1989 y los intereses "...corrientes comerciales..." a partir de la ejecutoria de la sentencia, declarar no probadas las excepciones propuestas por el demandado Antonio Jaller Arboleda "...distintas al (sic) no tener que responder por perjuicios..." y, finalmente, imponerle a los demandados la obligación de pagar en un 50% las costas que para la parte demandante significó el trámite de la segunda instancia.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Después del acostumbrado repaso de las incidencias del proceso y de hacer una breve alusión a conceptos teóricos acerca de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, el tribunal emprende el estudio de los motivos que sustentan el recurso de apelación interpuesto por el demandado Antonio Jaller Arboleda, estudio que bien puede dividirse en dos partes, a saber: La primera dedicada al examen pormenorizado de las objeciones que el apelante formula respecto de la relación procesal existente, incluyendo la que a su juicio es una indebida integración del contradictorio por no haberse demandado al auxiliar de la justicia (secuestre) depositario del ganado cuya restitución reclama la parte actora, mientras que la segunda atañe al fondo de la litis.

2. En este orden de ideas y dejando sentado como presupuesto que, a raíz de la reforma introducida al escrito de demanda inicial, en el proceso "...quedó definitivamente vinculada por pasiva como única demandada la sociedad conyugal que se dice disuelta e ilíquida, conformada por los señores Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez de Jaller, pues fue tal la voluntad del actor y así se perfeccionó la relación procesal...", la corporación sentenciadora se ocupa primeramente de señalar que dicha relación se constituyó de modo regular y, por ende, no tiene cabida la decisión inhibitoria que pide el apelante, ello por fuerza de razones de diversa índole que, en síntesis, son las siguientes:

a) La demanda y su reforma, aceptada ésta última mediante providencia que a su debido tiempo alcanzó firmeza, individualizan con la necesaria exactitud las reses cuya propiedad reclama el demandante y son las mismas involucradas en la diligencia de secuestro llevada a cabo el 16 de agosto de 1985, luego por este aspecto no existe el impedimento de fallo de fondo demandado; b) El secuestre, depositario del ganado en litigio y por lo tanto servidor de la posesión ajena, no tiene legitimación sustancial para afrontar la acción reivindicatoria "pues sus funciones son administrativas", lo que descarta la existencia de un pretendido litisconsorcio necesario entre el auxiliar y los cónyuges demandados; c) Finalmente, con el fin de desechar los argumentos expuestos por el apelante acerca de la falta de capacidad para ser parte en la "sociedad conyugal" demandada, sostiene el tribunal que el tema carece de trascendencia porque, cuando se aceptó la modificación de la demanda el 12 de noviembre de 1987, ya se había proferido sentencia de separación de bienes que es "...decisión suficiente para que se hiciera tangible la sociedad conyugal que Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez conformaron al contraer matrimonio...", y además es preciso entender que los demandados son ellos dos como personas naturales integrantes de una sociedad conyugal disuelta e ilíquida desde mayo de 1986, toda vez que "...cuando se demanda una sociedad conyugal -explica la Corporación- hay que entender obviamente que sus integrantes también son demandados. Esto porque el símil de la sociedad conyugal no es con la persona jurídica, llámase sociedad civil o comercial, sino con una universalidad patrimonial a la manera de una comunidad de bienes frente a la cual los integrantes (cónyuges en este caso) no son diferentes de la comunidad...".

3. A continuación pasa la sentencia a ocuparse del mérito de la causa, advirtiendo que "...la pretensión principal..." corresponde a la acción reivindicatoria que tipifica el artículo 946 del Código Civil, y sobre esta premisa aborda el examen de sus elementos estructurales en lo que constituye sin duda la parte medular de la providencia.

Así, fundándose en las declaraciones rendidas por el secuestre Pablo Pérez, por José Jaller Alvarez -hijo de los cónyuges demandados en este proceso- y por Silvio Antonio Villa, así como también en el Acta de la diligencia de secuestro llevada a efecto por el Juzgado de Sahagún el 16 de agosto de 1985, en el documento que da cuenta de las condiciones de un contrato llamado de "Ganado en participación" que celebró el actor con la sociedad Jaller Alvarez y Cía. (folio 21 del cuaderno 1) y en la información de origen bancario visible a folio 3 del mismo cuaderno, concluye el Tribunal que por virtud de estos elementos demostrativos y en atención a que la negociación de ganado no requiere de solemnidades, obra prueba concluyente de la propiedad de las 219 cabezas, derecho del que era titular Jesús Arcadio Agudelo desde julio de 1985 y que deriva de la compra que de esas reses le hizo a la demandada Damiana Alvarez de Jaller quien, con posterioridad -agosto de 1985- y "...desconociendo los efectos de la venta celebrada con el actor, denunció entre otros bienes las reses que ya pertenecían a éste y procuró su secuestro en el proceso de separación de bienes que ella inició contra su cónyuge..." de donde se sigue, expresa la providencia, que "...el título exhibido por el demandante es además anterior a esos actos de posesión ejercidos por la demandada...".

Pero no obstante lo anterior, entiende el juzgador *ad quem* que la acción reivindicatoria entablada no puede alcanzar éxito porque, ateniéndose a la versión suministrada sobre el particular por el secuestre y que otras fuentes de evidencia

existentes en los autos respaldan, los cónyuges demandados no pueden considerarse poseedores "actuales" de las 219 reses; demuestran estos elementos que los semovientes fueron vendidos en el marco de la acción cautelar ejercitada en el proceso de separación de bienes tantas veces mencionado, luego aquella acción de dominio, deducida con base en el artículo 946 del Código Civil, debe ser desestimada en cuanto dicho precepto "...parte del supuesto de que la posesión del demandado sea ACTUAL respecto de los mismos bienes que pretende el actor...", desestimación que obliga a estudiar la "acción subsidiaria" aducida por el demandante y que autoriza el artículo 955 del Código Civil.

4. Puestas en este punto las cosas y después de una rápida alusión al significado de la disposición legal recién citada cuyo texto transcribe, empieza el tribunal por decir que en el caso presente, guardando consonancia con apreciaciones anteriores que al tema conciernen, no es el secuestre quien tiene la condición de poseedor enajenante de bienes ajenos, sino que ella se predica de los dos cónyuges demandados, "...ninguno de los cuales se opuso, al menos con éxito a esos actos de enajenación de las 219 reses secuestradas...", y esto sentado, prosigue el fallo afirmando que en términos de derecho la posición de ésios no es idéntica, toda vez que la demandada Damiana Alvarez de Jaller únicamente, además de restituir el valor recibido por la venta en cuestión, está obligada a indemnizar de todo perjuicio ocasionado al propietario, ello en virtud de que su conducta "...es contraductoria y denota mala fe, porque ella en su carácter de vendedora de esas reses al demandante sabía que podía hacerlo libremente, porque la disolución de la sociedad conyugal ocurrió en el mes de noviembre de 1986, según prueba de oficio, y la negociación suya con el actor data de 1985...".

Encuentra entonces el fallador que debe prosperar "...la acción subsidiaria propuesta por el actor con base en el artículo 955 del Código Civil..." y por eso hay lugar a condenar a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de modo tal que sus integrantes, Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez de Jaller, respondan solidariamente al demandante, según el artículo 25 de la Ley 1ª de 1976, por el total del valor de las reses estimado en $19.815.619. A su vez pesa sobre la cónyuge una obligación resarcitoria adicional puesto que, reitera el tribunal, "...cuando toleró la venta de las reses por parte del secuestre en el proceso de separación de bienes, sabía que disponía de cosa ajena...", resarcimiento que se traduce en el pago de reajuste por la depreciación monetaria de aquella suma desde el momento en que por peritos se produjo su determinación, así como también de intereses comerciales causados a partir de la ejecutoria de la sentencia y liquidados a la tasa corriente.

III. LAS DEMANDAS DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contra el fallo de segundo grado recurrieron en casación el demandante y, por separado, los demandados Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez de Jaller, recurso este último que por falta de sustentación en la forma debida, se declaró desierto en auto de fecha veintisiete (27) de noviembre de 1991. Y a través de las demandas presentadas para fundamentar las dos impugnaciones restantes, se formularon seis cargos en total, cargos respecto de los cuales, según lo autoriza el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil y tomando en cuenta tanto la afinidad de contenido temático que en buena medida dichas censuras ofrecen como el alcance que ellas tienen frente a las resoluciones adoptadas en el fallo impugnado, la Corte reducirá su estudio

a los planteados por la parte actora y a dos de los cuatro propuestos por el demandado, que están llamadas a prosperar.

SECCIÓN PRIMERA

I. DEMANDA DE JESUS ARCADIO AGUDELO

Cargo primero

Invocando la segunda de las causales de casación que enlista el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia un vicio de construcción formal en la sentencia, vicio que se hace consistir en que los numerales segundo y tercero de su parte dispositiva no están en consonancia con los hechos de la demanda. Y para justificar su tesis, luego de hacer algunas transcripciones de los considerandos de la providencia y citar el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dice el recurrente que "...si la prueba de los hechos demostró que los 219 semovientes eran propiedad del demandante; que éstos fueron subrogados realmente (...) por otros 130 semovientes y la suma dineraria de $10.743.619, bienes éstos cuya real existencia (...) fue aceptada por el *ad quem*, no se entiende la razón por la cual el honorable Tribunal no ordenó la restitución de dichos bienes al actor para convertido en cambio en titular de un simple crédito personal quirografario, como lo rezan los numerales 2 y 3 del fallo atacado, con lo cual se causó agravio a los legítimos intereses del demandante, puesto que se le trocaron los bienes o cosas de su propiedad, los cuales buscaba reivindicar mediante el proceso ordinario que nos ocupa y la prueba de los hechos relacionados en el libelo, por un simple crédito personal opuesto a la noción de res sobre la cual se fundamenta toda acción real y su prospecto demandatario, crédito que no tiene eslabón ninguno con la causa *petendi* y cuya efectiva solución es ilusoria en la medida en que los acreedores en el proceso de separación de bienes de los esposos Jaller-Alvarez ya forman legión...".

Se considera

1. Como de modo de suyo categórico da a entenderlo el propio texto de la norma y ello obedece a un criterio constantemente reiterado por la jurisprudencia, la causal segunda 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- tiene por finalidad característica la de enmendar un defecto formal de construcción en la sentencia definitiva de instancia, defecto que como es bien sabido, consiste en haberse pronunciado con desconocimiento de las reglas que bajo el título de "Congruencia" consagra el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, vale decir haciendo de lado el precepto que, cual sucede con el que acaba de citarse, en el ámbito de la jurisdicción civil exige una rigurosa adecuación del contenido decisorio del fallo con el objeto y la causa que, en concreto, identifican la litis para cuya composición ha de operar el proceso al que dicho fallo le pone fin. En otras palabras que por cierto son de la Corte "...las sentencias civiles han de pronunciarse respetando siempre los confines que el asunto controvertido

representa para el legítimo ejercicio de la potestad institucional de la que los jueces están investidos, imperativo cuya cabal observancia presupone el que se profiera fallo en relación con todas las acciones y excepciones que de acuerdo con la ley deba entenderse que se hicieron valer en el juicio y no sean incompatibles con las aceptadas, pero solamente en relación con esas acciones o excepciones y no con otras distintas; si el tribunal deja de fallar alguna de aquellas acciones o excepciones, habrá proferido entonces una sentencia defectuosa en la forma -incongruente- por falta de decisión completa respecto del pleito sometido a su conocimiento, mientras que si decide sobre una de estas acciones o excepciones extrañas, dando cosas diferentes a las pedidas o transformando sin razón el problema litigioso planteado, dictará también una sentencia defectuosa en la forma y por ende viciada de inconsonancia, pero no por omisión sino por exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional..." (Casación Civil de 20 de mayo de 1993, sin publicar), de donde se sigue que si en verdad, al proferir su resolución, el juzgador "...altera la pretensión del demandante, ora sea modificando el objeto de ésta o ya cambiando su causa o razón, y como consecuencia reconoce en el fallo un derecho diferente del pedido, o concede lo suplicado pero por hechos distintos a los alegados, su sentencia resultará incongruente por decidir extra petita, *y por lo mismo, lesiva del interés de los litigantes..."* (G. J. Tomo CXLVI, pág. 131), *agravio para cuya reparación como atrás se dejó advertido, tiene cabida el recurso de casación por intermedio de una causal que en tanto investida por la ley de individualidad propia, "...ha de interpretarse en forma tal que no traspase su específica finalidad ni altere su naturaleza. Sólo lo que está dentro del concepto puramente formal de desarmonía, entre lo demandado y lo fallado, es lo que puede estructurarla y, consiguientemente, como en forma constante lo ha expresado la Corte, esta causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juez como motivos determinantes de su fallo..."* (G. J. Tomos LXXVIII, pág. 882, XCII, pág. 965 y CXLII, pág. 196).

2. En el anterior orden de ideas y como bien lo hace ver el escrito y réplica obrante a folios 17 a 28 de este cuaderno, basta un somero repaso de los autos, en particular de la demanda reformada (fls. 57 a 63 del cuaderno principal) para concluir que este primer cargo es por completo ineficaz, pues lo decidido por el Tribunal Superior de Medellín, al desestimar la acción reivindicatoria incoada en concepto de "principal" y, en su defecto, acoger la que de manera subsidiaria se introdujo en el mismo libelo con apoyo en el artículo 955 del Código Civil y para el evento de "...ser imposible la restitución de los semovientes...", lejos de mostrar disonancia alguna que pueda denunciarse con éxito por el sendero de la causal segunda, pone de manifiesto una perfecta armonía que, por lo tanto, deja sin piso ninguno la acusación, todavía con mayores veras cuando salta a la vista que el propósito que a esta última le infunde sentido, es el de provocar una calificación de la legalidad de los fundamentos aducidos en la providencia impugnada para cumplir y en consecuencia hacer actuar en el caso específico, el imperativo jurídico contenido en el artículo 955 del Código Civil, lo que es materia exclusiva, se repite, del primero de los motivos de casación que engloba las diversas modalidades de infracción trascendente a normas de derecho sustancial.

No prospera, pues, este primer cargo.

Cargo segundo

Se acusa la sentencia de violar directamente, por yerro de hermenéutica, el artículo 955 del Código Civil, advirtiendo el casacionista que no discute la apreciación de los hechos que, con apoyo en las pruebas allegadas, hizo el Tribunal de Medellín en su sentencia.

Así, a vuelta de citar algunos pasajes de dicha providencia, resume la tesis en los siguientes términos: "...Entonces, si la acción prevista por el artículo 955 es de naturaleza real, y si, para el caso, los 219 semovientes iniciales fueron subrogados realmente por otros 130 semovientes y la suma dineraria de $10.743.718 (...) bienes recibidos a cambio de la enajenación de los primeros, no se entiende por qué el tribunal al aplicar el artículo 4955, le dio un alcance que no se acomoda a su naturaleza, suplantando la devolución de los bienes propiedad del demandante, convertidos en otros distintos por virtud de la ficción (subrogación real) a que se ha hecho referencia, por una declaración de condena a su favor de un simple crédito personal quirografario a cargo de la sociedad conyugal disuelta...", concluyendo líneas adelante que, el juicio jurisdiccional en cuestión, se aparta de la clara inteligencia gramatical que al artículo 955 del Código Civil es forzoso darle, ello por cuanto ignora el sentido natural y obvio que tiene la palabra "restituir" y en los numerales 2 y 3 de la parte resolutiva "...no hace cosa distinta a estatuir un orden de reembolso o abono, es decir un simple crédito personal, aplicando para el presente caso una analogía impertinente de las normas legales que, v. gr., regulan las prestaciones mutuas entre las partes de un contrato aniquilado (...) pero que repugnan con la naturaleza de las acciones reales y el derecho de persecución que las mismas conllevan...".

1. La acción de dominio que el artículo 946 del Código Civil denomina reivindicatoria es la in rem actio *por antonomasia y, como se sabe, en términos generales suele decirse de ella que es la que pueden ejercitar los propietarios que han perdido el contacto con cosas señaladas, concretas y determinadas que les pertenecen "...los dueños sin posesión...", contra el poseedor "...sin propiedad"* (G.J. Tomo LI, pág. 174) *o por mejor decirlo, contra el poseedor que frente a aquellos no le es dado aducir título ninguno que justifique su pretensión de conservar esa posesión. En otras palabras, tratándose de esta acción la legitimación sustancial para obrar por pasiva le compete de ordinario al poseedor actual según lo señala con toda claridad el artículo 952 del Código Civil, y sólo de manera excepcional admite el ordenamiento positivo que pueda dirigirse contra quien habiendo sido poseedor, dejó de serlo, evento para cuya regulación los artículos 955 y 957 de la misma codificación, entendiendo que sin desnaturalizarse la acción reivindicatoria en circunstancias especiales puede transformarse aquel objeto de rescate posesorio que le es característico en un derecho personal o de crédito en favor del propietario a la obtención de prestaciones pecuniarias restitutorias e indemnizatorias, consagran un conjunto de reglas que uno de los primeros y más autorizados comentaristas que tuvo el Código Civil de Chile, refiriéndose a los artículos 898 y 900 de este estatuto, explicaba en términos que, justamente por ser esclarecedores acerca del fundamento conceptual que estos preceptos tienen, conviene rememorarlos ahora: "...Esta acción -la reivindicatoria- no sólo se da contra el actual poseedor de la cosa, sino también contra el que ha dejado de poseerla, siempre que por haberla enajenado se haga imposible*

o difícil la persecución de ella. Si el poseedor que enajena la cosa y hace por ello imposible o difícil su recobro, es de buena fe, debe restituir al reivindicador el precio que por ella recibió, y si es de mala fe, debe responder de todo perjuicio que a éste irrogue por tal causa. Si Julio, v. gr., posee de buena fe, creyéndola suya, una cosa perteneciente a Alberto, y la enajena por la mitad de su valor a un desconocido cuyo paradero se ignora, Julio está solamente obligado a restituir a Alberto la mitad de ese valor, precio de aquella venta. Mas si Julio, mero arrendatario de la cosa, la enajena por la mitad de su valor y a sabiendas que no le pertenece, es responsable del íntegro valor de la cosa y de todo otro perjuicio que sobrevenga al reivindicador por esta causa...", agregando líneas adelante y después de invocar la opinión de Pothier, que en esta segunda hipótesis "...esto es cuando el poseedor es de mala fe, no hay razón para limitar su responsabilidad al solo caso de venta. De cualquier modo en que él haya dejado de poseer y aun cuando fuese posible reivindicar la cosa del poseedor actual, le afectan las obligaciones y responsabilidades de los poseedores de mala fe, principio que el Derecho Romano consagraba así: Qui dolo desiderit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est...*(Jacinto Chacón. Exposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno. Tomo II, Título 12).*

2. En este orden de ideas y atendiendo al tenor literal del artículo 955 del Código Civil, resulta fuera de toda duda razonable la inteligencia que a este precepto corresponde darle y que coincide por cierto con la expuesta en este caso por el juzgador de instancia, en orden a definir el alcance que en abstracto tiene la acción que, acumulada por el actor, en el escrito de demanda reformado para el evento de hacerse imposible la restitución de los semovientes, acogió la sentencia materia de impugnación.

En efecto y como lo tiene señalado la doctrina jurisprudencial de vieja data, esa disposición es categórica en otorgarle al dueño de una cosa que ha sido enajenada por otro, dos acciones que son subsidiarias de la reivindicatoria propiamente dicha, cuando el ejercicio de esta última, en la que constituye su configuración corriente, se ha hecho imposible o sencillamente se ha dificultado por causa de tal enajenación, creándose así una especie de "...acción reivindicatoria figurada..." (G. J. Tomo CXXXIX, pág. 160) en la cual, dirigida como va contra aquella persona que dejó de poseer la cosa, cambia por fuerza su objeto pues ya no se persigue la cosa misma sino la restitución del precio recibido por dicha persona o, según sea el caso, el resarcimiento de todo perjuicio. La mutación se hace posible entonces en gracia de una ficción impuesta por la ley y desde este punto de vista existe por lo tanto plena identidad entre las dos acciones mencionadas, pero es así mismo evidente que lo propio no puede afirmarse del tipo de prestaciones pecuniarias sustitutivas que a través de ellas puede reclamar el "reivindicante", habida cuenta que la razón de ser de ambas, su fundamento en el ámbito de las fuentes de las obligaciones, y en consecuencia, el régimen sustantivo que les es aplicable, no son en verdad equiparables, ello en virtud de que, como lo ha indicado la Corte, una es la acción restitutoria del precio de la enajenación "...que procede contra el enajenante de la cosa con independencia de la buena o mala fe con que haya procedido..." y otra "...la acción indemnizatoria de todos los perjuicios irrogados al propietario con la maliciosa distracción de su cosa..."; aquella, "...no constituye aplicación de la responsabilidad por el hecho

ilícito, la cual supone conforme a los artículos 2341 del Código Civil y 34 de la Ley 153 de 1887, el dolo o la culpa del agente o agentes, sino que encuentra su ubicación y fundamento en otra fuente de las obligaciones, también reconocida por la ley: el enriquecimiento injusto. Como éste se produciría si el enajenante de lo ajeno pudiera retener el precio recibido, aun de buena fe, con el otorgamiento de la acción de restitutio in integrum *de dicho precio y nada más se restablece el equilibrio roto entre los patrimonios del dueño de la cosa y de quien la ha enajenado como si fuera propia...", mientras que en tratándose de la segunda de tales acciones subsidiarias, "...sí es determinante el principio de la responsabilidad extracontractual. Quien enajena una cosa a sabiendas de que es ajena, ya no sólo obtiene un enriquecimiento subsanable con la acción de restitución del precio, sino que realiza un típico acto ilícito que le impone la obligación de indemnizar la totalidad de los perjuicios irrogados al propietario..."* (G. J. Tomo CXXIV, pág. 49).

3. Así, pues, la primera conclusión que se desprende de cuanto se deja explicado en el párrafo precedente es que el sentenciador *ad quem*, lejos de hacer uso "...impertinente..." de un supuesto recurso a la aplicación analógica de disposiciones que al decir del actor recurrente en casación "...regulan las prestaciones mutuas entre las partes de un contrato aniquilado..." y caer por ende en equivocada interpretación del artículo 955 del Código Civil, se atuvo a la letra de este último, sin desviaciones ni errores, en cuanto entendió que, frente a situaciones de hecho con las características que muestra la que aquí es materia de la litis, la mala fe del poseedor demandado o la circunstancia de la transferencia de las cosas a otra persona en cuyas manos se dificulta su reivindicación, determinan al legislador a hacer extensiva la "acción de dominio" contra quienes han dejado de ser poseedores actuales, pero cambiándole a dicho instrumento su objeto que consistirá entonces en la restitución del precio que ellos recibieron por la venta y si ésta fue fruto de la mala fe, en la reparación de los daños causados al propietario, luego si a juicio del tribunal y que el casacionista comparte, se verificó aquél presupuesto de hecho del que depende el cumplimiento del imperativo jurídico contenido en el artículo 955 tantas veces citado, pierde toda consistencia la acusación que se le hace al fallo atribuyéndole una incorrecta inteligencia de esta norma porque, haciendo actuar la referida modificación con la entidad cualitativa que la ley señala, y no con la que el censor sugiere, se limitó a condenar a los demandados, no a la restitución de las 130 especies bovinas que el secuestre adquirió con el producto de la venta de los primeros 219 semovientes y la suma sobrante de $10.743.718, sino a la restitución del precio total recibido a raíz de dicha enajenación, unido a los perjuicios que la conducta maliciosa observada por la demandada Damiana Alvarez de Jaller le ocasionó al demandante.

Por eso es que tampoco prospera el segundo de los cargos formulados en la demanda de casación a nombre de este último interpuesta.

2. DEMANDA DE ANTONIO JALLER ARBOLEDA

Cargo Tercero

En una primera fase de la censura y señalándose de modo expreso que se trata de una impugnación parcial, dado que se persigue su infirmación "...sólo en cuanto impuso condenas de las que tiene que responder (...) Antonio Jaller Arboleda pues el

recurso de casación interpuesto por la codemandada Damiana Alvarez de Jaller fue declarado desierto...", tomando pie en el numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se afirma que dicha providencia quebranta, por aplicación indebida y como consecuencia de errores de hecho evidentes, los artículos 955 del Código Civil, 1ª de la Ley 28 de 1932 y 25 de la Ley 1ª de 1976, ello debido a que el tribunal pasó por alto que "...ni en los hechos de la demanda ni en el *petitum* se especifica si los semovientes eran hembras o machos...", omisión que a juicio del recurrente equivale a haber cometido ostensible yerro fáctico pues dio por acreditado, sin estarlo, "...el requisito de demanda en forma que exige identificar el sexo cuando el libelo versa sobre ganados (artículo 76 del Código de Procedimiento Civil), error que llevó al tribunal a dictar sentencia de mérito, cuando lo que procedía era fallo inhibitorio por falta del mencionado presupuesto procesal..."

Y en la que se presenta como su segunda parte, también bajo la misma advertencia al parecer destinada a definir los alcances de la acusación, la tesis planteada es que en la decisión de mérito proferida no obstante el impedimento existente, el juzgador de segunda instancia además infringió por aplicación indebida los artículos 955 del Código Civil y 25 de la Ley 1ª de 1976, ello por efecto de errores evidentes cometidos en la apreciación de las declaraciones rendidas por los testigos Pablo Rafael Pérez Díaz y Jacob José Elías Náder, así como también del dictamen pericial que obra a folios 69 a 72 del cuaderno 2 del informativo, elementos éstos de suyo concluyentes en poner de manifiesto que, en contra de la afirmación fáctica que en este punto específico sustenta la sentencia, el precio en la negociación realizada por el secuestre al vender las 219 cabezas de ganado, no fue de $19.815.619 sino de $15.768.000.

Lo cierto es, dice el casacionista en procura de fundamentar su punto de vista, que por efecto de haber pasado por alto los referidos testimonios "...al menos en el punto relativo al precio en que el secuestre vendió los 219 semovientes..." y darle a sí mismo una equivocada inteligencia al avalúo pericial, el sentenciador concluyó sin razón ninguna que ese valor total de la negociación llevada a cabo por el secuestre, es igual al valor comercial de los animales al día en que se practicó la estimación por peritos citada, es decir, a diez (10) de marzo de 1989, conclusión que resulta inexacta si se tiene en cuenta que esas pruebas lo que demuestran es que si el auxiliar tantas veces mentado vendió a 572.000 cada una de las 219 cabezas de ganado objeto de secuestro, el precio relevante es de $15.768.000, luego al imponerse a los cónyuges demandados una condena que excede en más de cuatro millones esa cifra, vinieron a ser aplicadas de modo indebido las normas de derecho sustancial antes citadas; el artículo 955 del Código Civil en tanto faculta a demandar la restitución de lo que se haya recibido por la cosa reivindicada cuando el poseedor la ha enajenado, es decir el precio, y el artículo 25 de la Ley 1ª de 1976 "...al obligar a los cónyuges Jaller Alvarez a pagar aquella suma en forma solidaria, desde luego que tal disposición impone a los consortes responder solidariamente ante los acreedores cuando la sociedad conyugal ha sido disuelta por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, y aún cuando de ese modo se practica la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados, pero nunca cuando esa liquidación se practica judicialmente y por haberse disuelto la sociedad conyugal por decreto de separación de bienes, como ocurrió a los Jaller-Alvarez...", por lo que termina la censura pidiendo que, después de infirmarse el fallo atacado, la Corte en sede de

instancia "...reproduzca las resoluciones no combatidas y en el punto tercero de la parte resolutiva, rebajó a $15.768.000 la condena y suprima la solidaridad entre los cónyuges...".

Se considera

1. Tomando como punto de obligada referencia el recto entendimiento que al artículo 955 del Código Civil ha de atribuírsele, explicado por cierto a espacio, a propósito de despachar el segundo de los cargos planteados para sustentar el recurso interpuesto por la parte actora en el proceso de origen, procede ahora definir si frente a la acusación cuyos alcances acaban de dejarse compendiados, en la tarea de hacer actuar dicho precepto en la situación fáctica *sub lite* y como consecuencia de los errores de hecho denunciados por el demandado Antonio Jaller Arboleda, también recurrente en casación, el tribunal de instancia lo quebrantó por indebida aplicación, es decir, por aplicarlo en función decisoria a una controversia que no le concierne o hacerlo de manera de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a la voluntad legislativa allí expresada.

a) El primero de los mencionados errores se hace consistir en que la corporación sentenciadora, por falta de observación cuidadosa del acto de postulación correspondiente, estimó sin razón que se encontraba presente el presupuesto procesal de "demanda en forma" y en consecuencia profirió decisión de mérito, no así la de carácter inhibitorio que en opinión del censor y con efectos restringidos tan sólo a las pretensiones deducidas por el actor contra su poderdante, era forzosa pues, aquel escrito, al describir el objeto de la acción reivindicatoria incoada, no indicó el sexo de los semovientes, requisito que según el recurso es indispensable por mandato del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil. Basta sin embargo un rápido repaso de la actuación surtida para comprender que la tesis carece por completo de fundamento, toda vez que, haciendo de lado el hecho de que esa disposición procedimental no contiene en su texto semejante exigencia, la escueta verdad es que la ausencia de ese dato no tuvo nunca en las distintas etapas del proceso el curioso significado que ahora se desea asignarle y, menos aún, puede ella llegar hasta representar un impedimento para el fallo de fondo impugnado que, valga repetirlo una vez más, acoge una pretensión subsidiaria caracterizada por guardar equivalencia pero no completa identidad con la acción reivindicatoria, ello en la medida que, a diferencia de lo que siempre ocurre con esta última, no versa sobre un *idem* debidamente singularizado para cuya recuperación en manos del poseedor actual se haga uso de la facultad de persecución inmanente a las acciones de naturaleza real, sino que su objeto es un *tantudem* que para su reconocimiento en sentencia no requiere de afirmación especial seguida de prueba acabada en relación con la identidad sexual de cada una de las cabezas de ganado cuando, como en la especie en estudio acontece, los litigantes convienen en aceptar que el lote de 219 semovientes, individualizado desde un principio mediante referencia a las respectivas marcas y a la edad de los animales, lo comprende el título hecho valer por el demandante y dicho lote es por lo demás el mismo que el secuestre, obrando en concepto de servidor de la posesión conjunta de los cónyuges demandados, le vendió a un tercero;

b) Por el contrario, el segundo de los yerros denunciados a través del tercero de los cargos que dirige el demandado Antonio Jaller Arboleda contra la sentencia de segunda

instancia, se hace visible en forma si se quiere intuitiva, sin que sean necesarios mayores esfuerzos argumentativos, y cuenta así mismo con la relevancia indispensable para provocar la infirmación de dicha providencia en el capítulo dispositivo que, fijándola en cantidad numérica, señala en la cifra de $19.815.619 el alcance de la prestación restitutoria a cargo del recurrente y de su esposa. En efecto, en abierta e irreconciliable oposición con la información que sobre el particular suministran, tanto el secuestre Pablo Rafael Pérez Díaz (folio 37 del cuaderno 2) como el comprador Jacob José Elías Náder (folio 38 del mismo cuaderno), y tergiversando de paso el avalúo pericial practicado en el curso del proceso (folios 57 a 60 del cuaderno 2), el tribunal cayó en error evidente de hecho al suponer que el precio recibido por la enajenación de las reses es el valor que aparece registrado en el dictamen pericial aludido, cuando la realidad fáctica que sobre el punto se hace patente con solo leer el experticio y las actas donde constan aquellas declaraciones, es que ese valor expresado en la suma de $19.815.619 es el que a juicio de los peritos y para el día diez (10) de marzo de 1989 podrían tener los 219 semovientes vendidos, mas no el precio efectivamente percibido a raíz de esta negociación, precio acordado a razón de $72.000 por cabeza de ganado y que por lo tanto ascendió a $15.768.000.

En síntesis, este cargo en la que constituye su segunda fase está llamado a prosperar, puesto que al incurrir en la confusión señalada y por efecto de ello imponerle a los demandados una obligación restitutoria con alcance distinto al previsto con tal fin por el artículo 955 del Código Civil, el Tribunal lo quebrantó de modo indirecto y, por ende, hay lugar a la infirmación de la sentencia impugnada en orden a, en lo que toca con el tema litigioso específico en cuestión, hacer prevalecer el imperio de la ley llamada a gobernarlo, siendo de advertir que de conformidad con el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil y por cuanto la censura exitosa no cubre la totalidad de las resoluciones contenidas en la amerituda providencia, no queda la Corte relevada de proseguir con el estudio de otras pretensiones impugnativas planteadas por otras vías y con objeto diferente por el mismo demandado Antonio Jaller Arboleda, cometido al que se dedica la siguiente sección.

Sección Segunda

DEMANDA DE ANTONIO JALLER ARBOLEDA

Cargo segundo

Aludiendo a la solidaridad que la sentencia impugnada impuso entre los demandados respecto de la obligación consistente en restituirle al actor el valor de los semovientes enajenados, solidaridad que no había reconocido el *a quo* y tampoco se solicitó en la demanda, con fundamento en la causal de casación consagrada por el numeral 4 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se acusa dicha sentencia "...por haber violado el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, con lo cual hizo más gravosa la situación jurídica del señor Antonio Jaller Arboleda que fue el único litigante que apeló de la sentencia condenatoria del juez *a quo*...".

Y en orden a puntualizar el defecto denunciado, después de señalar que mediante ésta última providencia los demandados habían sido condenados "...conjuntamente" a

restituir las cabezas de ganado reivindicadas y en subsidio su equivalente en dinero, sostiene el casacionista que no obstante ser su representado el único apelante, toda vez que ni el demandante ni la codemandada expresaron en su momento inconformidad con la decisión, el Tribunal de Medellín condenó a Antonio Jaller Arboleda a pagar ". .solidariamente .." con su esposa la cantidad de $19.815.619, con lo que se hizo más gravosa entonces "...la causa del único apelante" por razones que la censura explica en los siguientes términos: "...aunque es cierto que el tribunal expresamente decidió que esa obligación es divisible entre los cónyuges, la solidaridad impuesta por el fallador de segundo grado, de conformidad con los artículos 1568 y 1571 del Código Civil faculta al demandante para cobrar el total de la obligación al demandado en cuestión, siendo que de conformidad con el fallo de primer grado solamente podía cobrársele la mitad (artículos 1568, inciso 1 y 1583 del Código Civil)...", agregando a continuación que por lo demás, al imponer esa solidaridad en la condena, el tribunal se equivocó pues como brota del numeral 5 del artículo 25 de la Ley 1ª de 1976 "...la responsabilidad solidaria de los cónyuges sólo tiene lugar cuando la sociedad conyugal se ha disuelto por mutuo acuerdo elevado a escritura pública o por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretado, y es bien claro que la sociedad conyugal Jaller-Alvarez se disolvió por sentencia de separación de bienes...". En síntesis, en la resolución concreta objeto de ataque, el juzgador de segunda instancia "...de deudor conjunto tornó a don Antonio Jaller en deudor solidario contra quien, y por virtud de la solidaridad impuesta, podrá el demandante dirigir su demanda por el total de la obligación y no solamente por su cuota de mitad como lo había sentenciado el juzgado de primer grado...", por lo que se solicita la casación de la sentencia impugnada para que se corrija el yerro *in procedendo* señalado.

Se considera

1. *Bien sabido es que del principio general de acuerdo con el cual en la segunda instancia, abierta con motivo de un recurso de apelación, es obligatorio de ordinario respetar la situación concreta en que los litigantes se colocaron a raíz de haber concluido la primera y ha de actuarse por lo tanto sin variar tal estado de cosas para revisar el proceder del juez* a quo, *se desprenden importantes consecuencias, una de ellas expresada en la regla que prohíbe reformar empeorando* reformatio in pejus *que, como lo ha indicado la doctrina jurisprudencial, se traduce en una verdadera limitación negativa a los poderes del juez* ad quem *"...por cuanto le prohíbe modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente, cuando la contraparte no ha interpuesto apelación ni ha adherido a dicho recurso..."* (G. J. Tomo CLXVI, pág. 412). *Dicho en otras palabras, si una de las partes impugna en alzada una resolución determinada y la otra, conformándose, se aquieta ante ella, la providencia que decida el recurso no puede por norma modificar aquella resolución dañando al recurrente, de donde se sigue que la actividad jurisdiccional en sede de apelación, si bien puede ejercitarse sobre la totalidad de la litis en punto a fiscalizar lo actuado por el* a quo *en aquellas cuestiones específicas que plantea la impugnación, no es admisible que se exprese en proveídos que de cualquier modo impliquen menoscabo para la posición del apelante pues no lo permite el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, disposición ésta que, también por sabido se tiene, es de derecho sustantivo (G. J. Tomos CXLVIII, pág. 110, y CXLII, pág. 195, reiteradas en Casación Civil de 6 de noviembre*

de 1990, sin publicar) y en ella se funda directamente el derecho adquirido que tienen los litigantes a que no se modifiquen las situaciones jurídicas favorables para ellos creadas por las providencias judiciales, es decir que no se cambien "...en perjuicio de quien apeló de ellas para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercitado el derecho de impugnación..."; si así no ocurre y por consiguiente se desborda el campo demarcado por la ley a la competencia del juez en este ámbito, "...se lesiona el interés jurídico del impugnante quien, por tanto puede acusar la resolución mediante el recurso de casación invocando hoy este específico motivo, ya que el legislador de 1970 le atribuyó a la reformatio in pejus *autonomía como causal de casación, le dio individualidad propio..."* (G. J. Tomo CLXVI, pág. 219).

En este orden de ideas, para que se configure el defecto en estudio y, por lo tanto, haya lugar a la infirmación que del mismo adolezca, es indispensable la concurrencia de cuatro presupuestos, a saber:

a) El hecho objetivo del vencimiento parcial de un litigante;

b) Que solamente éste apele, puesto que según se dejó señalado líneas atrás, la restricción pierde vigencia cuando la parte contraria formula a sí mismo el recurso o adhiere al inicialmente interpuesto;

c) Que con su decisión, el ad quem *haya modificado, empeorándola, la posición procesal concreta que para el apelante creó la resolución en cuestión y por último;*

d) Que la enmienda no obedezca a aspectos decisorios estrechamente ligados con la materia que suscita el recurso.

A continuación se verá que, por concurrir estas condiciones del modo en que con acierto hace ver la censura, en la especie que ocupa la atención de la Corte se produjo una reformatio in pejus *no permitida por la ley y por eso es fundado el cargo que de aquélla da cuenta.*

2. En efecto y como se denotó al efectuar el recuento de los antecedentes del proceso, la sentencia del Juzgado 6° Civil del Circuito de Medellín (folios 131 a 141 vto. del cuaderno 1), sin indicar nada que haga suponer su intención de aplicar reglas distintas a la que consagran en sus primeros incisos los artículos 1568 y 1583 del Código Civil para las obligaciones simplemente conjuntas o "disyuntivas", le impuso a los demandados prestaciones restitutorias en favor del demandante, condenándolos a ambos a entregarle a éste último los 130 novillos comprados por el secuestre, o su equivalente en dinero "...a precio actual...", junto con la cantidad de $10.743.619 "con su correspondiente devaluación monetaria (sic) a partir del 25 de agosto de 1987..."; y de otro lado el tribunal, pasando por alto que el fallo no había sido impugnado por la parte actora, modificó no solamente el objeto de dicha obligación restitutoria con el fin de atemperarlo a la letra del artículo 955 del Código Civil, sino que además determinó para cumplirla el régimen de la solidaridad pasiva con todas las consecuencias que ello trae, en particular la que contemplan los artículos 1568, inciso 2, y 1571 del Código Civil, dado que con arreglo a estos preceptos cada uno de los varios deudores obligados responde ante el acreedor por el pago total. Basta, entonces, confrontar estas dos resoluciones para concluir que, realmente, en cuanto al *ad quem* sometió al demandado, único apelante, a una responsabilidad de mucho mayor consistencia

jurídica que aquella que por igual concepto le había sido impuesta en la primera instancia, le asiste razón al recurrente y por tal motivo -que por cierto de muchos años atrás la jurisprudencia lo tiene identificado como uno de los casos característicos en que debe tener cabida la causal cuarta de casación (G. J. Tomo CXLII, pág. 145, reiterada en Casación Civil de 16 de julio de 1990, sin publicar)- la acusación se abre paso, quedando por añadidura relevada la Corte de estudiar los cargos restantes de esta misma demanda, ello por cuanto, a través de los argumentos impugnativos que los sustenta, pretendía el recurrente combatir la solidaridad impuesta en el fallo a los demandados, por extralimitar los límites de la controversia -cargo primero- y por quebrantar además, en la modalidad de indebida aplicación, normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 955 del Código Civil y 25 de la Ley 1ª de 1976.

IV. LA SENTENCIA SUSTITUTIVA

Resulta de todo lo expuesto que en virtud del éxito logrado por los cargos segundo y tercero que formuló el demandado Antonio Jaller Arboleda, la sentencia de segunda instancia tiene que ser infirmada. Pero como la quiebra de este pronunciamiento judicial se da tan sólo por fuerza del eficaz ataque que a través de aquellos cargos se le hicieron, en la medida en que -empeorándole su posición no obstante ser único apelante- condenó a dicho recurrente a responder solidariamente con su esposa por un valor superior al que se probó en los autos fue el precio que recibieron por la enajenación de los 219 semovientes de propiedad del actor, la providencia que ahora le corresponde proferir a la Corte, en sede de instancia, ha de limitarse a enmendar los yerros constatados, consultando naturalmente los mismos motivos que se tuvieron en cuenta para estimar las referidas censuras.

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, *casa* la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 1991, proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando en sede de apelación,

RESUELVE:

Primero. *Confirmar* los numerales primero y cuarto en que se dividió la parte dispositiva de la sentencia materia de apelación, proferida en este proceso, con fecha diecinueve (19) de abril de 1990, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín.

Segundo. *Revocar* los numerales segundo, en todos los literales que lo componen, y

Tercero. De la misma providencia para en su lugar disponer:

a) *Desestimar* las pretensiones segunda, tercera y cuarta, formuladas como principales en la demanda cuyo texto reformado obra a folios 57 a 63 del cuaderno principal del expediente;

b) *Condenar* a los demandados Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez de Jaller a pagarle al demandante Jesús Arcadio Agudelo la cantidad de quince millones setecientos sesenta y ocho mil pesos ($15.768.000) moneda corriente que representa el precio de venta de los 219 semovientes de propiedad del actor.

Además la demandada Damiana Alvarez de Jaller le pagará al demandante Jesús Arcadio Agudelo:

a) El valor del reajuste por depreciación monetaria de la suma antes indicada y causada desde el día nueve (9) de marzo de 1989 hasta que el pago total de la obligación se verifique, reajuste que se acreditará mediante certificación que para el efecto expida el Banco de la República, y

b) Los intereses corrientes comerciales que sobre la misma suma se causen y liquiden a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Tercero. *Declarar* no probadas las excepciones alegadas por el demandado Antonio Jaller Arboleda, distintas a la consistente en no tener que "... responder por por vicios..." que prospera.

Cuarto. Las costas en apelación son en un cincuenta por ciento (50%) a cargo de los demandados. Tásense en su oportunidad.

En casación y tratándose como se trata de dos recursos autónomos, uno de los cuales es resuelto desfavorablemente, hay lugar a condenar al demandante Jesús Arcadio Agudelo a pagarle al demandado opositor Antonio Jaller Arboleda las costas causadas en favor de este último por razón del mencionado recurso.

Practíquese por Secretaría la liquidación respectiva.

Por el contrario y en la medida en que recibió despacho favorable, en lo atinente al recurso de casación a su vez, tramitado por iniciativa del demandado Antonio Jaller Arboleda, no es del caso imponer condena por costas.

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

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

Derecho Sucesoral / Sociedad Conyugal / Jurisdicción de Familia

El presente debate, encarna derechos sucesorales y de sociedad conyugal, pues a la postre se persigue tutelar dichas calidades, con el ingreso de los bienes a la masa partible en la sucesión. Así que se trata de una materia cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

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

Decídese el conflicto de jurisdicción que enfrenta a los Juzgados Veintisiete Civil del Circuito y Octavo de Familia, ambos de Santafé de Bogotá, suscitado dentro del proceso ordinario promovido por Janeth Stella Serrato de Ortega contra Fredy William Sánchez Mayork y Martha Lucía Gómez Sanjuán.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda que originó el proceso fue formulada por Janeth Stella Serrato de Ortega, en su propio nombre y en el de su hijo Eduardo Ortega Serrato, con el fin de que se declare que son absolutamente nulos los contratos de compra-venta recogidos en las escrituras públicas números 8389 de 9 de noviembre de 1988 y 8415 de 10 de noviembre de 1988, ambas corridas en la Notaría Novena de Bogotá, conforme a las cuales el codemandado Sánchez Mayork, actuando como apoderado de Eduardo Ortega Pinilla, vendió en su orden, a Janeth Stella Serrato de Ortega y Martha Lucía Gómez de Sanjuán los inmuebles especificados en dicho libelo introductorio. Pidióse, además que se restablezcan las cosas al estado anterior y que, por consiguiente, los predios "vuelvan al patrimonio del causante sr. Eduardo Ortega Pinilla", ordenándose las cancelaciones del caso; se suplicó que la demandada Martha Lucía sea condenada a restituir el inmueble correspondiente "en favor de la sucesión y sociedad conyugal del causante Eduardo Ortega Pinilla, representadas, la primera por el heredero Eduardo Ortega Serrato, y la segunda por la cónyuge Yaneth Stella Serrato de Ortega",

juntamente con los frutos debidos a partir del 10 de noviembre de 1988 hasta la restitución efectiva del mismo.

2. Como causa *petendi* se narró que Eduardo Ortega Pinilla y Yaneth Stella Serrato celebraron matrimonio el 12 de mayo de 1979, del cual nació Eduardo Ortega Serrato -menor impúber-, habiéndose disuelto la sociedad conyugal en el año de 1988 mediante escritura pública, pero en la realidad se omitió la liquidación de la sociedad conyugal.

Posteriormente, el cónyuge Eduardo Ortega, por escrito privado del 5 de octubre de 1988 otorgó poder especial a Fredy William Sánchez para que firmara escrituras públicas de venta respecto de los bienes que menciona el hecho 6º de la demanda. Y sin embargo de que el poderdante falleció el 26 de octubre de 1988 y, por tanto, "terminado el mandato (...), hecho del cual fue sabedor el mandatario", vendió uno de tales bienes a Martha Lucía Gómez Sanjuán. De manera que la actuación del apoderado fue abusiva e ilegal, como lo fue también cuando procedió a vender a la demandante otro inmueble.

Tal proceder va "en evidente perjuicio del menor Eduardo Ortega Serrato, ya que con ello se privó a dicho menor de los bienes de la herencia de su padre legítimo Eduardo Ortega Pinilla". En consecuencia "los actos o contratos de que da cuenta esta demanda quedaron afectados de nulidad absoluta, por objeto ilícito, ya que se realizaron, pese a la prohibición expresa de la ley y con afectación del patrimonio y los derechos del menor impúber, absolutamente incapaz y sin cumplir los requisitos fundamentales que exige la ley".

3. El Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, al que en reparto correspondió, rechazó *in limine* la demanda "por falta de competencia en razón de la materia", por lo que procedió a enviarla a los Juzgados de Familia de esta misma ciudad, atribuyéndose por repartimiento al Juzgado Octavo, en donde fue recibida a trámite. No obstante, después de haberse tramitado en parte, se dispuso dentro de la celebración de la audiencia señalada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, que dicho juzgado carecía de jurisdicción, porque a su juicio no están involucrados directamente derechos hereditarios o derechos que tengan que ver con el régimen económico de matrimonio, no está litigado este litigio por una causa sucesoral, ni se están controvirtiendo derechos del patrimonio conyugal... Así que, aduciendo que era la oportunidad para sanear el proceso, decretó la nulidad de todo lo actuado, desde el propio auto en que avocó conocimiento, y envió el proceso al Consejo Superior de la Judicatura para efectos de que fuese resuelto el conflicto generado. Este organismo, sin embargo, se abstuvo de hacerlo con el consabido argumento de que no se trata aquí de una colisión de jurisdicciones sino de mera competencia, remitiéndolo al Tribunal Superior de Bogotá, pero éste a su vez lo mandó a esta Corporación para los efectos indicados.

II. CONSIDERACIONES

1. Una vez más es preciso aclarar que la Corte entra a decidir este conflicto que, siendo de jurisdicción, corresponde dirimirlo constitucionalmente al Consejo Superior de la Judicatura, y sólo porque la abstención sistemática que éste ha expresado sobre el particular no puede conducir a que el asunto se quede sin juez que lo decida, y se perpetúen los perjuicios que seguramente ya ha causado dicho proceder a los litigantes.

2. *El perfil jurídico de la controversia está indiscutido: Yaneth Stella Serrato de Ortega, invocando su condición de cónyuge supérstite, y además la de representante*

del menor Eduardo Ortega Serrato, respecto de quien invoca la calidad de heredero de Eduardo Ortega Pinilla, otorgó poder para que se declare la nulidad de algunos contratos de compraventa que el codemandado Fredy William Sánchez celebró en condición de mandatario de dicho causante; y se persigue, en consecuencia, que los bienes vuelvan para la sucesión. Y el interés que se cita expresamente es el de que tales negociaciones afectan al heredero, pues "con ello se privó a dicho menor de los bienes de la herencia de su padre".

No se remite a duda, así, que el debate encarna derechos sucesorales y de sociedad conyugal, pues a la postre se persigue tutelar dichas calidades, con el ingreso de los bienes a la masa partible en la sucesión. Así que se trata de una materia cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia, en virtud de lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, según lo tiene establecido la jurisprudencia en sus más recientes decisiones.

En efecto, en una de ellas, después de auscultar exhaustivamente el sentido y alcance de tal disposición, la Sala llegó a la conclusión, en criterio que ya está decantado, de que allí se enmarcan las controversias del linaje que ostenta la de este proceso, pues dijo:

"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 de 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 5 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 Octavo 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 dirime.

III. DECISION

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 Octavo de Familia de Santafé de Bogotá, para que continúe con el conocimiento del mismo.

Comuníquese lo aquí decidido al Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, para los fines a que haya lugar.

Notifíquese.

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

Queja / Casación - Perjuicio

Cuando el sentenciador se da a la tarea de averiguar el perjuicio del recurrente en casación, solamente debe averiguarlo en el entendido de que por lo pronto el gravamen es hipotético o presunto, sin tener que anticiparse a analizar el mérito de sus pretensiones, esto último es acaso lo que se planteará por el recurrente en el recurso extraordinario, cuya decisión corresponde justamente a la Corte.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

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

Referencia: Expediente número 4614.

Decídese el recurso de queja interpuesto contra el auto de 30 de julio de 1993, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el proceso ordinario promovido por Antonia P. Alvear de Cárdenas, Luis Enrique Alvear Estrella, Emérita Alvear Muñoz, Segundo Edelberto Alvear C., Francisco Tomás y Luis Eudoro Alvear Moncayo, y José Olimpo, Alfredo, Segundo Federico, Próspero e Ismenia Alvear Delgado, contra Samuel Diógenes Moreno y Arnado Rafael Viveros Burbano.

I. ANTECEDENTES

1. En el libelo introductorio del proceso se suplicó la declaración de que es del dominio pleno de la "causante señorita Marina Alvear Moreno", representada por los demandantes en calidad de "legatarios testamentarios", los predios allí descritos, y que, en consecuencia, los demandados deben ser condenados a restituirlos "en favor de la causante"; amén de otros ordenamientos consecuentes.

En subsidio depreció la declaración de que los actores "tienen vocación hereditaria para suceder a la finada Marina Alvear Moreno en su condición de asignatarios testamentarios, de las propiedades detalladas en los hechos 1º, 2º, 3º y 6º de acuerdo a la voluntad consignada en el testamento cerrado..."; por consiguiente, que se adjudique a los demandantes "dicha cuota hereditaria" y se declare "ineficaz la

adjudicación que en favor de Samuel Diógenes Delgado, y la venta que hizo este señor a don Amado Rafael Viveros Burbano se hiciera en el proceso de sucesión de la causante Marina Alvear Moreno y María Joba Calixta Moreno D., en el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz", modificando los respectivos registros en las cuotas que para cada demandante, y en relación con los diversos inmuebles, allí se especifican, condenando a los demandados a restituir a los actores "la posesión material de la cuota de los bienes antes adjudicados ocupados por ellos".

2. La demanda fue inadmitida por el Juzgado Promiscuo Civil del Circuito de Pasto (fl. 90 de estas copias), para que fuesen subsanadas las falencias anotadas en el proveído correspondiente, en el que, entre otras cosas, se puso de presente: "Además, el Señor Apoderado propone un proceso Ordinario Reivindicatorio, que a criterio de este despacho no sería éste, sino el que establece el artículo 948 del C. C.".

3. En el memorial en el que se corrigió la demanda, se dijo en lo pertinente:

"Solicité en la demanda dos pretensiones: una principal y la otra subsidiaria. La principal como acción reivindicatoria y la subsidiaria como petición de herencia. Como la cuestión es una iniciativa del demandante, *estoy de acuerdo que se tramite el proceso de petición de herencia* para lo cual se tendrá en cuenta lo expuesto en el libelo principal. En esta forma se escoge vuestras observaciones".

4. Finalmente por auto de 26 de junio de 1989 se admitió "la anterior demanda ordinaria de petición de cuota hereditaria" impetrada por los demandantes.

5. Según aparece en las copias allegadas (exactamente en la de la sentencia del Tribunal), el *a quo* fulminó la primera instancia mediante sentencia de 13 de octubre de 1992 "por la que declarándose probada la excepción formulada, se denegaron las pretensiones deducidas en la demanda". Apelada que fue por los demandantes, se confirmó por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto mediante la suya de 20 de abril de 1993.

6. El mandatario judicial de los actores recurrió en casación el fallo de segundo grado, ordenándose por el Tribunal el justiprecio del interés para recurrir.

Producido el dictamen pericial, el *ad quem* denegó la concesión del recurso por cuanto que dijo, "el valor del interés de los recurrentes, en forma particular, no es igual ni superior al monto" que en la actualidad establece la ley; conclusión a la que arribó a vuelta de calcular el monto del interés que a cada demandante correspondería de manera individual, con arreglo a "la distribución de bienes efectuada por la causante Marina Alvear Moreno mediante su memoria testamentaria".

7. Dicha decisión se recurrió entonces en reposición, sobre la base de considerar la parte demandante que en la petición principal de la demanda "se reclama la totalidad de los bienes para un causante común", por lo que "ha de entenderse que el interés para recurrir deberá referirse al interés de la mencionada causante y por tanto cuando el perito dice que ese interés vale $38.000.000, se refería al interés de la causante y no al interés individual de cada poderdante".

El tribunal no repuso su decisión, estimando, en esencia, que el proceso no fue tramitado finalmente por todas las pretensiones del libelo inicial, sino únicamente por

la de petición de herencia, caso en el cual es jurídico calcular el interés de cada demandante por separado. En apoyo de tal cosa memoró el antecedente de la inadmisión de la demanda y el auto por el que finalmente fue admitida, proveído en el que se puntualizó que ella se refería a "petición de herencia de cuota hereditaria"; y añadió al respecto que desacertada o no esa decisión del juzgado, lo cierto es que no fue protestada, y que debido a eso fue que la sentencia de segundo grado "centró su atención única y exclusivamente en la pretensión de 'petición de herencia' e hizo énfasis en que el *a quo* desbordó su análisis al referirse también a la súplica reivindicatoria cuando ésta había salido de la esfera procesal".

En razón de ello dio paso a la expedición de las copias que subsidiariamente se recabaron con destino al recurso de queja que ahora ocupa la atención de la Sala.

II. ARGUMENTO DEL QUEJOSO

Insiste el recurrente en que la pretensión reivindicatoria del libelo introductorio del proceso no fue excluida del *petitum*, contrariamente a como lo cree el tribunal.

Al efecto explica:

"No puede pensarse que la voluntad del demandante en su momento fue prescindir (sic) de las pretensiones principales, como lo ha entendido el honorable Tribunal, pues el estar de acuerdo en que se "tramite el proceso de petición de herencia", sin manifestar expresamente que retiraba sus pretensiones principales sólo tuvo como efecto ratificar su pretensión que ya estaba presente en su libelo demandatorio, pero como subsidiaria. Recuérdese que el proceso para las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda era el ordinario, y el juez podía ser el mismo porque en ese entonces (abril 7 de 1989) no estaba operando la jurisdicción de familia.

"Tan cierto es que la pretensión reivindicatoria no fue retirada, hasta el punto en que los demandados se refieren a ella en la contestación de la demanda, el apoderado de los demandantes la sustenta en sus alegatos, el señor Juez de primera instancia se refiere expresamente a ella para denegarla por falta de título en la causante (en la sentencias de segunda instancia se hace mención de estos aspectos), y el honorable Tribunal en su sentencia relaciona las pretensiones principales, aunque termina confirmando la sentencia de primer grado pero circunscrita únicamente a la decisión de la sección de petición de herencia.

"Esto me lleva a pensar, aunque independientemente de la competencia que pueda tener la jurisdicción de familia con relación a la acción reivindicatoria, que esta pretensión principal sigue siendo un pedimento de la demanda sobre el cual debe haber un pronunciamiento judicial y, que en un momento dado va a determinar el justiprecio para recurrir en casación, sobre la totalidad de los bienes que se atribuyen en la demanda a la causante Marina Alvear Moreno".

Pero aunque se deje de lado tal aspecto -agrega el impugnante-, de todos modos la casación es procedente: porque incluso mirando las cosas en el sentido en que lo hizo el tribunal, vale decir, de cara al interés dividido de cada demandante, no cabe objeción en lo concerniente al factor cuantía, habida consideración que la cuota de Segundo Federico Alvear Delgado, que es la mayor de todas, representa, según los términos de

la memoria testamentaria, un valor de $21.058.332, monto que arroja la adición de las partes que le corresponde a él en los distintos inmuebles.

En el epílogo de la impugnación, así compendió el recurrente ambas cosas:

"Como puede observarse, si tomamos las pretensiones principales que contiene la demanda, el recurso de casación es procedente, pues todos los bienes que se piden para la sucesión de Marina Alvear ascienden a la suma de $38.000.000, y si se tiene en cuenta la acción de petición de herencia, liquidando el derecho mayor de un legatario su cuota sobrepasa los $21.000.000".

III. CONSIDERACIONES

1. Como se aprecia, una misma cosa, el *petitum* de la demanda, es mirada de diversa manera por el tribunal y el recurrente en queja; para aquél las pretensiones se redujeron luego de corregida la demanda, al paso que para éste las súplicas son las mismas que se formularon *ab initio*. Dicho de otro modo, contrariamente a lo que piensa el impugnador, cree el tribunal que no está obligado a pronunciarse sino sobre la petición de herencia, porque la reivindicación que principalmente se pidió en un comienzo quedó excluida del *thema decidendum*.

Tanto el impugnante como el sentenciador defienden su punto de vista en torno a la interpretación que cada uno da del auto inadmisorio de la demanda y del alcance del escrito por el que ella fue corregido. De donde se desprende que, para el solo efecto de conceder el recurso de casación, no es válido que el tribunal haga prevalecer la suya, porque precisamente es un punto de discordia que no puede verse allí cancelada con el solo parecer del *ad quem*; porque, entre otras cosas, es factible que se quiera plantear a través del recurso extraordinario, posibilidad que resultaría arrancando de cuajo el sentenciador si es que niega la concesión del recurso.

Lo que en el fondo traduce que el juzgador no solamente querrá dar por cierta la posición suya, sino que la tornaría indiscutible.

Cuando la Corte ha tenido que abordar este punto ha señalado que cuando se inquiere por el menoscabo del impugnador, solamente debe buscarse de cara a las aspiraciones que en el litigio plantea la parte respectiva, sin adentrarse a examinar si en verdad la aspiración la asiste jurídicamente o no. Perspectiva desde la cual se puede decir que el perjuicio a inquirir es simplemente hipotético.

En proveído del 5 de mayo del año en curso precisó, en efecto *que cuando el sentenciador se da a la tarea de averiguar el perjuicio del recurrente en casación, solamente debe averiguarlo en el entendido de que por lo pronto el gravamen es hipotético o presunto, sin tener que anticiparse a analizar el mérito de sus pretensiones; esto último es acaso lo que se planteará por el recurrente en el recurso extraordinario, cuya decisión corresponde justamente a la Corte".*

2. Por manera que si el impugnador sostiene que la pretensión principal de su libelo genitor hace parte integrante del tema a decidir, su agravio, hipotético desde luego, involucra el valor pecuniario de la misma. La cual, consistiendo en la declaración de dominio en favor de la causante y la restitución de los inmuebles, ha de tenerse por tal

el monto total de éstos, que, según el peritaje producido, asciende a $38.000.000, cifra que excede el tope mínimo legal que la ley establece para la procedencia del recurso (Decreto 522 de 1988). De suerte que no se requieren más disquisiciones para determinar que el factor cuantía no era aquí óbice para la procedibilidad del recurso interpuesto por la parte demandante.

3. Por consiguiente, el recurso de queja debe prosperar declarándose mal denegado el de casación.

IV. DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara mal denegado el recurso de casación. Subsecuentemente, dispone:

Concédese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto dentro del proceso ordinario de Segundo Federico Alvear Delgado y otros contra Samuel Diógenes Moreno y Amado Rafael Riveros Burbano, arriba referenciado.

Comuníquese a dicho Tribunal para que envíe el expediente contentivo de tal proceso, una vez que se satisfagan las demás condiciones requeridas por la ley para su remisión.

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

Acción Reivindicatoria

La reivindicación no tiene cabida posible entre quienes son partes de una relación obligacional de conformidad con la cual ha de regirse la restitución del bien en disputa, toda vez que la subsistencia de esa relación reduce la posición del propietario al ejercicio de las pretensiones de origen contractual que puedan corresponderle según los casos.

Error de Hecho y de Derecho

El error de derecho relevante en casación se configura cuando, a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, se equivoca el sentenciador en la tarea de fijar su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o bien negándoles el que ella asigna, al paso que el error de hecho tiene lugar cuando el juzgador incurre en suposición de pruebas, al dar por obrante una que no lo está o adicionar el contenido de una existente, o en preterición de prueba al ignorar una que obre en el proceso o cercenar su genuino alcance objetivo.

Confesión / Violación Norma Sustancial - Vía Indirecta / Error de Hecho

No es cuestión de derecho sino de hecho la de apreciar si una confesión es divisible o indivisible, y que por lo mismo el error en que pueda incurrirse sobre ese particular será de hecho y no de derecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*.

Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3878.

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de enero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para ponerle fin, en segunda instancia, al

proceso ordinario seguido por Rafael Alonso Zuluaga Gómez contra Antonio César Villa Alvarez.

I. EL LITIGIO

1. Mediante demanda presentada el once (11) de mayo de 1989, corregida el dieciocho (18) de julio siguiente y que por reparto correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales, Rafael Alonso Zuluaga Gómez, actuando por intermedio de apoderado general, entabló proceso ordinario reivindicatorio en contra de Antonio César Villa Alvarez, para que en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada se decrete la reivindicación en favor del demandante del predio rural denominado La Vega o Hawai situado en la vereda La Linda, jurisdicción del Municipio de Manizales.

En consecuencia, solicitó además se condene al demandado a restituir el inmueble y los frutos con sujeción a lo prescrito en el artículo 964 del Código Civil, declarándolo responsable de los daños y deterioros que el bien hubiere sufrido en su poder e imponiéndole la obligación de pagar las costas causadas en el proceso.

A su vez, la demanda expone como hechos fundamentales los que en seguida pasan a compendiarse:

a) El demandante es propietario del predio rural denominado La Vega o Hawai, con 22 hectáreas, situado en la vereda "La Linda" del Municipio de Manizales, inscrito en la Oficina de Instrumentos Públicos de dicha ciudad en el folio de matrícula inmobiliaria número 100-0008085, inmueble mejorado con casa de habitación y plantaciones varias.

Dicho predio fue adquirido por el actor en adjudicación que se le hiciera dentro de la liquidación de la Sociedad Zuluaga Gómez y Cía. Ltda., hecha por la escritura pública número 2431 otorgada el 12 de diciembre de 1964 de la Notaría 1ª de Manizales, a la cual lo había entregado en calidad de aporte social, según consta en la escritura número 2373 otorgada el 8 de septiembre de 1958 en la misma Notaría; antes de tal aporte el demandante había adquirido el inmueble por adjudicación que se le hizo dentro de la sucesión de Antonio José Zuluaga, fue proferida el 18 de marzo de 1943 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, títulos inscritos oportunamente en la Oficina de Registro correspondiente;

b) Por acuerdo verbal celebrado en 1984, el demandante, por intermedio de Horacio López, autorizó a Antonio César Villa Alvarez para que efectuara unas plantaciones en una porción del inmueble, limitante esta última que el demandado desatendió y resolvió ocupar la totalidad del predio;

c) Como consecuencia de un proceso de ejecución con título hipotecario iniciado por el Banco Cafetero, sucursal Manizales, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de dicha ciudad contra Rafael Alonso Zuluaga Gómez, el 7 de febrero de 1985 se decretó el embargo de la finca referida. En la diligencia de secuestro correspondiente, el aquí demandado reconoció que el predio es de propiedad del actor y, sin oposición, el juzgado procedió a ejecutar el secuestro, haciendo entrega del inmueble real y materialmente al secuestre designado. Culminado el citado proceso ejecutivo, el juzgado del conocimiento ordenó la entrega del inmueble al propietario Zuluaga Gómez para lo cual comisionó a la Inspección Departamental de Policía de La Cuchilla del Salado,

despacho que, para cumplir con la entrega ordenada, desalojó a Villa Alvarez el 19 de noviembre de 1987. Este último, ese mismo día por la noche, en forma clandestina y violenta, ocupó nuevamente el predio, comprometiéndose por escrito firmado del 3 de diciembre de 1987, en procura de un arreglo, a desocuparlo el 12 del mismo mes, promesa que de nuevo desconoció, permaneciendo en la finca como poseedor de mala fe y explotándola en contra de la voluntad de su legítimo dueño.

2. El demandado dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones en ella deducidas, afirmando que la totalidad de las mejoras que se encuentran en el predio objeto del litigio son de su propiedad y que no hubo mala fe en su posesión.

3. Planteada la cuestión litigiosa dentro de los extremos que se dejan reseñados, la primera instancia culminó con sentencia de fecha tres (3) de mayo de 1991, corregida por providencia del 31 de mayo siguiente, en la cual el juzgado del conocimiento decretó la reivindicación en favor del demandante Rafael Alonso Zuluaga Gómez y en contra del demandado Antonio César Villa Alvarez, del inmueble identificado en la demanda, disponiendo que debería ser entregado al demandante dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de dicho fallo; así mismo condenó al demandado al pago de los frutos naturales producidos por el inmueble desde el 12 de diciembre de 1987 hasta cuando se realice la restitución, estimados a la fecha en la suma de nueve millones cuarenta y cuatro mil cuatrocientos veintitrés pesos con cincuenta y siete centavos ($9.044.423,57) moneda legal, pago que deberá efectuarse dentro del mismo término indicado; ordenó pagar a favor del demandado y a cargo del demandante Rafael Alonso Zuluaga Gómez, la suma de doce millones doscientos cincuenta y seis mil pesos ($12.256.000) moneda legal, valor de las mejoras necesarias por él efectuadas en el inmueble objeto de la restitución deprecada, y dispuso que mientras se efectúa este pago, el demandado tiene derecho de retención, en los términos del artículo 970 del Código Civil, condenando en fin a este último al pago de las costas en un 70%.

Inconformes con la providencia, ambas partes interpusieron recurso de apelación, el actor limitándolo a la regulación de prestaciones mutuas. La segunda instancia terminó con el pronunciamiento de fecha dieciséis (16) de enero de 1992 por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales revocó lo dispuesto por ella que en torno a las mejoras y confirmó todo lo demás: dispuesto que "el demandado tendrá derecho a llevarse los materiales de las mejoras, siempre y cuando no menoscabe el inmueble al separarlos y el actor no se allane a pagarlos; tampoco tendrá lugar al derecho de retención"; y condenó en costas de la instancia al demandado.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. A vuelta de efectuar el acostumbrado recuento de los antecedentes de mayor relevancia en la actuación y advirtiendo que es del caso proferir fallo de mérito por cuanto los presupuestos procesales están reunidos, pasa el tribunal a hacerlo y desarrolla sus consideraciones en dos partes diferentes, la primera destinada al examen de los elementos estructurales de la acción deducida, particularmente el que toca con la posesión del demandado ya que éste "...en su alegato de segunda instancia arroja dudas sobre la calidad de poseedor que le fue atribuida en la sentencia recurrida...", mientras que la segunda se ocupa de las restituciones mutuas, aspecto este de la litis en relación con el cual ambos litigantes, en su condición de apelantes, expresan reparos.

2. Definido que es la acción reivindicatoria la que se ventila en el proceso, la sentencia estudia uno a uno los requisitos que de acuerdo con la ley son indispensables para que pueda prosperar, encontrando que no ofrece dificultad ninguna la prueba del dominio en cabeza de la persona en cuyo nombre se entabló la demanda, la de la individualidad de la finca que se reivindica y la concerniente a la identidad de dicho inmueble con el bien raíz al que se refieren los títulos presentados por el actor. Empero no ocurre lo propio con "...a posesión del demandado..." y en este entendido emprende la corporación sentenciadora el análisis pormenorizado de la evidencia disponible en los autos, aludiendo con tal propósito a las declaraciones rendidas por Horacio López, Marco Antonio González Zuluaga, Juan Carlos Zuluaga Jaramillo, Luis Carlos Zuluaga Gómez, Nacianceno García Osorio y José Ignacio Acosta Malagón, al interrogatorio de parte absuelto durante el curso de la primera instancia por el demandado, a un documento privado suscrito por este último el tres (3) de diciembre de 1987 y mediante el cual se comprometió a desalojar el inmueble algunos días después, y por último, a la diligencia de inspección judicial practicada sobre dicho predio, todo ello para concluir que, de conformidad con estos medios demostrativos así en listados, existe certeza suficiente de que el fenómeno posesorio por el que se indaga "...cesó vida una vez invadida la finca por Villa Alvarez; antes de este hecho, es decir, en el lapso comprendido entre 1984 y 1987, su posición frente al fundo era verdaderamente vacilante, circunstancia que afloró cuando en 1985 se realizó el secuestro del bien en el proceso ejecutivo del Banco Cafetero contra Rafael Alonso Zuluaga donde ni siquiera llegó a ejercer oposición como mejorista o como poseedor, rematando esa inseguridad la promesa que hizo, por escrito, de dejarlo libre el 12 de diciembre de 1987, además de las explicaciones inconsistentes que ensayó para justificar su presencia allí, pues como cosa insólita llegó a sostener que la finca le había sido regalada por el dueño...", de suerte que la posesión del demandado también quedó establecida y ha de comenzarse a contar -dice el tribunal- a partir del doce de diciembre de 1987 "...para todos los efectos a que haya lugar...".

3. Sentada, pues, la premisa de que en sus pretensiones debe triunfar la parte actora y por lo tanto ha de restituírsele por el demandado el inmueble objeto del litigio, se ocupa en seguida la sentencia de liquidar el estado posesorio que halló probado, acudiendo a los artículos 964 y 966 del Código Civil para, con apoyo en estos preceptos, expresar que en orden a definir las prestaciones restitutorias que a su favor puede reclamar, el demandado ha de considerarse como poseedor de mala fe "...sin ningún resquicio de duda". En efecto, Antonio César Villa "...se apoderó arbitrariamente, en horas nocturnas y removiendo las seguridades, del bien nuevamente, y una vez reconvenido por esta conducta prometió, en escrito que firmó y autenticó, desocupar el 12 de diciembre de 1987 sin que allí conste ninguna exigencia para asumir esa conducta..." y es esta manera de ver las cosas la que le permite inferir al juzgador, sin lugar a dudas, que es aquél "...un poseedor de mala fe que aunque trató de contradecir por todos los medios esa calificación que le dio el *a quo* sus planteamientos en ese sentido no merecen prohijamiento, pues se limitó a decir que no conoció el contexto del escrito que firmó y que esa firma la estampó porque antes de desocupar le serían liquidadas las mejoras, cuestión que allí no aparece tratada; alegó además que firmó bajo apremio, al ser privado de la libertad y separado de sus familiares y de sus mejoras, asunto no comprobado en el proceso...".

Y tomando pie en esta consideración, termina el tribunal declarando que, dada esa condición del poseedor demandado, es obligación a su cargo restituir los frutos "...menos los gastos propios de la producción en la forma que lo determinó el *a quo*..." y, de otro lado, que no tiene derecho a abono de suma alguna por concepto de mejoras ni tampoco posibilidad legítima de ejercitar el derecho de retención consagrado en el artículo 970 del Código Civil, punto éste en el que juzga necesario modificar el fallo apelado para atemperarlo al texto del inciso final del artículo 966 *ibidem*, habida cuenta que según el tenor literal de esta disposición, a quien es poseedor de mala fe sólo le es permitido retirar los materiales de las mejoras siempre que sea posible separarlos sin detrimento para la cosa y que el propietario rehúse pagarle su precio que, para este caso, fue tasado por peritos en la cantidad de $205.000. Por eso, el fallo de segunda instancia confirma prácticamente en su totalidad el apelado, revocando tan sólo el numeral 3 de la parte dispositiva de este último en cuanto le imponía al demandante la obligación de pagarle al demandado el valor de las "mejoras necesarias", fijado igualmente por expertos en $12.883.500 y, por contera, reconocía el derecho de retención.

LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tres cargos formula el recurrente con respaldo en la causal primera de casación, cargos de los cuales la Corte entrará a estudiar en forma conjunta el primero y el tercero, en tanto denuncian similares desaciertos en el ámbito probatorio, y posteriormente se ocupará de despachar la acusación formulada en el cargo segundo de la demanda.

Cargo primero

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil acusa la sentencia de violar por la vía indirecta, por falta de aplicación, los artículos 777, 792, 739, inciso 2 y 1602 del Código Civil, junto con los artículos 5°, 6°, 9°, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 26, 27, 31 y 34 de la Ley 6ª de 1975; y por aplicación indebida, los artículos 762, 768, 769, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 965, 966, 968, 969 y 970 del Código Civil, infracciones provenientes de los siguientes supuestos yerros probatorios:

"a) Haber supuesto como demostrada la diligencia de secuestro del bien, en el proceso ejecutivo del Banco Cafetero de Manizales contra Rafael Alonso Zuluaga Gómez;

b) Haber supuesto que el demandado no llegó a ejercer ninguna oposición como mejorista o como poseedor en la mencionada diligencia;

c) Haber supuesto que la posesión del demandado se interrumpió, en forma legal, si es que una vez existió, con base en el artículo 2035 (sic) del Código Civil;

d) Haber supuesto como cierta la diligencia de entrega del bien, por la Inspección Departamental de Policía de la Cuchilla del Salado, comisionada para tal efecto por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales;

e) Haber supuesto que en la mencionada diligencia se hizo entrega al propietario del bien inmueble y que se realizó de manera forzada, expeliendo al demandado de la tierra;

f) Haber supuesto que finalizado el proceso de ejecución se ordenó la entrega del predio por el secuestre, al dueño y como allí se encontraba el demandado de ahora, quien no se había opuesto a la medida de secuestro en dicho acto reconoció el dominio de Zuluaga Gómez, fue retirado con auxilio de la fuerza pública quedando fuera del fundo con su familia, menaje doméstico y semovientes;

g) Haber pretermitido el contenido objetivo del certificado de tradición del inmueble materia de la acción de dominio, del cual se colige otro embargo en contra del demandante;

h) Haber pretermitido la constancia del recibo de oficio número 264 de 23 de octubre de 1989 y del informe secretarial que obran a folios 75 vto. y 76 fte. del cuaderno principal del expediente;

i) Haber pretermitido la confesión contenida en el interrogatorio de parte del demandado, sobre justificación de la firma del documento del 3 de diciembre de 1987".

Crítica el recurrente la apreciación contenida en la sentencia del tribunal sobre los factores que inciden en la alegada posesión del inmueble por parte del demandado, pues, según dice, dio por demostrados, sin tener prueba, aspectos fácticos del proceso tales como las características del convenio celebrado entre este último y el actor para la explotación del predio en litigio, la existencia de un proceso ejecutivo adelantado por el Banco Cafetero contra el actor en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Manizales en el cual se secuestró la finca Hawai o la Vega, sin oposición del demandado, y se entregó al propietario con desalojo de Villa Alvarez empleando la fuerza pública, y el reingreso de éste, hechos estos últimos que se deben demostrar con copias auténticas de los correspondientes actos que fueron solicitadas, decretadas y entregados los respectivos oficios, pero que no obran en autos, tal como lo informa la secretaría del juzgado. Además señala que, en su concepto, el *ad quem* tampoco tuvo en cuenta que en el certificado de tradición del inmueble consta que cancelado el embargo originado en el proceso ejecutivo que cursó en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Manizales, el inmueble continuó embargado hasta febrero de 1987 por cuenta del Juzgado 3º Civil del Circuito de la misma ciudad dentro del proceso ejecutivo que también contra el actor adelantaba el Banco Santander, por lo cual, estima el censor que "mal podría haber ordenado el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales, la entrega del bien". En fin, afirma el recurrente que el *ad quem* omitió el contenido objetivo de la calificación que le dio al demandado el por qué firmó el documento del 3 de diciembre de 1987, en el sentido de que lo había hecho, porque el día 12 del mismo mes y año, le iban a pagar las mejoras que había plantado en la finca".

Señala el impugnador que con tales yerros de apreciación probatoria el sentenciador estableció una interrupción en la tenencia de la finca por parte del demandado, iniciada por un contrato verbal de aparcería en desarrollo del cual sembró y plantó mejoras de carácter permanente "a ciencia y paciencia del propietario del inmueble", determinando "el tiempo de tenencia del fundo por parte de Villa Alvarez, el inicio de la posesión, la buena o mala fe en la ocupación del inmueble; la denegación de mejoras y del derecho de retención, y en general, sobre estos aspectos se edificó el análisis del factor posesión, como integrante de la acción reivindicatoria en el caso *sub examine*; desconociendo, según afirma, que estaba vigente el contrato de aparcería, es decir que, de un lado, "se

entiende que el demandante no ha perdido la posesión de la finca La Vega o Hawai que se deprecia" y, de otro, el referido contrato sigue produciendo los derechos y obligaciones recíprocas propios de su naturaleza.

En consecuencia y con el propósito de explicar él la "incidencia causal" del cargo, luego de insistir en que la acción reivindicatoria no era procedente por encontrarse de por medio "...un contrato de aparcería o la acción de recobro del fundo...", expresa el casacionista que el cargo se orienta a desvirtuar esa acción reconocida en el fallo por el tribunal "...por existir vinculación del demandado al predio mediante un convenio de carácter agrario al cual no se le ha dado fin por ninguno de los medios legales, que sirvió de base para que el demandado sembrara y edificara a ciencia y paciencia del propietario, convenio que hasta tanto no se aniquile impedirá el éxito que pueda tener la acción de dominio, como tampoco habrá lugar a instaurarla frente al inciso 2º del artículo 739 del Código de Procedimiento Civil, bajo cuya observancia pretende el señor Villa Alvarez se le paguen las mejoras que considera de su propiedad, reconociéndole al autor derecho de dominio sobre la tierra...".

Cargo tercero

Acudiendo a la causal primera de casación, en este cargo reputa la sentencia de serviolatoria en forma indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 713, 739, inciso 2, y 1609 del Código Civil y 1º, 9º, 18, 21 y 26 de la Ley 6ª de 1975; y por aplicación indebida de los artículos 768, 769, 772, 963, 964, 965 y 970 del Código Civil, infracciones que ubica en los siguientes errores de hecho manifiestos en que supuestamente incurrió el tribunal:

"a) Haber supuesto como demostrada la diligencia de secuestro del bien, en el proceso ejecutivo del Banco Cafetero de Manizales contra Rafael Alonso Zuluaga Gómez;

b) Haber supuesto que el demandado no llegó a ejercer ninguna oposición como mejorista o como poseedor en la mencionada diligencia;

c) Haber supuesto que la posesión del demandado se interrumpió, en forma legal, si es que una vez existió, con base en el artículo 2035 (sic) del Código Civil;

d) Haber supuesto como cierta la diligencia de entrega del bien, por la Inspección Departamental de Policía de la Cuchilla del Salado, comisionada para tal efecto por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales;

e) Haber supuesto que en la mencionada diligencia se hizo entrega al propietario del bien inmueble y que se realizó de manera forzada, expeliendo al demandado de la tierra;

f) Haber supuesto que: finalizado el proceso de ejecución, se 'ordenó la entrega del predio por el secuestre al dueño y como allí se encontraba el demandado de ahora, quien no se había opuesto a la medida de secuestro y en dicho auto reconoció el dominio de Zuluaga Gómez, fue retirado con auxilio de la fuerza pública quedando fuera del fundo con su familia, menaje doméstico y semovientes';

g) Haber preterm itido la confesión contenida en el interrogatorio de parte del demandado, sobre justificación de la firma del documento del 3 de diciembre de 1987".

Para explicar su acusación estima el impugnador que el *ad quem* no tuvo en cuenta la evidencia de que el demandado se vinculó al predio en litigio mediante un convenio de carácter agrario bajo cuyo amparo edificó y sembró mejoras "a ciencia y paciencia del propietario de la tierra", en virtud de que, según dice "se enfrascó" en el análisis de hechos consignados en la demanda pero no demostrados en autos y frente a los cuales existen constancias en el expediente que los desvirtúan, tal es el caso del proceso ejecutivo que adelantaba el Banco Cafetero contra el actor, el secuestro y embargo practicado al inmueble objeto del litigio, la entrega posterior de éste al propietario expeliendo al demandado, y la ocupación arbitraria que este último hizo del predio. Así mismo, apreciа el censor que en el proceso existen evidencias que frente a las prestaciones mutuas no tuvo en cuenta el *ad quem*, es el caso de "la calificación que dio el demandado al por qué firmó el documento del 3 de diciembre de 1987, en el cual prometió desocupar el inmueble, en el sentido de que lo había hecho porque el día 12 del mismo mes y año, le irían a pagar las mejoras que había plantado en la finca".

Así las cosas argumenta el impugnador que "al carecer de prueba del presunto desalojo, se infiere que no hubo mala fe en el inicio de la relación tenencial de Villa Alvarez sobre el predio y que amparado en el mismo convenio, sembró y edificó a ciencia y paciencia del propietario la finca tal como se desprende del mismo contrato", circunstancia no tenida en cuenta por el tribunal "por haber aceptado como legalmente probadas las diligencias de entrega y expulsión del aparcero del fundo, sin existir prueba de ello, lo que desembocó a que se hicieran pronunciamientos contrarios a la ley", desconociendo que estaba vigente un contrato de aparcería plenamente establecido en cuanto a sus orígenes que tenía por objeto la explotación económica de la finca rural denominada "Hawai o La Vega", predio mejorado ampliamente por el demandado, por lo cual debían aplicarse al caso las normas que rigen dicho tipo de contrato.

Se considera

1. *Siguiendo el texto del artículo 946 del Código Civil y tomando en cuenta desde luego los requisitos que de acuerdo con inveterada doctrina (G. J. Tomo CXXIX, pág. 100) se han reputado indispensables para que la acción reivindicatoria pueda lograr el objetivo de recobro posesorio que la caracteriza, hoy en día se tiene por sabido que ella no es procedente cuando la persona contra quien se dirige, no obstante retener la posesión de cosa singular de propiedad ajena, lo hace con respaldo en un contrato también vinculante para el dueño y cuya eficacia de antemano no es desvirtuada, apoyándose entonces aquella persona en esta particular circunstancia para alegar a su favor la existencia de un título justificativo del derecho a no ser privada de la posesión que mediante la referida acción es reclamada. En otras palabras y como acontece como las acciones de naturaleza real nacidas de derechos principales que llevan igual nombre (artículo 665 del Código Civil), la reivindicación no tiene cabida posible entre quienes son partes de una relación obligacional de conformidad con la cual ha de regirse la restitución del bien en disputa, toda vez que la subsistencia de esa relación reduce la posición del propietario al ejercicio de las pretensiones de origen contractual que puedan corresponderle según los casos, ello en razón a que, mientras conserve vigencia el respectivo convenio del que la aludida relación emerge, "...la restitución de la cosa poseída, cuya posesión legítima el acuerdo de voluntades, no puede demandarse sino con apoyo en una cláusula que la prevea..."*

(G. J. Tomo CLXVI, págs. 366 y siguientes): "...cuando quiera que alguien posea en virtud de un contrato -explica la Corte líneas adelante en la misma providencia que acaba de citarse- es decir, no contra la voluntad del dueño que contrató sino con su pleno consentimiento, la pretensión reivindicatoria queda de suyo excluida, pues sólo puede tener lugar en los casos en que el propietario de la cosa reivindicada ha sido privado de la posesión sin su aquiescencia. La acción de dominio es por naturaleza una pretensión extracontractual, que repugna en las hipótesis en que los interesados han convenido en que uno de ellos autoriza al otro para poseer en virtud de determinado contrato celebrado entre el uno y el otro (...). Y si el contrato no previó la restitución de la cosa en fuerza de alguna de sus cláusulas, la acción de dominio sólo podrá tener lugar después de que se aniquile dicho contrato y precisamente como consecuencia de ese aniquilamiento...".

2. Inspirándose con seguridad en los anteriores postulados, sostiene el recurrente en apoyo de las tesis impugnativas planteadas en orden a imprimirle sentido a los dos cargos materia de estudio, que el juzgador de instancia, suponiendo pruebas fundamentales que en los autos no obran e ignorando algunas otras de las que sí fueron allegadas a su debido tiempo al expediente, tuvo por establecida respecto del demandado la condición de poseedor de mala fe a partir del momento en que este último, después de haber sido desalojado en cumplimiento de un mandato de autoridad judicial competente, recuperó el predio acudiendo a la violencia y a la clandestinidad, vale decir, de modo no conforme a derecho y existiendo por lo tanto solución de continuidad entre dos fases posesorias diferenciales, cuando lo cierto es -apunta la censura- que con evidencia fehaciente no se demostró esa imaginada interrupción de un estado de cosas que, en cuanto atañe a la explotación de ese inmueble por Antonio César Villa Alvarez, se remonta al año de 1984 y tuvo su origen en un convenio de carácter agrario celebrado verbalmente con la persona en cuyo nombre ahora se pretende reivindicarlo, convenio que participa del régimen aplicable a la aparcería según los términos de la Ley 6ª de 1975 y al cual no se le ha puesto fin por ninguno de los medios en dicho estatuto previstos, de donde a juicio del impugnante se sigue que la sentencia en casación por él residenciada, quebrantó por vía indirecta la ley sustancial en la medida que, por consecuencia de aquellos desaciertos objetivos en la apreciación del material probatorio disponible, acogió una acción reivindicatoria de suyo improcedente y, no obstante encontrarse amparado por la relación contractual mencionada, calificó además de mala fe la postura del demandado con vista a liquidar una situación posesoria que la realidad de los hechos demostrados durante el curso del proceso se encarga de desmentir.

Basta sin embargo un cuidadoso repaso de ese mismo material para arribar a una conclusión por entero opuesta a la que acaba de dejarse señalada, toda vez que muy a pesar de lo que sobre el particular sugieren las acusaciones en estudio, el juicio de hecho sometido a controversia y de conformidad con el cual el tribunal tuvo por acreditada la ocupación injusta de la finca denominada "La Vega o Hawai" por parte del demandado en las horas de la noche del mismo día jueves 19 de noviembre de 1987 en que había sido desalojado de allí con intervención de la autoridad pública, no representa en modo alguno una falsa suposición creada a su tamaño por el juzgador, tampoco involucra una circunstancia que resulte inverosímil si se atiende a las propias manifestaciones, efectuadas tanto por aquel demandado, hoy impugnante en casación,

como por quienes tuvieron a su cargo la gestión procesal de sus intereses, y en fin, menos aún revela la aludida afirmación fáctica una ficción indiscutiblemente excluida por elementos probatorios de contraste que los cargos por cierto omiten puntualizar con la necesaria exactitud.

En efecto, jugando papel preponderante en todo el conjunto formado por la evidencia recaudada y prestándole desde luego firme respaldo por sí solo a la conclusión del tribunal, obra en primer lugar el documento privado auténtico (cfr. fls. 18 y 19 del cuaderno 1) que con fecha 3 de diciembre de 1987 firmó ante Notario el demandado Antonio César Villa Alvarez, reconociendo que en cumplimiento de una comisión judicial procedente de la ciudad de Manizales, fue "...expulsado de la finca El Hawai..." por la Inspección de Policía de La Cuchilla del Salado "...quedando en las afueras de la finca completamente (...) desamparado y a la intemperie...", para añadir a renglón seguido que en las horas de la noche, soltando los candados, "...se pasó de nuevo a la finca de la que había sido expelido...", versión ésta que por obra de la iniciativa oficiosa del juez de primera instancia no pudo persistir en negar al absolver el interrogatorio de parte practicado en la audiencia cuya acta obra a folios 32 a 35 del cuaderno 2 del informativo y que, para abundar en razones, aparece rotundamente confirmada en el escrito presentado por el apoderado del demandado para fundamentar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del *a quo*, habida cuenta que en este memorial, a manera de síntesis destinada sin duda a reconstruir los hechos relevantes para la composición de la litis de acuerdo con la ley, se lee lo siguiente: "...El fenómeno más sobresaliente ocurrido en este proceso es el de encontrarse el propietario grandemente endeudado y grandes créditos hipotecarios a su cargo para cuya cancelación y pago los bancos acreedores tuvieron que embargarle y secuestrarle los bienes al deudor, entre los cuales quedó embargado y secuestrado todo el terreno conocido con el nombre de Hawai (...) donde están plantadas las mejoras por Antonio César Villa Alvarez. Como consecuencia del no pago de esos créditos los bancos acreedores entablaron procesos hipotecarios con medidas previas -embargo y secuestro- de los bienes afectos al pago de esas obligaciones, y fue así como secuestraron a través de una diligencia los dos inmuebles ya relacionados, por razón de esta situación al mejorante Antonio César Villa Alvarez, como era muy natural, lo encontraron en posesión de esos terrenos y de las mejoras por él plantadas y como es obvio Villa Alvarez manifestó ser el dueño, nunca de los predios sino de las mejoras en ellos plantadas, y en tal condición fue oído pero nada le fue concedido (...). Posteriormente y cuando ya el deudor había pagado los valores íntegros de la ejecución en su contra, el Juez Primero Civil del Circuito que conoció el caso, ordenó la entrega y posesión (sic) del ejecutado Rafael Alonso Zuluaga Gómez, confiriendo comisión para tal fin al Inspector de Policía de La Cuchilla del Salado. Se aclara que al comisionado no le impartieron órdenes para desalojar a terceras personas, aquí sucedió lo inesperado. Dicho funcionario extralimitándose en el cumplimiento de tal comisión y con el concurso de fuerza armada (...) de manera insólita procedió a lanzar a Antonio César y su familia tanto de la casa como del terreno y al presentar oposición fue llevado como prisionero..." (cfr. fls. 11 a 17 del cuaderno 4).

Vistas las cosas con esta perspectiva, queda claro que si la sentencia cuya infirmación se propone conseguir el demandado tuvo como argumento decisorio

cardinal para confirmar la providencia apelada, el que la posesión de aquél, para los fines inherentes a la reivindicación, adquirió entidad al ocupar el inmueble la noche del 1º de noviembre de 1987, y si la negativa a reconocer el derecho al pago de mejoras obedeció así mismo a la mala fe que semejante proceder comportaba, corroborado por el incumplimiento del compromiso contraído por Antonio César Villa Alvarez de desalojar la finca el día 12 de diciembre siguiente según lo manifestó en el documento otorgado ante Notario del cual arriba se hizo referencia, nada de ello puede catalogarse entonces como una falsa declaración fruto de los errores de hecho descritos en la demanda de casación, conclusión ésta que cobra todavía mayor fuerza con sólo poner de presente que ese documento tantas veces mencionado, sobre el cual en buena medida descansan las decisiones impugnadas, desde el punto de vista de la eficacia demostrativa a él atribuible quedó intacto, puesto que lejos de señalar prueba alguna por su contenido capaz de desvirtuarle de manera clara y exenta de toda duda, el casacionista se limitó a expresar que el fallador no tomó en consideración que su poderdante dijo en el interrogatorio de parte haber firmado el escrito de marras engañado, confiando en que se le pagarían las mejoras, y la escueta verdad es que a esa versión sí aludió de modo explícito el tribunal para afirmar que tal circunstancia no quedó evidenciada en el plenario, sentando así un juicio probatorio ante el cual la censura, se reitera, no se preocupó siquiera por especificar elemento alguno que ponga al descubierto la equivocación en que incurre.

Lo dicho es suficiente para rechazar los cargos primero y tercero.

Cargo segundo

Mediante éste se acusa la sentencia de ser violatoria, por la vía indirecta consagrada en el numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación, de los artículos 739, 777, 792, 1502, 1535 y 1602, inciso 2º del Código Civil; 1, 5, 6, 9, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 26, 27, 31 y 34 de la Ley 6ª de 1975 así como también, por aplicación indebida de los artículos 762, 768, 769, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 965, 966, 968, 969 y 970 del Código Civil, infracciones provenientes de error de derecho que se le endilga al *ad quem* y que, según argumenta el casacionista, consistió en la violación media de los artículos 174, 176, 177, 187, 194, 195, 197, 200, 258, 264, del Código de Procedimiento Civil "por haberles otorgado un mérito del que carecen a las siguientes piezas procesales que obran en este litigio, a saber:

a) La demanda;

b) Documento suscrito por Antonio César Villa Alvarez y otros, de fecha 3 de diciembre de 1987;

c) Interrogatorio de parte absuelto por el demandado;

d) Prueba testimonial solicitada por la parte actora;

e) Inspección judicial".

Para justificar su tesis, señala el impugnador que "el error de derecho en este caso concreto, radica en que el tribunal ha dado por demostrados los hechos relacionados en la demanda, en los numerales 8, 9, 10, 11, 12 y 15, y de su respectiva corrección, sin existir prueba idónea que legalmente los compruebe; o en su defecto, los ha dado

por demostrados con otra clase de pruebas que no contemplan toda la realidad fáctica que se deprecá, o por el contrario, la tergiversa. Igualmente, le ha dado pleno valor persuasivo al documento de fecha 3 de diciembre de 1987, sin tener en cuenta que está afectado de nulidad por contener una obligación contraída bajo una condición potestativa consistente en la mera voluntad de la persona que se obliga (si volviere).

Además, dicho documento fue firmado bajo apremio físico y moral del aparcero, lo cual afecta su contenido intrínseco. Respecto a la confesión del demandado contenida en el interrogatorio de parte, se tuvo en cuenta parcialmente, sin tener en consideración la calificación que dio el absolvente a aspectos relacionados entre sí, afectando su indivisibilidad. Por último, el tribunal verificó posesión del demandado sobre el predio, con fundamento en prueba testimonial contradictoria y hechos verificados en la inspección judicial que se practicó dentro del proceso, pero que en materia de posesión no son específicos, sino generalizados. Se trata entonces de un error de derecho en la contemplación jurídica de las pruebas que obran en el proceso, en donde, se dio por probado la terminación de una relación contractual, para luego de cortera edificar el apoderamiento de una finca en forma violenta y clandestina, por la misma persona que la venía ocupando como aparcero, lo que a simple vista carece de lógica".

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, resultado al que puede llegarse por dos vías diferentes: la directa, que presupone "exclusión de todo reparo sobre la apreciación de pruebas, de manera que la impugnación se concrete derechamente en la imputación al fallo de quebrantamiento de la ley sustancial que se considera indebidamente acusada 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"*. (Casación Civil de 7 de diciembre de 1990, sin publicar).

En este orden de ideas, la Corte considera procedente recordar aquí la diferencia entre los dos tipos de errores recién aludidos, puesto que observa que, en la formulación de la censura en estudio, se confunden, denunciando errores de derecho cuando lo que plantea en realidad son supuestos errores de hecho. La doctrina jurisprudencial tiene definido que el primer tipo de desacierto probatorio -el de derecho- "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 tiene en cuenta una prueba irregularmente rituada o allegada sin las formalidades legales, o sea, compromete el valor o eficacia de la prueba; mientras que el segundo surge sobre su contemplación objetiva, bien porque se tenga por probado un hecho por un 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" (Casación Civil de 20 de febrero de 1990, sin publicar); y en punto a imprimirle claridad a la diferencia existente entre el yerro de facto y el yerro por infracción de las normas de disciplina probatoria, se ha puesto de presente que "si bien los dos errores de apreciación

probatoria, el de hecho y el de derecho, tienen como punto común el que producen idéntica consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial por inaplicación o por aplicación indebida, es lo cierto que entrambos existen muy claras y ostensibles diferencias que les infunden entidad específica propia y que por consiguiente impiden confundirlos. En efecto, mientras el de hecho atañe a la existencia de un medio de prueba, como elemento material del proceso, el de derecho se refiere a la interpretación o inaplicación de las normas legales que lo gobiernan. El primero cuando se da por preterición o desconocimiento del medio, es obvio que no conduce a valoración errada, justamente porque se le ignora; el segundo, en cambio, supone siempre que el juez parte de la existencia de la prueba en el proceso, pues éste es un paso indispensable para ponderarla legalmente. Lo cual significa que el error de derecho presupone que el juez sí vio y apreció la prueba, lo que descarta el yerro de hecho". (Casación Civil de 8 de junio de 1978).

Entendidas así las cosas, el error de derecho relevante en casación se configura cuando, a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, se equivoca el sentenciador en la tarea de fijar su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o bien negándoles el que ella asigna, al paso que el error de hecho tiene lugar cuando el juzgador incurre en suposición de pruebas, al dar por obrante una que no lo está o adicionar el contenido de una existente, o en preterición de prueba al ignorar una que obre en el proceso o cercenar su genuino alcance objetivo.

Y a más de lo anterior, obligado es no perder de vista que, en cuanto hace relación a impugnaciones deducidas por la vía indirecta, debe el recurrente discriminar e individualizar las pruebas que en su concepto fueron mal apreciadas, explicando, para cada una de ellas, en qué aspecto específico considera que recae el yerro del juzgador, y si estima que éste último es de derecho, debe así mismo indicar la norma o normas de regulación probatoria que considerá infringidas en la apreciación de cada prueba, explicando los motivos concretos que en términos de derecho explican su criterio.

Finalmente, es del caso recordar 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, intranscendente, 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), *todo ello dentro del concepto general según el cual, a los fines del recurso en referencia, no basta aludir cualquier violación de la ley sustancial, sino que es preciso que el quebranto cumplidamente demostrado sea factor determinante de la resolución tomada en el fallo, es decir que exista un nítido nexo de causalidad entre dicha infracción -sea directa o indirecta- y la resolución jurisdiccional controvertida, de tal modo que el declarar la violación el fallo de casación, pueda tener algún valor y efecto prácticos* (cfr. G. J. Tomo CLXVI, pág. 583).

2. Siguiendo las directrices que se dejan trazadas en el numeral precedente, basta para desestimar este cargo con anotar que, de la simple enunciación hecha por el recurrente de lo que califica como errores de derecho, fácilmente se infiere que su inconformidad no radica en la forma como fueron rituadas las pruebas, ni en la no observancia en su producción de los preceptos que para tal efecto suministra la ley, sino en el contenido mismo de ellas; es decir que no ve comprometida su eficacia procesal sino que estima que no acreditan los hechos que con ellas se pretende establecer, tal como se evidencia cuando dice "ha dado por demostrados los hechos (...) sin existir prueba idónea que legalmente los compruebe", "los ha dado por demostrados con otra clase de pruebas que no contemplan toda la realidad fáctica que se depreca, o por el contrario la tergiversa", "...ha dado pleno valor persuasivo al documento de fecha...". "...la confesión del demandado... se tuvo en cuenta parcialmente", "...con fundamento en prueba testimonial contradictoria", etc., apreciaciones todas que sin duda hacen relación al contenido objetivo de la prueba y que por tal razón, de existir, los yerros denunciados serían de hecho y no de derecho como en la acusación se propone, haciendo alusión al escrito de demanda que al proceso le dio principio, al documento suscrito por el demandado que obra a folios 18 y 19 del cuaderno principal, al interrogatorio absuelto por el mismo demandado, a los testimonios recibidos y, en fin, a los resultados que arrojó la prueba de inspección judicial practicada en el inmueble cuya restitución exige la parte actora.

El cargo adolece, pues, de serias deficiencias en su formulación técnica y que se hacen ostensibles, valga anotarlo, en el caso particular de la declaración rendida al ser respondido aquel interrogatorio, imputándosele al fallo impugnado error de derecho por no haber tenido como confesión calificada y por ende indivisible, el reconocimiento efectuado por el absolvente de haber firmado el documento de fecha tres (3) de diciembre de 1987 pero agregando que no lo hizo en forma libre y espontánea, sino engañado y prácticamente en estado de insuperable necesidad impuesta por circunstancias anormales que rodearon el otorgamiento de ese escrito, cuando es bien sabido, y así lo ha puntualizado con insistencia la Corte, que "...no es cuestión de derecho sino de hecho la de apreciar si una confesión es divisible o indivisible, y que por lo mismo el error en que pueda incurrirse sobre ese particular será de hecho y no de derecho..." (G. J. Tomos CXXXIII, pág. 102, CXXXI, pág. 64 y LXXX, pág. 757, entre muchas otras), lo que se pone de relieve para registrar la ineficacia de la censura y haciendo abstracción de que muy a pesar del criterio expuesto acerca del tema por el recurrente, en la especie que se contempla es patente el carácter compuesto de la aludida declaración, pues lo agregado son hechos impeditivos o excluyentes que en rigor comportan la alegación de una auténtica excepción de mérito con todas las secuelas que eso supone, y aún aceptándose en gracia de discusión que en el campo de la teoría no fueran de este modo las cosas, la única realidad tangible es que nada en el expediente, que reúna desde luego las notas insubstituibles de absoluta nitidez y claridad, permite sostener que la consideración de la confesión de marras en concepto de separable, sea a todas luces contraevidente o se resienta de notoria arbitrariedad por situarse fuera de elementales dictados de sentido común.

En síntesis, esta última acusación también se desvanece y no hay lugar por lo tanto a la ruptura del fallo impugnado.

DECISIÓN:

Por fuerza de las consideraciones expuestas, 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 dieciséis (16) de enero de 1992, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Las costas causadas 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 Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Violación Norma Sustancial - Vía Directa / Técnica de Casación

En la demostración de un cargo por error, 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. Denunciándose yerro probatorio de derecho, el casacionista no indicó, como era su deber, las normas de disciplina probatoria vulneradas, sino por cuanto, además, endilgándosele allí mismo error de hecho el sentenciador, no se individualizaron las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar. / Ningún cargo por error de hecho, o de derecho puede configurarse citando en forma abstracta un conjunto de pruebas, sino que la censura debe precisar concretando, los elementos probatorios en cuya estimación o apreciación haya errado el fallador.

Error de Hecho

Este error fáctico debe ser ostensible, es decir, que salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3871.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dentro del proceso ordinario promovido por Aicardo Elías Cardona Grajales frente al Municipio de Manizales.

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 3º Civil del Circuito de Manizales, el citado Aicardo Elías Cardona Grajales, solicita que con audiencia de la entidad demandada, ésta sea condenada a pagarle los perjuicios que le causó.

2. La pretensión anterior se apoya en los hechos principales que seguidamente se relatan:

a) Por intermedio de sus "funcionarios competentes", el Municipio de Manizales autorizó a Alcardo Elías Cardona Grajales consignar en la Tesorería de dicho Municipio la suma de $459.000, "con el objeto de celebrar un contrato de compraventa"; previo cumplimiento de las diligencias administrativas pertinentes, en relación con un inmueble situado en la esquina de la calle 24 con carrera 15 de Manizales dado en arrendamiento por la entidad al actor;

b) Pese a que el demandante Cardona Grajales consignó el valor del bien desde el 4 de febrero de 1985, una vez cumplidas las diligencias de rigor en la oficina de bienes del Municipio, y que sólo faltaba el otorgamiento de la escritura pública, con sorpresa se dio cuenta que el inmueble había sido objeto de permuta con Ana Teresa Jaramillo de Villegas, el 18 de enero de 1986;

c) Debido al mencionado comportamiento de la entidad, el actor "quedó sin el valor que había consignado, sin derecho sobre el inmueble, ni siquiera a título precario, como lo ocupaba inicialmente, por cuanto los herederos de la nueva propietaria permutante comenzaron a acosarlo para que entregara el local";

d) La Oficina de Planeación Municipal sancionó al demandante por reparaciones que éste efectuaba en el inmueble, pese a que eran urgentes y necesarias, aduciendo que lo hizo sin su autorización, y, además, dadas las medidas coercitivas de la inspección delegada de Control Urbano, los materiales que tenía arruinados en la calle el actor, por valor aproximado de $50.000, se perdieron mejoras en el local por valor de $1.500.000, y desde cuando "celebró" el negocio con el municipio, comenzó a pagar el impuesto predial correspondiente al mismo;

f) Las presiones de la Inspección Delegada de Control Urbano de Manizales (Oficina de Planeación Municipal) y la de los herederos de la permutante, llevaron al actor a comprar el inmueble a estos últimos, pero ya en la suma de $1.000.000, teniendo que asumir todos los gastos notariales y de registro, a lo que se vio compelido por cuanto en el local funcionaba el establecimiento comercial de su propiedad, conocido como "Depósito La Ramada";

g) La conducta del Municipio de Manizales que se deja relatada, causó al actor cuantiosos perjuicios.

3. Descorriendo oportunamente el traslado de la demanda, el Municipio de Manizales aceptó que el actor consignó en la tesorería $459.000, pero agregó que lo hizo sin autorización de un funcionario competente, y que el acuerdo número 011 del 16 de febrero de 1984 autorizó "solo al Alcalde y al Personero Municipal para vender previo cumplimiento de los requisitos que establece el Código Fiscal...."; que no es cierto que el actor hubiera observado todas las diligencias previas exigidas por la oficina de bienes del municipio, y menos que faltara el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, como lo dice, pues el acuerdo del Concejo no determinó las personas con quienes se debía negociar. Esa la razón para oponerse a las pretensiones del actor.

4. Agotado el trámite de rigor, el *a quo* le puso término a la primera instancia mediante sentencia de 20 de mayo de 1991, negando las súplicas de la demanda.

ordenando al Municipio de Manizales reintegrar los $459.000 que recibió el 4 de febrero de 1985, junto con los intereses de esa suma, a la tasa del 6% anual, e imponiéndole las costas del proceso.

5. Contra lo así decidido interpuso apelación el demandante, recurso que resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales por sentencia de 3 de octubre de 1991, confirmando lo dispuesto por el *a quo*.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de historiar el proceso, de no encontrar reparos qué formular a los presupuestos procesales y de ubicar el litigio en el campo de la responsabilidad precontractual, el *ad quem* manifiesta que en la actuación se encuentra demostrado que por Acuerdo número 011 de 16 de febrero de 1984 el Concejo Municipal de Manizales autorizó al Alcalde y al personero para vender el inmueble de que se trata, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el Código Fiscal del Municipio; que, con el propósito de adquirir dicho bien, el demandante consignó en la Tesorería Municipal la suma de $459.000, el 4 de febrero de 1985, no obstante lo cual el Municipio de Manizales permutó el citado bien con un tercero. Hechas esas precisiones, el sentenciador se ocupó en determinar las conversaciones que tuvieron lugar entre el actor y el Municipio en torno a la negociación, lo mismo que las pruebas que acrediten el rompimiento unilateral de las mismas por parte de la entidad, a efecto de determinar la responsabilidad que pudiera caberle a ésta, en orden a lo cual comienza por afirmar que, dados los alcances del Acuerdo del Concejo Municipal, para la venta debían obrar conjuntamente el Alcalde y el Personero, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código Fiscal, y la demostración por parte de los beneficiarios que la solicitud de compra tuviera como objeto "la construcción de su vivienda o una posible ampliación de ella".

Ocupándose del material probatorio y en particular de los testimonios de Gerardo Antonio Ramírez Gómez (Ingeniero de la Personería), Guido Echeverry Piedrahíta (Personero Municipal) y Francisco Joel Angel Gómez (Jefe de bienes del municipio), que en lo pertinente transcribe, el Tribunal concluye que "ninguna gestión o negociación efectuó el señor Cardona Grajales con el Alcalde de la época tendiente a la adquisición del inmueble que pretendía comprar, por lo que resulta claro, que el Municipio de Manizales no está llamado a responder por los perjuicios reclamados. En efecto la responsabilidad precontractual de la entidad demandada se encontraba sujeta, de acuerdo con lo visto, a que las conversaciones enderezadas a preparar la producción del consentimiento contractual, se hubieran llevado a cabo entre el actor y los funcionarios autorizados para ello por el Acuerdo número 011 de 16 de febrero de 1984 y no ante uno solo de ellos, como aquí aconteció".

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos, ambos por la causal primera de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales se despacharán en forma conjunta, por adolecer los dos de defectos técnicos.

Cargo primero

Mediante él se acusa la sentencia de infringir directamente los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 en concordancia con el artículo 822 del C. de Co., 1495 del C.C. en concordancia con el 864 del C. de Co., por aplicación indebida; 6º, 2º de la C.N., 845, 846, 858, 863, 822 del C. de Co., 1613 y 1614 del C.C., por falta de aplicación.

Lo desarrolla el recurrente manifestando que el Tribunal ubicó, con acierto, el litigio en el terreno de la responsabilidad precontractual, campo dentro del cual dedujo que la obligación indemnizatoria a cargo del Municipio de Manizales estaba sujeta a que las conversaciones tendientes a la obtención del consentimiento contractual, se hubieran llevado a término "entre el actor y los funcionarios autorizados para ello..."; a lo que agrega, una vez pone de presente las responsabilidades que caben a las autoridades conforme al artículo 6º de la Constitución Nacional, que: "cabe preguntar ¿cómo llegó al Tribunal a su conclusión relativa a que al caso presente, a pesar de tratarse de responsabilidad precontractual, se debe exigir que toda la negociación fracasada se esté celebrando con quienes son los directos competentes? Es evidente que la legislación pertinente no trae una solución: las únicas normas que tratan en el derecho colombiano la parte precontractual se hallan en los artículos 845 y 863 del Código de Comercio (en relación con la oferta y la obligatoriedad de obrar con buena fe exenta de culpa so pena de indemnizar los perjuicios en la etapa precontractual) y en el artículo 23 de la Ley 51 de 1918 (en relación con la opción). Ninguno de los preceptos dichos consagra expresamente el punto tratado por el Tribunal en la sentencia acusada. Lo anterior obliga a responder que el sentenciador echó mano de la analogía y, sin decirlo expresamente, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 procedió a aplicar el artículo 1495 del Código Civil en concordancia con el artículo 864 del C. de Co. que consagran el concepto de *parte* para todo lo relacionado con el contrato mismo, su nacimiento y por ende la obligatoriedad de los mismos. El Tribunal yerra al exigir que sea la *parte* -entendida en su concepto contractual- la que compromete la responsabilidad precontractual del Estado".

Lo anterior, prosigue el censor, condujo al Tribunal a dejar de aplicar los artículos 6º y 2º de la C.N., lo mismo que el artículo 863 del C. de Co. y las normas que regulan el daño emergente y el lucro cesante. Solicita, por tanto, se case la sentencia para que la Corte, en sede de instancia, revoque la del *a quo* y condene a la demandada a resarcir los perjuicios que le causó al actor

Cargo segundo

Por su conducto se le atribuye a la sentencia la violación de las mismas normas y por los mismos conceptos indicados en el cargo anterior, a consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos por el Tribunal, el primero al "no tener por probado estándolo que el Municipio de Manizales incurrió en culpa al retirar sin motivo alguno la oferta que sostuvo como negociación precontractual con el demandante para la adquisición del inmueble de que da cuenta la demanda", y el de derecho "al exigir que el demandante pruebe para el caso de una responsabilidad precontractual, requisitos que la Constitución Nacional no tiene previstos".

Tras advertir que este cargo es en esencia idéntico al primero, pero planteado por la vía indirecta "para el caso que la honorable Corte estime que las violaciones de la

ley obedecieron a los errores de hecho y de derecho anotados", el casacionista inicia su desarrollo manifestando que para el sentenciador la responsabilidad del Municipio de Manizales estaba sujeta a que las negociaciones se hubieran llevado a cabo entre el actor "y los funcionarios autorizados para ello por el acuerdo número 011 de febrero 16 de 1984 y no ante uno solo de ellos, como aquí aconteció", a lo que añade que la anterior conclusión comporta error de derecho al "exigir una prueba que por mandato constitucional no existe...", pues el Tribunal olvida que el artículo 6º de la Constitución Nacional consagra el principio de que los particulares responden por infringir la Constitución y la ley, al paso que los servidores públicos lo hacen por la misma causa y por omisión y extralimitación de sus funciones.

Seguidamente señala el censor que no es cierto que sea necesaria la prueba de una actuación directa del Alcalde para comprometer la responsabilidad del municipio, tesis en relación con la cual indica que es probable que tenga aplicación en el terreno de la responsabilidad contractual, pero no respecto de la precontractual donde "no hay la menor duda de que si el municipio obró por conducto de uno de sus órganos comprometió su responsabilidad", lo que hace evidente el error de derecho al haber exigido el sentenciador esa clase de prueba.

Refiere luego, que en su sentencia el Tribunal vio obrar en la etapa precontractual al Personero Municipal y al Jefe de Bienes del Municipio, sin dar por probado, estándolo, que la entidad obró con culpa al permitir el inmueble, existiendo de por medio una oferta de venta en favor del demandante, ignorando así los "valiosos testimonios" "que dan fe de que la administración municipal obró con franca e inexcusable culpa...". A todo ello agrega que como las únicas normas del derecho colombiano que se ocupan de la parte precontractual son los artículos 845 a 863 del C. de Co., y estos preceptos no consagran la exigencia hecha por el *ad quem* en el sentido de que la negociación fracasada se adelantaba con los directos competentes, el impugnante concluye que el "sentenciador echó mano de la analogía y, sin decirlo expresamente, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1495 del Código Civil en concordancia con el artículo 864 del C. de Co. que consagran el concepto de *parte* para todo lo relacionado con el contrato mismo, su nacimiento y por ende la obligatoriedad de los mismos. El Tribunal (prosigue) yerra al exigir que sea la *parte* -entendida en su concepto contractual- la que comprometa la responsabilidad precontractual del Estado".

Al dejar explicado a partir de lo dicho el concepto de la violación, el recurrente solicita se case la sentencia para que, en sede de instancia, la Corte revoque el fallo del *a quo* y, en su lugar, condene al Municipio de Manizales a resarcir al demandante los perjuicios que le causó.

Se considera

1. Para decidir en la forma como lo hizo, el Tribunal estimó que la operación de venta perseguida por el actor, debió ser adelantada con el Alcalde y el Personero de Manizales, pues así lo exige el Acuerdo Municipal número 011, de 16 de febrero de 1984, en su artículo primero (fls. 51 a 52 C. 1); prueba ésa con fundamento en la cual el sentenciador dedujo además "que para la venta de los inmuebles allí descritos los dos funcionarios debían ...obrar *conjuntamente*...". Partiendo de esas consideraciones, el

ad quem concluyó, pues, como en el proceso no se acreditó que el demandante hubiera adelantado conversaciones con el Alcalde tendientes a la celebración de la compraventa, sino solamente que ese comportamiento lo asumió en forma exclusiva frente al Personero, no alcanza a estructurarse procesalmente la responsabilidad precontractual del Municipio de Manizales, perseguida por el actor, al haberse frustrado la negociación, pues el *ad quem* fue claro en afirmar que la "responsabilidad precontractual de la entidad demandada se encontraba sujeta, de acuerdo con lo visto, a que las conversaciones enderezadas a preparar la producción del consentimiento contractual, se hubieran llevado a cabo entre el actor y los funcionarios autorizados para ello por el Acuerdo número 011 de 16 de febrero de 1984 y no ante uno solo de ellos, como aquí aconteció".

2. El fundamento del fallo que se deja dicho, descubre los siguientes defectos técnicos de los cargos aquí acumulados para su despacho:

a) Habiéndose apoyado la decisión del Tribunal en el contenido del Acuerdo del Concejo Municipal, el casacionista no podía apartarse de esa conclusión fáctica al formular su primer ataque en casación, para indicar, como lo hizo, que la violación de normas de derecho sustancial se produjo en forma directa, pues esta vía de impugnación está reservada para cuando el censor no tiene reparos qué hacer a las reflexiones del sentenciador en este campo. Dicho de modo diverso, si el casacionista seleccionó el camino de la violación directa de la ley, debió atenerse a las deducciones que en el terreno probatorio sacó el Tribunal, sin que le fuera dado, por supuesto, mostrarse en desacuerdo con la primera de ellas, consistente en que de acuerdo con el citado acto del Concejo, las negociaciones encaminadas a obtener la venta debieron adelantarse por el actor conjuntamente con el Alcalde y el Personero, y que como ello no ocurrió así, no surgió responsabilidad para la administración.

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

"Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por error por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal..." (sentencia de 20 de marzo de 1973, G. J. T. CXLVI, pág. 50);

b) El segundo cargo es, a su turno, defectuoso no sólo por cuanto denunciándose yerro probatorio de derecho, el casacionista no indicó, como era su deber, las normas de disciplina probatoria vulneradas, sino por cuanto, además, endilgándosele allí mismo error de hecho al sentenciador, no se individualizaron las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar. Del primero de ellos ha dicho la Corte que "...si el error de derecho en la apreciación de pruebas consiste en negarle a una prueba el poder de convicción que precisamente le atribuye la ley, o atribuirle el que expresamente le niega, o estimarla cuando la prueba no se ha producido en el proceso mediante el pleno de las formalidades impuestas para su aducción y controversia, todo recurrente

que invoque esta clase de error está compelido por la técnica misma del recurso extraordinario a señalar las normas procesales cuya violación fue medio para incurrir en él" (sentencia de 25 de septiembre de 1985, no publicada); y respecto del segundo, ha expuesto que "...ningún cargo por error de hecho, o de derecho puede configurarse citando en forma abstracta un conjunto de pruebas, sino que la censura debe precisar concretándoles, los elementos probatorios en cuya estimación o apreciación haya errado el fallador (CXXXVI, pág. 127); y, esto otro: "es deber inexcusable del recurrente singularizar cada uno de los medios que se pretenden no considerados o erróneamente apreciados por el sentenciador" (CXLVIII, pág. 207).

En lo atinente al error fáctico el casacionista se limitó a manifestar que: "La sentencia transcribe valiosos testimonios que dan fe de que la administración municipal obró con franca e inexcusable culpa, y sin embargo ignorando ese grupo de pruebas, dejó de aplicar las normas de responsabilidad pertinentes", con lo cual el ataque a dichos medios de convicción fue global y no individualizado, como era lo correcto.

Pero el anterior, no es el único defecto que en el plano de la técnica presenta el cargo segundo, pues al haberse formulado él por la vía indirecta, el recurrente estaba llamado, como también lo ha dicho en forma insistente la Corte, a atacar todos los fundamentos probatorios del fallo, lo que no hizo con relación al Acuerdo del Concejo Municipal, del cual dedujo directamente el sentenciador la necesidad de que las conversaciones tendientes a la concreción de la compraventa se hicieran en forma conjunta con el Alcalde y el Personero de Manizales. Siendo, entonces, de la apreciación de esta prueba que el Tribunal partió para concluir negando las pretensiones del actor al no hallar, adicionalmente, acreditado que éste adelantó gestiones precontractuales con el Alcalde, forzoso es colegir que aquel medio de convicción es uno de los pilares sólidos de la sentencia, cuya falta de ataque impediría el quiebre de la decisión, así el recurrente hubiera indicado en forma específica cuáles de las restantes pruebas de la actuación que denotan las negociaciones adelantadas con el citado funcionario, dejaron de apreciarse o se apreciaron erróneamente, aspecto este último que, como se dejó dicho, tampoco observó el impugnante. "No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario -ha indicado esta Corporación- el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirán las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente imprósperas la acusación". (Cas. de 11 de abril de 1971, G. J.T. CXLII, pág. 140).

3. Si hubiera que prescindir de los defectos técnicos enrostrados a la demanda de casación, el cargo segundo habría que despacharlo, por lo demás, adversamente a las pretensiones del censor, por cuanto al apreciar esta Sala los testimonios de Gerardo Antonio Ramírez, Guido Echeverry Piedrahita y Francisco Joel Angel Gómez, en que se basó expresamente el Tribunal, lo mismo que el de Luz María Calderón Uribe (fls. 1 a 2 vto. del C. 4), no observa error fáctico evidente de la sentencia, al concluir ésta, que en el proceso no se acreditó que el actor hubiera iniciado negociaciones con el Alcalde de Manizales, tendientes a concretar con él la compraventa de que se trata.

"Este error -dice la Corte- debe ser ostensible, es decir, que salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Porque cuando para demostrarlo es indispensable emplear complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no lo capta de primer golpe, entonces se está frente a un error que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos y que, de consiguiente, no sirve de estribo a un ataque en casación". (Cas. Civ. de 20 de mayo de 1970, CXXXIV, 146, 16 de agosto de 1963, CXLVII, 37; 9 de agosto de 1982, no publicada).

4. Viene así de las consideraciones precedentes, que los cargos no están llamados a prosperar.

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 3 de octubre de 1991, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

COMPETENCIA TERRITORIAL / COMPETENCIA SUCESORAL.

Cuando se esté en presencia de procesos de sucesión cuya cuantía es de mayor, la competencia para conocer de los mismos radica de manera exclusiva en los jueces de familia o promiscuos de familia del último domicilio del causante, o en su defecto el del correspondiente circuito judicial, toda vez que los jueces civiles y promiscuos municipales sólo están habilitados para actuar en sucesiones de mínima y menor cuantía.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4485.

Decide la Corte el conflicto de competencia surgido entre los Juzgados Promiscuo Municipal de Guatavita, Cundinamarca, y Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, en torno al conocimiento del proceso de sucesión del causante Nicolás Díaz Peña.

ANTECEDENTES

I. El día 13 de agosto de 1991, falleció en Guasca, Cundinamarca, Nicolás Díaz Peña, quien al parecer tuvo su último domicilio en el Municipio de Guatavita, Cundinamarca, sobreviviéndole su esposa Fidelina Prieto de Díaz, con quien procreó dos hijos, fallecidos antes que él.

II. La cónyuge supérstite demandó la iniciación del correspondiente proceso de sucesión en el Juzgado Promiscuo Municipal de Guatavita, el 10 de junio de 1992, indicando en la demanda que el causante tuvo su último domicilio en ese Municipio y señalando la cuantía del proceso de $1.300.000.

III. José Aquilino, José Gregorio, María Dolores, Ana María y Rosa Tulia Díaz Peña, hermanos legítimos del causante, así como otros sobrinos suyos, promovieron de igual forma el pertinente proceso de sucesión ante el Juzgado Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, el 11 de agosto de 1992, manifestando que el último domicilio del causante fue Guasca y tasando en la suma de $6.000.000 la cuantía del proceso.

IV. Los dos procesos sucesorios del citado causante han marchado simultáneamente, sin que en ninguno de ellos se hubiese proferido sentencia aprobatoria de la partición, y en ese estado de la actuación los demandantes del último proceso sucesorio en iniciarse, solicitaron trámite del conflicto especial de competencia previsto por el artículo 624 del C. de P. C., el que por estar agotado se apresta la Corte a decidir.

SE CONSIDERA

1. *A términos del numeral 14 del artículo 23 del C. de P. C., "En los procesos de sucesión será competente el juez del último domicilio del difunto en el territorio nacional...", precepto que con arreglo al Decreto 2272 de 1989 debe entenderse referido a los jueces de familia o en su caso a los jueces civiles, y promiscuos municipales, de conformidad con el artículo 7º del último estatuto.*

2. *Sin embargo, es preciso advertir que los jueces civiles y promiscuos municipales tienen limitada su competencia en materia del proceso de sucesión, pues la última disposición en cita sólo les permite conocer del mismo y en única instancia cuando la cuantía del proceso sea de mínima, o en primera instancia cuando aquélla sea de menor, es decir, que carecen de la misma frente a sucesiones de mayor cuantía.*

3. *Significa lo precedente, que cuando se esté en presencia de procesos del linaje en comento, cuya cuantía es de mayor, la competencia para conocer de los mismos radica de manera exclusiva en los jueces de familia o promiscuos de familia del último domicilio del causante, o en su defecto al del correspondiente circuito judicial, toda vez que los jueces civiles y promiscuos municipales sólo están habilitados para actuar en sucesiones de mínima y menor cuantía (art. 7º Decreto 2272/89).*

4. Es preciso, entonces, para la solución de este conflicto, determinar dos cuestiones fundamentales, a saber: a) el último domicilio del difunto Nicolás Díaz Peña, y b) la cuantía de los bienes dejados por él.

En cuanto a lo primero, no remite a dudas que la muerte del causante Díaz Peña se produjo en el Municipio de Guasca, Cundinamarca, pues así aparece en el certificado de defunción traído a los autos en ambos procesos. Ello no significa, empero, que dicho municipio hubiese sido su último domicilio, dado que otros elementos de convicción conducen a tener como tal el Municipio de Guatavita, según las reflexiones que pasan a hacerse.

Se sabe que el citado causante convivía con su cónyuge sobreviviente Filelina Prieto de Díaz, quien al otorgar poder para la apertura de la mortuoria indicó que tenía su domicilio en la vereda Corales del Municipio de Guatavita, según lo precisó igualmente la demanda presentada por ella ante el Juzgado Promiscuo del mismo municipio, libelo en el que puntualizó con más veras que fue ese el último domicilio del causante y que el sitio Corales es comprensión de la Vereda Guandita perteneciente a dicho territorio. La mencionada actora aclara además a lo largo de la actuación cumplida y particularmente en el trámite de este incidente especial que el difunto Díaz Peña residía habitualmente en el predio San Evaristo, ubicado en la vereda Guandita del municipio aludido, ubicación que corrobora el recibo del impuesto predial y CAR visible al folio 24 del cuaderno 1 del trámite cumplido por el Juzgado Promiscuo

Municipal de Guatavita, y lo acredita adicionalmente la diligencia de secuestro del mismo bien, dispuesta por el Juzgado Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, diligencia ésa en la que el comisionado (Juzgado Promiscuo Municipal de Guatavita) encontró una casa de habitación en buen estado, la que si bien no halló habitada, no por eso puede dejar de concluirse que fue allí donde habitualmente residió en vida el *de cujus* y es, por contera, el Municipio de Guatavita el último domicilio del causante Díaz Peña.

De no ser así, no se explica cómo si la cónyuge sobreviviente tenía en su poder y en calidad de bien relicto la casa ubicada en la cabecera municipal de Guasca (donde se le halló al practicársele la diligencia de secuestro de ese bien por comisionado Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca), ésta se abstuvo de iniciar el correspondiente proceso sucesorio del difunto Díaz Peña en el Juzgado Promiscuo Municipal de ese lugar, cuando dada la cuantía señalada por ella en el libelo, esa opción estaba inclusive más a su alcance. De manera que es lógico concluir que fue el Municipio de Guatavita y no el de Guasca donde el difunto Díaz Peña tuvo su último domicilio, así la viuda Fidelina Prieto de Díaz hubiese sido encontrada posteriormente residiendo en el último de estos municipios, cuestión esta última que no desvirtúa aquella conclusión.

Respecto de lo segundo, esto es, de la cuantía del sucesorio, es de ver que no obstante que en las actuaciones vinculadas a este conflicto se tasó, como se dijo, en las sumas de $1.300.000 y $6.000.000, respectivamente, las pruebas que para dirimirlo se dispusieron permiten constatar que el avalúo catastral de los bienes dejados por el causante asciende a la cantidad de $3.208.000 (fls. 22 a 25 del cuaderno que contiene la actuación del Juzgado Promiscuo Municipal de Guatavita), circunstancia que ante la ausencia de pasivos permite deducir no sólo que la sucesión es de mayor cuantía, sino que la competencia para conocer de la misma está atribuida por determinación legal al Juzgado Promiscuo de Familia de Chocontá (Art. 14 del Decreto 2272/89 en concordancia con el art. 2º del Decreto 2270/89).

5. De manera que inclusive tomando como punto de partida que el causante Nicolás Díaz Peña tuvo en Guatavita su último domicilio, no es el Juzgado Promiscuo Municipal de allí el llamado a conocer de su mortuoria, porque está visto que el valor de los bienes relictos obliga colegir que se trata de un proceso de mayor cuantía, para el que carece de competencia legal dicho funcionario, discurrir en armonía con el cual la competencia se desplaza al correspondiente Juzgado del Circuito al que pertenece aquél (art. 2º Decreto 2270/89), y más exactamente, itérase, al Promiscuo de Familia de Chocontá (Art. 14 Decreto 2272 de 1989).

6. Se impone, pues, desatar el conflicto, declarando que ninguno de los Juzgados que lo originaron tienen competencia para conocer de la sucesión en cuestión, lo cual se traduce, al tenor del inciso final del artículo 624 del C. de P. C., que es nula la actuación adelantada por ambos Despachos, y en que el conocimiento de esa mortuoria corresponde al Juzgado Promiscuo de Familia de Chocontá.

DECISION

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencia aquí surgido entre los Juzgados Promiscuo Municipal de Guatavita, Cundinamarca, y Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, en el sentido de declarar que ninguno de ellos es competente para conocer de la sucesión de Nicolás Díaz Peña, pues ella está adscrita al Juzgado Promiscuo de Familia de Chocontá, Cundinamarca, a quien se ordena remitir toda la actuación, previa información de lo aquí resuelto a los Juzgados en disensión, cuyas respectivas actuaciones se declaran nulas.

Por Secretaría, remítanse las comunicaciones pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Interpretación de la Demanda / Error de Hecho

La demanda, como pieza fundamental de todo proceso por ser el acto con que comienza la relación jurídico- procesal y girar toda la actividad procedimental en so rededor, debe ser interpretada por el juez, cuando es ambigua u ofrece oscuridad o duda, con el fin de desentrañar las pretensiones y no sacrificar el derecho sustancial. La interpretación, empero, debe hacerse en conjunto y en forma razonada y lógica. Para que se configure el error en la interpretación de la demanda, es necesario como lo exige la ley, que "sea manifiesto", ostensible o protuberante, es decir, que salte a la vista de la simple lectura de la demanda, pues la actividad de interpretación solamente es atacable en casación cuando fuere notoria y evidentemente errónea. Requisitos para que resulte próspero el cargo por error de hecho. Cargas del recurrente en casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafe de Bogotá, D. C., doce de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Referencia: Expediente número 3728.

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante Francisco José Mora Martínez, en su condición de propietario del establecimiento de Comercio "Foto Revista India Catalina", contra la sentencia del 12 de septiembre de 1991, profe-rida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este pro-ceso ordinario promovido por el recurrente frente a Banco de Occidente, División Credencial.

I. ANTECEDENTES

1. En demanda que por reparto correspondió al Juzgado 3° Civil del Circuito de Bogotá, Francisco José Mora Martínez, propietario de Foto Revista India Catalina, por medio de Procurador Judicial demandó al Banco de Occidente-División Credencial, para que previos los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Declarar a la entidad bancaria Banco de Occidente-División Credencial, civilmente responsable de los perjuicios y el lucro cesante por la terminación unilateral del contrato, sin número, de ventas por cupón entre Banco de Occidente, División Credencial y Francisco José Mora Martínez, propietario del establecimiento de comercio "Foto Revista India Catalina", contrato de fecha ocho (8) de mayo de 1985.

"Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración se condenará a la misma entidad, Banco de Occidente -División Credencial, a pagar al señor Francisco José Mora Martínez, propietario del establecimiento de comercio, Foto Revista India Catalina, dentro de los días (sic) siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo ordene, las siguientes sumas de dinero:

"a) Dos mil cuatrocientos doce millones de pesos ($2.412.000.000) moneda corriente, por concepto de lucro cesante ocasionado por la terminación unilateral del contrato de ventas por cupón, ganancia que se vio privada de percibir por la omisión;

"b) La suma de un millón ochocientos mil pesos ($1.800.000.00) moneda corriente, por concepto del diseño de impresión de los cupones que fueron seiscientos mil (600.000) que quedaron inservibles;

"c) Por las costas del proceso y las agencias en derecho" (fls. 14 y 15 C. 1ª).

2. Las súplicas referidas se hicieron descansar en los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1 Francisco José Mora Martínez, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio "Foto Revista India Catalina" suscribió un contrato, sin número, ventas por cupón, el 8 de mayo de 1985 con el Banco de Occidente - División Credencial.

2.2 El contrato se suscribió con el propósito de hacer ventas por correo a los socios de Credencial pagaderos con tarjetas de crédito, autorizando al Banco de Occidente-División Credencial, para enviar plegables comerciales en que se ofrecía "nuestros productos o servicios y cupones de pedido para uso de los socios de la tarjeta, según lo expresado en el contrato" e igualmente para enviar a nombre de la "Foto Revista India Catalina" en los meses de junio, julio y agosto de 1985 un número de "hasta doscientos mil (200.000) mensuales plegables en los que se ofrece a los socios de Credencial la venta de suscripciones mensuales y anuales y el servicio de contratos" (fl. 16 C.1ª).

2.3 La suscripción semestral se ofrecía a $2.010 y la anual a $4.020 más los fletes correspondientes, establecidos en $180.00 para el semestre y $360 para el año.

2.4 Francisco José Mora Martínez presentó "el arte final del plegable" el 30 de abril de 1985 y el Banco de Occidente-División Credencial lo aprobó con cargas de 30 de abril y 9 de mayo de 1985.

2.5 El 31 de mayo de 1985, Incocrédito, en nombre de Credencial da por terminado el contrato suscrito entre Francisco José Mora Martínez y el Banco de Occidente.

2.6 El 7 de julio de 1985 hace conocer al Banco que para dar por terminado el contrato unilateralmente le exigía una indemnización por haber hecho el diseño e impresión de los cupones y el soporte de existencia de la revista que se distribuía por sus medios".

2.7 El demandante señala como valor de cada uno de los plegables $3.00 y por haber elaborado 600.000 un valor total de $1.800.000.00.

2.8 Como valor "de la montada de cada una de las revistas" fijó $335.00 para un total de $201.000.000.00 y como "valor del año" la suma de $2.412.000.000.00, suma ésta reclamada en la demanda por concepto de "lucro cesante y perjuicios".

2.9 La distribución de la Foto Revista India Catalina se hacía por medio de Credencial.

2.10 Los perjuicios causados al demandante fueron de tal magnitud, que "en este momento se encuentra sin sus bienes y su patrimonio en cero para poder dar cumplimiento con todo lo que conlleva la montada de una revista" (fl. 17 C-1ª).

2.11 El demandante reclamó oportunamente la indemnización por la terminación unilateral del contrato y no obtuvo contestación alguna del demandado.

3. Admitida la demanda por providencia de fecha 31 de octubre de 1985 (fl. 20 C. 1ª), se ordenó correrla en traslado al demandado quien se opuso, por intermedio de su representante legal, a las pretensiones. Respecto de los hechos dijo ser parcialmente ciertos el 1º y 3º; contener el 2º tres hechos indebidamente acumulados; no ser un hecho el 4º; no ser ciertos el 5º y 9º; ser cierto el 6º, en cuanto a la remisión de la comunicación a que él se refiere, no en cuanto al contenido; no constarle los hechos 7º y 10; no ser un hecho el 8º y ser cierto el 11, únicamente en cuanto al envío de la comunicación pero no en cuanto a su contenido (fls. 32 y ss. C. 1ª).

El demandado propuso las que llamó excepciones perentorias de inexistencia de los hechos invocados como fundamento de la acción; inexistencia de los perjuicios; nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto; contrato no cumplido; inexistencia de la obligación demandada, y "no hay mora en el cumplimiento de las obligaciones".

4. Tramitado el proceso en debida forma, el *a quo* en sentencia del 20 de marzo de 1991, dispuso:

"1º. *Deniéganse* las pretensiones de la demanda, de las cuales se absuelve a la parte demandada.

"2º. *Condénase* en las costas del proceso al demandante. Tásense" (fls. 146 a 156 C. 1ª).

5. Interpuesto el recurso de apelación por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante fallo del 12 de septiembre de 1991, confirmó lo resuelto por el juzgado y condenó en costas del recurso al apelante (fls. 10 a 18 C. S.).

II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL

6. El Tribunal luego de historiar el proceso, observó que no existe irregularidad que impida una sentencia de mérito. Concreta que la pretensión es la relativa a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato celebrado entre Francisco José Mora Martínez y el Banco de Occidente-División Credencial, en virtud

del cual el primero ofreció enviar al segundo plegables comerciales de oferta de suscripciones semestrales y anuales de una revista mensual y de servicios de contactos y cupones de pedido para uso de los socios de la tarjeta Credencial, así: 200.000 plegables comerciales en un número de hasta 200.000 mensuales sometidos a la aprobación del Banco. En los plegables se ofrecía a los socios de Credencial la venta de las suscripciones a razón de $2.010.00 cada semestre y $4.020.00 cada año, quienes debían pagarla con la tarjeta, por lo que el Banco recibiría una comisión del 10% sobre ventas, comprometiéndose a su vez a recibir los cupones, autorizar a sus socios la correspondiente utilización de tarjetas de crédito e informar por escrito el nombre, dirección y pedido aprobados".

Encuentra el Tribunal que los contratantes denominaron al acuerdo "Ventas por Cupón", y da por probado que el demandado "aceptó la inclusión de su nombre en la promoción que estaba adelantando el demandante" y que "Incocrédito comunicó a Francisco José Mora Martínez -Foto Revista India Catalina- que el comité Asesor de los Sistemas de Tarjetas de Crédito CredÉbanco, Diners, BIC y Credencial habían resuelto "dar por terminado sus contratos de afiliación suscritos con cada uno de los sistemas s asociados" según documento que firma José Plinio Guzmán como Jefe del Departamento de Seguridad" (fl. 4 C.1, fl. 16 C. 5).

Seguidamente expresa que la comunicación aludida se refiere a contratos plenamente diferentes al de "ventas por Cupón" al que motiva este litigio; acepta que ella se refiere a unos "contratos de afiliación" acordados por el propietario de la "Foto Revista India Catalina" "con cada uno de los sistemas asociados, o tarjetas de crédito, Credibanco, Diners, BIC y Credencial, en cuyo nombre afirma obrar quien la suscribe" y nota que no está demostrado que Incocrédito tenga específica capacidad representativa del Banco para comprometerlo con la decisión tomada por todos los "miembros del sistema" para deducir que si la terminación unilateral "recae sobre contratos distintos al de 'ventas por cupón', cuya existencia de aquéllos tan poco está demostrada", por esa razón no hay elementos de convicción que permitan procesalmente concluir en una equivocada relación del segundo con los primeros, no puede aseverarse el incumplimiento alegado en el libelo, que el Banco de Occidente niega, y menos cuando no está probado que el demandado haya comunicado al demandante la cancelación del contrato de "Ventas por cupón" o que hubiere procedido a hacerlo internamente "como se advirtió en la inspección judicial", "donde aparece la constancia de la cancelación del contrato de afiliación de la Foto Revista India Catalina al sistema de Tarjetas de Crédito" (fls. 16 y 17 C-segunda instancia).

A renglón seguido anota "que la cancelación de los contratos de afiliación con cada uno de los integrantes del Sistema Asociados de Tarjetas de Crédito, del cual forma parte Credencial, conduzca a la imposibilidad de efectuar las 'Ventas por cupón', puede ser una lógica inferencia de estar probados los primeros y sus términos negociables" pero que de ello no se sigue que el demandado hubiese cancelado el contrato de Ventas por cupón que celebró con el demandante. Termina confirmando la sentencia apelada.

III. LA DEMANDA DE CASACION

Un cargo formula el demandante recurrente con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se estudia a continuación:

Cargo único

Mediante éste se acusa la sentencia de violar indirectamente, por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, y de las pruebas, los artículos 1, 3, 6, 31, 32, 63, 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 1499, 1500, 1501, 1502, 1503, 1505, 1506, 1517, 1518, 1519, 1521, 1524, 1525, 1546, 1551, 1602, 1603, 1604, 1608, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622 1623, 1624, 1625, 1626, 1627, 1630, 1633, 1729, 1730, 1731, 1733, 1736, 1738, 2341, 2343, 2347 y 2356 del Código Civil; artículos 174, 177, 187, 244, 245, 246, 251, 252, 258, 275, 276 y 289 del Código de Procedimiento Civil y artículos 4°, 5° y 8ª de la Ley 153 de 1887.

7. En el desarrollo del cargo la censura se refiere a los "errores de apreciación de la demanda", así: En el numeral 1° del capítulo de los antecedentes del fallo del Tribunal, se afirma que el demandante busca la indemnización de los perjuicios ocasionados por la terminación unilateral del contrato de ventas por cupón que suscribieron las partes el 8 de mayo de 1985 y se menciona en el punto "2.2.2 que la demanda se refiere únicamente al contrato de ventas por cupón, es cierto que los perjuicios que se persiguen se originan en la celebración del contrato de ventas por cupón suscrito entre las partes", pero no porque éste haya sido cancelado, sino porque hubo un incumplimiento del mismo por parte del Banco de Occidente -División Credencial: debe aclararse que ese incumplimiento tuvo como causa la cancelación unilateral de la afiliación del establecimiento, Foto Revista India Catalina, al sistema de tarjetas de crédito, especialmente a Credencial conforme consta en la inspección judicial realizada a las oficinas del demandado.

Prosigue la acusación: en la demanda se tiene en cuenta que el contrato suscrito entre las partes en la cláusula octava establece la forma de pago con la utilización de la tarjeta de crédito, "dinero que debía abonarse a la cuenta del establecimiento Foto Revista India Catalina" de propiedad del demandante. "Resulta a todas luces obvio -como lo indica acertadamente el *ad quem* en la sentencia- que la cancelación de la afiliación conduce a la imposibilidad de ejecutar las ventas por cupón", pues la primera (afiliación) era un presupuesto imprescindible para la ejecución del segundo (contrato de ventas por cupón). Por lo anterior, resulta evidente que la demanda no podía referirse únicamente al contrato de ventas por cupón, "sino también al hecho de estar afiliado el establecimiento Foto Revista India Catalina a Credencial".

8. En relación con el error de hecho en la apreciación de las pruebas, enuncia los siguientes:

a) Preterición del documento que contiene el "Contrato entre el Banco de Occidente y los establecimientos asociados para la utilización de la Tarjeta de Crédito Credencial" que obra en el folio 27 del Cuaderno 1 y de la comunicación de Incocrédito al demandante, a los cuales" se hace referencia en los puntos 2, 2.1 y 2.2 de la parte motiva de la sentencia impugnada" (fl. 7 de este cuaderno).

Acota que en la sentencia se afirma que Incocrédito comunicó al demandante que el Comité Asesor de los sistemas de tarjetas de crédito, Credibanco, Diners, BIC y Credencial había resuelto "dar por terminados sus contratos de afiliación suscritos con cada uno de los sistemas asociados", que evidentemente se refieren a contratos distintos

al de ventas por cupón; que el Banco aceptó la existencia de la carta porque no la tachó de falsa e hizo alusión de su contenido dándolo por cierto en el alegato de conclusión en segunda instancia; que es cierto que la comunicación se refiere a la afiliación del establecimiento Foto Revista India Catalina al sistema de tarjetas de crédito; que en cuanto a dicha afiliación, las relaciones entre el demandante y el Banco de Occidente -División Credencial- se rigen por el contrato entre el Banco y los establecimientos asociados para la utilización de la Tarjeta de Crédito, Credencial; que este contrato fue aprobado por el demandado y no tachado por el demandante; y que con este documento se prueba la existencia de la afiliación y en él están de manera clara y expresa todos los términos negociables de la misma (fl. 8).

Añade la acusación que a pesar de la existencia de esta prueba, el *ad quem* hizo caso omiso de ella cuando en la parte motiva acotó: "*cuya existencia de aquéllos* (sic) (refiriéndose a los contratos distintos al de ventas por cupón) *tampoco está demostrada*, y si por esa razón no hay elementos de convicción que permitan procesalmente concluir en una inequívoca relación del segundo (contrato de ventas por cupón) con los primeros (los contratos distintos de éste), no puede aseverarse el incumplimiento alegado en el libelo, que el Banco de Occidente niega".

"Que la cancelación de los contratos de afiliación con cada uno de los integrantes del Sistema Asociados de Tarjetas de Crédito, en el que forma parte Credencial, conduzca a la imposibilidad de efectuar las 'ventas por cupón', puede ser una lógica inferencia, *de estar probados los primeros y sus términos negociables*" (destaca la censura);

b) La inspección judicial en las oficinas del Banco demandado, en la que el juez constató que en el Banco de Occidente aparecía la anotación "05" correspondiente al establecimiento Foto Revista India Catalina, es una prueba más de la existencia del contrato de afiliación y como en la misma el subgerente dice que la "inscripción corresponde a la carta de mayo 31 de 1985", con esa prueba se demuestra que "aceptando en Incocrédito la falta de capacidad representativa del Banco de Occidente, aunque no haya habido comunicación por parte del demandado, éste canceló internamente la afiliación de la Foto Revista India Catalina: Este es el hecho generador de responsabilidad" ¿Por qué (sic) canceló el Banco dicha afiliación si era requisito previo para el cumplimiento del contrato de 'Ventas por cupón'? ¿No es ésta otra forma de terminar unilateralmente el contrato de 'Ventas por cupón'?"

Hecha la anterior consideración, la censura dice que la inspección prueba que aunque la comunicación provino de Incocrédito el Banco fue quien canceló la afiliación como figura en los archivos y que de mala fe hizo imposible la ejecución del contrato de ventas por cupón causando perjuicios al demandante, tomándose atribuciones de "censor" "pues el motivo fue" que se trataba de un contacto viciado de nulidad absoluta por tener causa ilícita, por ser contrario a las buenas costumbres;

c) Incurre también la sentencia en error en la interpretación del contrato de ventas por cupón, porque en el capítulo tercero de la motivación de la sentencia se refiere a que en las condiciones del mismo estaba la distribución de 200.000 plegables en un número hasta de 200.000 mensuales, lo cual no concuerda con la realidad, porque en el contrato se acordó la distribución de "en los meses de junio, julio y agosto un número de hasta

200.000 mensual plegables" lo que significa que podían ser hasta 600.000, pues se trataba de tres meses.

Concluye la impugnación, que el Tribunal interpretó erróneamente la demanda por considerar que se refería exclusivamente al contrato de "Ventas por cupón", sin tener en cuenta que era requisito para la ejecución de este "la afiliación a 'Credencial'"; que no dio por demostrado estándolo el contrato de afiliación denominado "Contrato entre el Banco de Occidente y los establecimientos asociados para la utilización de la tarjeta de crédito Credencial; como tampoco que Incocrédito canceló la afiliación de "Foto Revista India Catalina" actuando en representación del Banco; que en todo caso el Banco canceló internamente la afiliación del establecimiento y que interpretó erróneamente el contrato de "Ventas por cupón", "errores" que produjeron "un error de hecho que implicó la violación de las normas citadas".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

9. La demanda, como pieza fundamental de todo proceso por ser el acto con que comienza la relación jurídico- procesal y girar toda la actividad procedimental en su redador, debe ser interpretada por el juez, cuando es ambigua u ofrece oscuridad o duda, con el fin de desentrañar las pretensiones y no sacrificar el derecho sustancial. La interpretación, empero, debe hacerse en conjunto y en forma razonada y lógica, como lo reiteró esta Corporación en sentencia del 14 de diciembre de 1989 al enseñar:

"No existe en nuestra legislación procedimental, dice la Corte 'un sistema rígido y sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que hasta que aquélla aparezca claramente del libelo, ya de manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica en el conjunto de la demanda' (Cas. Civ. del 16 de diciembre de 1969, T. CXXXII, pág. 241). *'Son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción. Si están probados incumbe al juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer en conformidad, no obstante los errores de la súplica'"* (Cas. Civ. del 17 de octubre de 1962, C. 137, sentencia sin publicar).

La facultad de interpretar la demanda tiene sus límites, como que no le permite al juzgador "modificar o cambiar la pretensión, o alterar las afirmaciones sobre las cuales aquélla se edifica, so pena que exceda los límites de su competencia, o deje de resolver temas propuestos por el demandante" (sentencias del 26 de junio de 1986 y 28 de febrero de 1992, sin publicar).

9.1 Ahora bien, para que se configure el error en la interpretación de la demanda, es necesario como lo exige la ley, que "sea manifiesto", ostensible o protuberante, es decir, que salte a la vista de la simple lectura de la demanda, pues la actividad de interpretación solamente es atacable en casación "cuando fuere notoria y evidentemente errónea" lo que no se daría cuando entre varias interpretaciones razonables y lógicamente posibles, el Tribunal ha elegido alguna de ellas, pues es el resultado del ejercicio adecuado de su función jurisdiccional" (sentencias del 7 de abril de 1989 y del 28 de febrero de 1992, sin publicar).

En el sub examine *las súplicas son del siguiente tenor:*

"Primera. Declarar *a la entidad Banco de Occidente-División Credencial civilmente responsable de los perjuicios y el lucro cesante por la terminación unilateral del contrato sin número de ventas por cupón entre el Banco de Occidente-División Credencial y Francisco José Mora..., contrato de fecha ocho (8) de mayo de 1985". Como consecuencia de la anterior declaración se condenará a la misma entidad... a pagar al señor Francisco José Mora Martínez ...las siguientes sumas de dinero:*

"a) Dos mil cuatrocientos doce millones de pesos ($2.412.000.000.00) moneda corriente, por concepto de lucro cesante ocasionado por la terminación unilateral del contrato de ventas por cupón, ganancia que se vio privada de percibir por la omisión.

"b)..." (fls. 14 y 15 C. 1ª).

En la causa petendi *se precisó: la suscripción de "un contrato, sin número, ventas por cupón, el día 8 de mayo de 1985 con el Banco de Occidente" (hecho 1º); "Con carta, mayo 31 de 1985 No. 3116 de Incocrédito en nombre de Credencial dan por terminado el contrato suscrito entre Francisco José Mora Martínez y el Banco de Occidente-División Credencial" (hecho 5º). Los demás hechos se refieren a la inejecución del contrato aludido.*

Las súplicas de la demanda hacen ver en forma clara y contundente que lo pretendido por el actor es la indemnización de perjuicios ocasionados por la terminación unilateral del contrato "sin número" de ventas por cupón suscrito entre el Banco de Occidente-División Credencial "y el demandante (Pretensión Primera), terminación que según el demandante se dio mediante comunicación de 31 de mayo de 1985 de Incocrédito, en nombre de Credencial (hecho 5º de la demanda). Así lo entendió el Tribunal al ejercer su actividad de interpretación en la sentencia impugnada, cuando en el Capítulo III, perteneciente a "la pretensión" dedujo que ésta "es relativa a la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato realizado entre Francisco José Mora Martínez y el Banco de Occidente -División Credencial..." (fl. 14 C. Tribunal), *que los contratantes denominaron "Ventas por cupón" y del que afirma el demandante "que el Banco de Occidente -División Credencial intempestiva y unilateralmente canceló 26 días después de su celebración, según escrito que el 31 de mayo de 1985 recibió en la Asociación de Información y Control de Sistemas de Tarjeta de Crédito 'Incocrédito' (fl. 15 C-Tribunal).*

De modo que en la apreciación de la demanda el ad quem no incurrió en el error de hecho y menos con la calidad de manifiesto u ostensible, dado que en aquélla no se hizo mención al contrato de afiliación del establecimiento "Foto Revista India Catalina" a Credencial sino únicamente al contrato de "venta por cupón" y por consiguiente la interpretación de la demanda está de acuerdo con su contenido objetivo.

10. En lo que concierne con la incursión de error en la apreciación de otras pruebas, se tiene: La jurisprudencia de la Corte expresa que para que resulte próspero el cargo por error de hecho se requiere:

"1º El yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en los autos, e ignorando la que ciertamente existe en el proceso, o adulterado la objetividad de ésta o cercenándole su real contenido.

2º. La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, esto es, contraria a la realidad manifiestamente establecida por las pruebas en cuestión, y

3º. De acontecer esto último, también es necesario que el yerro de apreciación de las pruebas conduzca al quebranto de los preceptos sustanciales llamados a gobernar la verdadera situación controvertida.

"Por tanto, si cualquiera de las precedentes exigencias falta, el cargo es impróspero y, por ende, el fallo acusado debe quedar en pie" (Cas. Civ. del 24 de abril de 1969, CXXX, 63 y sentencia del 28 de febrero de 1992).

El error de hecho consiste, entonces, en una de sus modalidades, en que el sentenciador haya supuesto una prueba o haya ignorado una existente en el expediente, bien sea por adición o cercenamiento.

Son cargas del recurrente en casación, como ha dicho la Corte:

1. Individualizar el medio probatorio en el que recae el error, es decir, señalar cuál fue la prueba que se supuso, se ignoró, se adicionó o se cercenó, y

2. Indicar o demostrar el error, o sea indicar cómo se dio la suposición, preterición o la modalidad de que se trate, teniendo presente que este cometido ha de arrancar de un presupuesto inderogable, que estriba en que el error debe aparecer de modo manifiesto en el proceso, según lo pide el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 368 ibidem *también citado (sentencia del 28 de marzo de 1990, sin publicar).*

10.1 El recurrente le endilga al Tribunal preterir la carta de Incocrédito dirigida al demandante que obra en el folio 4 del cuaderno principal; el documento que "contiene el contrato entre el Banco de Occidente y los establecimientos asociados para la utilización de la Tarjeta de Crédito Credencial" y la inspección judicial en la que el juez pudo constatar "que en el Banco de Occidente aparecía la anotación '05' (Cancelado por Seguridad) en la afiliación número 4413077000, correspondiente al establecimiento de Comercio 'Foto Revista India Catalina', pruebas que según el censor demuestran el contrato de 'afiliación'" (fl. 8 de este cuaderno).

10.2 Se advierte a primera vista que el *ad quem* no omitió apreciar la comunicación enviada por Incocrédito, ni la inspección judicial, pues específicamente se refirió a estas pruebas cuando anotó: "Sólo que, y está igualmente probado, Incocrédito comunicó a Francisco José Mora Martínez (...) que el Comité Asesor de los Sistemas de Tarjetas..." (fl. 16 C. Tribunal) y "...no está probado que el Banco de Occidente haya comunicado a Francisco José Mora Martínez la cancelación del contrato de ventas por cupón o que, a falta de éste, hubiese procedido a hacerlo internamente, como se advirtió en la inspección judicial practicada en sus dependencias..." (fl. 17 C. Tribunal).

10.3 En cuanto a la preterición del documento que obra al folio 27 del cuaderno 1, se observa que el Tribunal omitió hacer consideración expresa en la sentencia, pero se desatiende la acusación por este motivo, máxime cuando con el documento no se demuestra que la asociación de información y sistema de tarjetas de crédito, Incocrédito, tenga la específica capacidad representativa del Banco de Occidente para comprometerlo "con la decisión tomada por todos los miembros del sistema, ni que el Banco de

Occidente haya comunicado al demandante "la cancelación del contrato de ventas por cupón o que a falta de éste hubiera procedido a hacerlo internamente" (fl. 17 C. Tribunal), argumentos que tuvo en consideración el Tribunal para absolver al demandado, pues como lo ha dicho la Corte "Siendo distinta la naturaleza de uno y otro tipo de error se tiene que, tal y como lo ha expreso la Corte "...es impropio que combatida la sentencia del Tribunal por yerro de valoración, la censura desarrolle el cargo por yerro de facto como también lo es que montado el ataque por el primer yerro la censura se desatienda de señalar normas de disciplina probatoria...". (Sentencias del 17 de mayo de 1985 y 5 de marzo de 1990, sin publicar).

De modo que la omisión resulta intranscendente, pues aun viendo el documento la decisión no variaría, como que el argumento fundamental es lo que en verdad alegó el demandante en el libelo incoatorio.

10.4 Por último, en cuanto a la incursión en error por cercenamiento en la apreciación del contrato "Ventas por cupón" por referirse la sentencia a la distribución de 200.000 plegables "siendo éste el número máximo de plegables que se podía repartir durante cada uno de los tres meses en que se ejecutaría" el contrato, es intranscendente, de modo que si bien el *ad quem* no hizo mención a los tres meses, ello no influye en el fallo y no demuestra que Incocrédito "tenga específica capacidad representativa del Banco de Occidente para comprometerlo con la decisión que se comenta" de terminar el contrato de afiliación. Agrégase a lo anterior que este último argumento no fue atacado por la censura y que él sólo sirve para sostener el fallo del tribunal, por cuanto que en la demanda se solicitó la indemnización por terminación unilateral del contrato de "Ventas por cupón" y no como consecuencia del de afiliación.

Colígese de lo anterior que los errores endilgados al Tribunal no se dan y menos con la calidad de "evidentes", por lo cual el cargo es impróspero.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 12 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., en el proceso ordinario promovido por el señor Francisco José Mora Martínez como propietario de "Foto Revista India Catalina" frente al Banco de Occidente, División Credencial.

Costas a cargo de la parte demandante recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

Héctor Gómez Uribe,

Conjuez.

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

DESISTIMIENTO DEL RECURSO / TRANSACCIÓN

El desistimiento del recurso extraordinario presentado por la parte demandada, obedece al contrato de transacción celebrado entre las partes, tal como lo expresan sus respectivos apoderados en el memorial suscrito por ambos y presentado ante la Corte, en el que ellas ponen de presente que las costas y agencias en derecho fueron materia de transacción.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4582.

Provee la Corte acerca del desistimiento del recurso de casación que presenta la parte demandada, recurso interpuesto contra la sentencia de 31 de mayo de 1993, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario iniciado por Blas Sánchez Osorio, en nombre de la sucesión de Martina Osorio Sánchez, frente a Oscar Vélez Salazar y la sociedad "J. Liborio Mejía Gil y Cía. S. en C.".

SE CONSIDERA

1. El desistimiento del recurso extraordinario presentado por la parte demandada, obedece al contrato de transacción celebrado entre las partes, tal como lo expresan sus respectivos apoderados en el memorial suscrito por ambos y presentado ante la Corte el día 5 de los cursantes, escrito en el que ellas ponen de presente que "las costas y agencias en derecho fueron materia de transacción".

2. El apoderado de la parte demandada está expresamente autorizado para desistir y el escrito en que así lo manifiesta fue presentado en la forma indicada en el artículo 345 del C. de P. C.

DECISIÓN:

1. Acéptase el desistimiento del recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada.

2. Sin costas, por haberlo previsto así las partes.

Cópiese y notifíquese.

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

Casación - Objeto / Presunción de Acierto

La sentencia del tribunal, o, en su caso, la del Juez del Circuito Civil, es el objeto propio del recurso de casación. Toda conclusión suya que no sea impugnada, es intangible para la Corte, ya que legalmente se le impone con grado de certeza, desde luego que la sentencia recurrida sube amparada con presunción de acierto, tanto en lo relativo a la aplicación del derecho sustancial, como en lo que atañe a la estimación y valoración del haz probatorio. /El recurso de casación no da nacimiento a una nueva instancia del proceso (cual sí ocurre con la apelación), instancia en que la Corte pudiera *ad libitum* y sólo limitada por el principio de la *no reformatio in pejus*, entrar a revisar todos los temas discutidos en las instancias precedentes.

Error de Hecho y de Derecho

Se presenta el error de hecho, cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia del medio de prueba en el proceso, o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su cometido; se presenta el error de derecho, en cambio cuando el juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o eficacia de la prueba, o su evaluación, es decir, cuando el juez interpreta dichos preceptos en forma distinta al verdadero alcance de ellos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1993.

Despacha la corte el recurso de casación que interpusiera la parte demandante en contra de la sentencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), dictada dentro del proceso ordinario seguido por Germán Guerrero Vargas en frente de la sociedad Calincon ltda.

ANTECEDENTES

1. Al Juzgado 2º Civil del Circuito de Cúcuta le fue repartida la demanda que presentara el señor Germán Nayick Guerrero para que con citación y audiencia de la

sociedad Calincon Ltda. y de Jorge Jácome Sagra, este último excluido luego de la pretensión, y previos los trámites de un proceso ordinario, se dictase sentencia en la que se declarase que pertenece en común y proindiviso al demandante el 50% del lotecito en Cúcuta sobre la Avenida 6ª distinguido con los números 9-51 a 9-65, comprendido dentro de los linderos que en el escrito introductorio se citan. Que, en consecuencia, se condenase a los demandados a su restitución junto con los frutos civiles correspondientes, desde el 17 de enero de 1979, por ser poseedores de mala fe. Y que el demandante no está obligado a indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el artículo 965 del C. C.

2. Esa pretensión se apoyó en los hechos que a continuación se resumen:

Por medio de la escritura pública número 84 de 17 de enero de 1979, de la Notaría 1ª de Cúcuta, inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria número 260-0004431 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad, el demandante compró a Pedro Castiblanco Gendales una cuota del 50% en común y proindiviso con Calincon Ltda., en el lote de terreno antes mencionado. Esa cuota la adquirió Pedro Castiblanco por compra a la señora Mercedes Vanegas vda. de González, tal como consta en la escritura pública número 241 de 1977, de la Notaría 2ª de Cúcuta, debidamente registrada. Mercedes Vanegas vda. de González había adquirido la misma cuota por adjudicación que se le hizo en la sucesión de Víctor González Berti, conforme a la sentencia del 4 de diciembre de 1965 del Juzgado 4º Civil Municipal de Bucaramanga, inscrita en la oficina competente y protocolizado el proceso según escritura pública número 3693 del 20 de diciembre de 1965 de la Notaría 2 de Bucaramanga. El mismo bien le había sido adjudicado a González Berti en la sucesión de Manuel María González, según sentencia del 18 de febrero de 1938 del Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta, protocolizada por medio de la escritura pública número 300 de 1938 de la Notaría 1ª de Cúcuta, debidamente registrada.

Existe una identidad perfecta entre el inmueble descrito en la demanda, en cuanto a su especificación y linderos, con los que rezan las escrituras públicas antes citadas. Los registros anteriores al de la escritura pública número 84 de 1979, desde veinte años atrás, se encuentran cancelados. La adquisición del dominio se ha producido de quien era verdadero dueño. El demandante se encuentra privado de la posesión de su cuota de dominio, la cual la tiene, de mala fe, la demandada, y la adquirió valiéndose de su condición de comunero. Así, ha explotado el inmueble, construido mejoras, y lo ha dado en consignación para que sea administrado por otros, sin darle al demandante la participación en los frutos que le corresponde. La posesión de la demanda se inició el 21 de febrero de 1977, según lo manifestaron los demandados al responder la demanda del proceso de rendición de cuentas instaurado por el señor Guerrero Vargas.

3. Notificado el representante de la sociedad demandada del auto admisorio de la demanda anterior, la respondió oponiéndose a las pretensiones del actor. En cuanto a los hechos, aceptó algunos y negó otros; particularmente, admitió estar en posesión del bien.

Propuso la excepción que hizo consistir en que no existe identidad entre la cosa poseída por el demandado con los títulos aducidos por el actor y expresados en la demanda.

4. Trabado el litigio en los términos anteriores, el Juzgado diligenció la primera instancia, la que concluyó con decisión estimatoria de las pretensiones del actor.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, el Tribunal revocó la decisión mencionada, y en su lugar denegó la reivindicación pedida, lo que hizo con base en las consideraciones cuyo resumen es el siguiente.

2. El *ad quem* inicia la parte considerativa propiamente dicha recordando el texto del artículo 946 del C. C., al igual que los elementos axiológicos de la pretensión reivindicatoria. Comenta el concerniente al dominio y recapitula la titulación ofrecida por el demandante para demostrarlo.

Destaca cómo en la escritura pública número 241 del 21 de febrero de 1977, contentiva de la compra hecha por Pedro Castiblanco a Mercedes Vanegas vda. de González, se dice que éste manifestó haber adquirido por adjudicación en el sucesorio de Manuel María González e Ida Berti de González, afirmación ésta que carece de soporte legal.

3. Es así como observa que "del análisis meticuloso y detenido de las escrituras públicas allegadas con el libelo, encontramos que esta vendedora..., en momento alguno fue heredera reconocida o adjudicataria en el sucesorio de Manuel María González e Ida Berti de González", calidad que sí tuvieron Cecilia y Víctor González Berti.

Reproduce el texto de la adjudicación número 7 hecha a Cecilia González Berti, según el texto de la Escritura número 300 de 1938, y luego la que bajo el número 9 se hizo a Víctor González Berti, y concluye con que "así como se relacionó este bien para cada uno de los herederos por su ubicación, extensión, superficie y linderos, se determinaron cada uno de los lotes o casas o acciones que les fueron adjudicados a estos dos herederos".

4. Dice que la señora Mercedes Vanegas de González es cónyuge supérstite de Víctor González Berti, de quien heredó, y que su herencia está contenida en la escritura pública número 3693, por medio de la cual se protocolizó la sucesión de éste, y que en la hijuela a ella hecha para el pago de deudas se dijo:

"Edificio Cúcuta, acciones y derechos por valor de seiscientos veinticinco mil pesos ($625.000.00) según la escritura número 300 de abril 20 de 1939, de la Notaría Primera de Cúcuta, registrada a la partida número 17 tomo 1, folio 213 del libro 1 de registro de causas mortuorias... $625.000.00".

5. Tras reiterar que Mercedes Vanegas vda. de González en momento alguno fue reconocida en el proceso sucesorio de José María González e Ida Berti de González, que no es menos cierto que se le reconoció como cónyuge supérstite en la sucesión de Víctor González Berti, expresa que es de una claridad meridiana "la carencia de título efectivo en cabeza del actor que llene el primer presupuesto axiológico en materia reivindicatoria", y añade a continuación:

"Al momento de adjudicársele los bienes a la señora Mercedes Vanegas viuda de González no se identificaron los mismos, por su ubicación, linderos y demás características, de allí que al vender el lote de terreno a Pedro Castiblanco Cendales, como recurso haya expresado en la escritura pública que la tradición se originaba en la adjudicación que le habían efectuado en la sucesión de Manuel María González e Ida Berti de González".

Con apoyo en la observación precedente observó a continuación que el bien no le fue adjudicado en ningún momento a Mercedes Vanegas de González y que no hubo "la efectiva transmisión de la titularidad de los bienes adjudicados por las fallas anteriormente mencionadas".

La conclusión anterior la remata diciendo que de lo expuesto fluye "la carencia de título en el demandante, pues si bien adquiere a Pedro Castiblanco Cendales con las formalidades de ley, la compra que anteriormente efectuara este último no sirve de respaldo jurídico como título propiamente dicho y menos aún para iniciar la acción reivindicatoria".

De ello, entonces, infiere la desestimación de la pretensión del demandante.

LA DEMANDA DE CASACION

1. En un solo cargo, sustentado en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., el recurrente le imputa a la sentencia la violación de los artículos 756, 1857, 669, 946, 947, 949, 950, 952, 961, 964 y 969 del C. C.; 12 de Dto. 960 de 1970; 1, 2, 30, 43 y 44 del Dto. 1250 de 1970; con "violación medio de los artículos 254 y 258 del C. de P. C., que condujo a aplicar indebidamente los artículos 762 y 1504 del Código Civil por error de derecho en la valoración de la eficacia probatoria de la escritura pública 84 del 17 de enero de 1979 de la Notaría 1ª de Cúcuta".

2. Anuncia el recurrente que a las violaciones denunciadas "se llegó por cometer errores *facti in judicando*, ya de hecho o de derecho".

En relación con los errores de hecho, señala la comisión de los siguientes:

1) No haber visto o no haber tenido en cuenta la contestación de la demanda "donde la demandante (sic) acepta su condición de poseedora y la alega en la respuesta número 15...".

2) No haber visto o no haber tenido en cuenta el testimonio de Julián Torrado B., "quien afirma hechos de posesión inequívoca en Mercedes Vanegas viuda de González....", citando a continuación pasos de tal prueba.

3) No haber tenido en cuenta la inspección judicial "en cuyo curso se estableció la administración del bien *sub lite* por cuenta de Mercedes Vanegas y a cargo de la firma arrendadora Buenahora Frebes (sic) Ltda....".

4) No haber tenido en cuenta el testimonio de Alfonso Peralta "...a quien le consta los actos de posesión y dificultades experimentadas por Castiblanco (sic) en el ejercicio de su posesión en comunidad con Jorge Jácome Sagra y/o Calincon Ltda....de donde se deriva la aceptación por parte de la demandada, no sólo de la propiedad sino de la posesión en común con Castiblanco a quien le ofreció compra".

5) No haber visto ni considerado el testimonio de Ada Amparo Barreto "subgerente de la demandada quien aceptó tener conocimiento de la propiedad del bien *sub lite*", aparte del cual reproduce.

6) No tuvo en cuenta la declaración de Mercedes Vanegas de Obando "quien en forma clara afirmó haber dado poder a su administrador para que entregará su cuota de derecho a Castiblanco".

7) No consideró el interrogatorio de Luz Amelia Barreto de Jácome, representante de Calincon Ltda., "quien negó que Calincon Ltda., hubiese explotado el bien..., con lo cual desvirtúa la posesión por explotación de Calincon Ltda....".

8) No haber tenido en cuenta las declaraciones de Efraín Cruz C., Jorge Lubin M. y Pedro Castiblanco (sic), relativas a actos posesorios tanto de éste como de Germán Guerrero.

9) No haberse considerado la prueba trasladada del proceso de rendición de cuentas "de la cual se desprende la calidad de poseedor de Germán Guerrero y de la cual Calincon Ltda no deriva título de poseedor de la cuota que se reivindica".

10) No haber considerado ni el folio de matrícula, ni el contenido de las escrituras números 241, 3693, 125 y 300, de las cuales se deriva la titularidad del dominio y la identidad del predio reivindicado.

11) Haber ignorado la diligencia de inspección judicial, cuando con ella se estableció la identidad entre lo poseído y lo reivindicado.

3. Asevera más adelante el recurrente que "de las pruebas relacionadas se deducen los cuatro elementos axiológicos para la prosperidad impetrada de la acción base de la demanda".

Y luego, que "el mismo fallador cometió errores de derecho o errores *in iudicando* trascendentes en la parte resolutiva de la sentencia acusada consistentes en falencia en la valoración probatoria, eficacia, fuerza de convicción de una escritura pública número 84 del 17 de enero de 1979, Notaría 1ª de Cúcuta, documento auténtico y que no fue tachado dentro del proceso". Que este error de derecho "trascendente en la sentencia hizo que se violaran en forma indirecta las normas que regulan la admisión, pertinencia y eficacia de estos medios probatorios...". Que, dice al concluir "ha de fulminarse la sentencia acusada porque con los ataques o censuras contenidas en este cargo se derroban las dos únicas bases de la sentencia: La carencia de título y la falta de identidad, hechos sobre los cuales abunda la prueba que fue precisamente ignorada", sin que sobre advertir que el título del demandado versa sobre el otro 50%, y que carece de título anterior al del "poseedor y dueño demandante del otro 50%".

SE CONSIDERA

1. La jurisprudencia de la Corte tiene repetido invariablemente que la sentencia del Tribunal, o, en su caso, la del Juez del Circuito Civil, es el objeto propio del recurso de casación. Que, en tal orden de ideas "toda conclusión suya que no sea impugnada, es intangible para la Corte, ya que legalmente se le impone con grado de certeza, desde luego que la sentencia recurrida SUBE amparada con presunción de acierto, tanto en

lo relativo a la aplicación del derecho sustancial, como en lo que atañe a la estimación y valoración del haz probatorio, y como esta presunción de legalidad produce sus plenos efectos mientras no sea desvirtuada por un ataque victorioso en casación, es claro que la Corte tiene que respetar y acatar los fundamentos de la sentencia recurrida, mientras subsista la apuntada presunción de certeza, pues el recurso de casación no da nacimiento a una nueva instancia del proceso (cual sí ocurre con el de apelación), instancia en que la Corte pudiera *ad libitum* y sólo limita por el principio de la no *reformatio in pejus*, entrar a revisar todos los temas discutidos en las instancias precedentes..." (Cas. Civ. 4 de sept. de 1975, entre muchas).

Por eso, también en innúmeras oportunidades, ha llamado la atención acerca de la exigencia que hoy se contiene en el numeral 3º del artículo 374 del C. de P. C., en el sentido de que la exposición de los fundamentos de cada acusación debe verificarse "en forma precisa y clara". Lo segundo porque la exposición no puede ser oscura, confusa o ininteligible. Y lo primero porque si por la precisión se llega a prescindir de aquello que no resulta indispensable, ello quiere decir que tal exigencia conduce a que la exposición del cargo debe ser rigurosa o exacta, es decir, ceñida en un todo a lo que constituyó el soporte de la sentencia, de forma que aquél aparezca como una cabal antítesis de ésta.

2. En el presente caso, como se sabe, el Tribunal no acogió la pretensión reivindicatoria por juzgar que el demandante carecía de título porque si bien adquirió "con las formalidades de ley" de Pedro Castiblanco, la compra anterior hecha por éste "no sirve de respaldo jurídico como título propiamente dicho y menos aún para iniciar la acción reivindicatoria". Y tal juicio lo derivó de haber hallado que en la adjudicación hecha a la señora Mercedes Vanegas vda. de González dentro de la sucesión de su esposo Víctor González Berti, los bienes materia de la misma no se identificaron por su ubicación, linderos y demás características, lo que, en su sentir, entraña que "no hubo en sí la efectiva transmisión de la titularidad de los bienes adjudicados...".

Ese fue el real fundamento del fallo y hacia él es que el recurrente ha debido orientar su actividad impugnaticia, tratando de demostrar, o bien que ello no era así, o que sin embargo de contarse con la existencia de ese hecho, él no tenía por qué influir sobre la titularidad del dominio del actor, y, cualquiera hubiera sido la senda que con tal propósito siguiera, le era, además, ineludible mirar el problema a la luz de las normas reguladoras de la tradición, justamente por haber estimado el *ad quem* que ésta no se había dado aquí conforme a la ley.

3. Pero no lo hizo y, en vez de ello desvió el ataque hacia aspectos que en sede de casación eran por completo irrelevantes. En efecto, ninguna incidencia tenía en la cuestión tal como el Tribunal la abordó, que éste no hubiera considerado las pruebas demostrativas de la posesión de la señora Mercedes Vanegas vda. de González, de la del señor Pedro Castiblanco, o de la del propio demandante, o aun las de la posesión de la parte demandada. O las concernientes a la identificación del predio.

Y aun cuando habla del desconocimiento de las escrituras públicas contentivas de los actos y contratos que configurarían la cadena de títulos del demandante, al igual que el del respectivo folio de matrícula inmobiliaria, su planteamiento, por fuera de que no resulta ser cierto, pues el Tribunal sí se ocupó de todos y cada uno de esos documentos,

explícita o implícitamente, no viene orientado a desquiciar la base del fallo, como que se reduce a acotar que de esas escrituras -junto con la de adquisición de la cuota correspondiente a la sociedad demandada- "se deriva no sólo la titularidad sino la identidad del predio reivindicando", lo cual, a no dudarlo, deja aquélla inalterada.

En lo anotado, por tanto, se advierte un primer motivo para que el cargo no se abra paso.

2. Pero al anterior defecto técnico se le suma otro de no menor significación. Ciertamente, el recurrente empezó imputándole al Tribunal la comisión de un error de derecho "en la valoración de la eficacia probatoria de la escritura pública 84 del 17 de enero de 1979 de la Notaría 1ª de Cúcuta", por medio de la cual, anota la Sala, el actor adquirió su cuota de dominio de manos de Pedro Castiblanco, y un poco más adelante, como ya se señaló, dijo que el Tribunal había cometido el error de hecho consistente en el desconocimiento del contenido del mismo instrumento.

Pues bien, nítidas son las diferencias existentes en casación entre el error de hecho y el de derecho en que el juzgador de instancia puede caer en materia de apreciación probatoria: Se presenta el primero "cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia del medio de prueba en el proceso, o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido, se presenta el error de derecho, en cambio, cuando el juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o eficacia de la prueba, o su evaluación, es decir, cuando el juez interpreta dichos preceptos en forma distinta al verdadero alcance de ellos. Lo cual significa que el error de hecho equivale al desacierto del sentenciador en la contemplación objetiva de la prueba; al paso que el error de derecho se traduce en la desacertada contemplación jurídica de ella: el primero es el yerro sobre la existencia o el contenido de la prueba; el segundo, sobre la valoración de ésta, según el sistema legal regulativo del medio probatorio. Si bien los dos errores de apreciación probatoria...tienen como punto común el que producen idéntica consecuencia, o sea, la violación de una norma sustancial..., es lo cierto que entrambos existen muy claras y ostensibles diferencias que les infunden entidad específica propia y que por consiguiente impiden confundirlos" (Cas. Civ. 8 de junio de 1978). De la anterior doctrina -que constituye un cabal desarrollo de lo establecido en los artículos 368 y 374 del C. de P. C. fluye como consecuencia primordial la de que si es distinta la naturaleza de uno y otro error, no es ni lógica ni jurídicamente admisible hacer una mezcla de ellos al tratar de demostrarlos, ni presentarlos simultáneamente respecto del mismo medio, caso este último que es el que acá se ha dado en relación con la escritura pública número 84, conforme ha quedado puntualizado.

No se trata de un mero artificio porque la disyuntiva es obvia: Si el punto reside en que el Tribunal no vio la prueba, entonces se quiere decir que no pudo haber cometido error de derecho pues éste, como se acaba de anotar, presupone la contemplación objetiva de. medio. O si el error en que incurrió fue uno de derecho, entonces no es posible afirmar, al tiempo, que desconoció el contenido del medio.

Esa falla asume una importancia capital porque se trataba, ni más ni menos, que de la prueba en la que el actor hizo descansar su derecho de dominio. De modo que aun cuando se prescindiera de la que antes se destacó, ella por sí sola impide la prosperidad del cargo.

DECISION:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), dictada dentro del proceso ordinario seguido por Germán Guerrero Vargas en frente de la sociedad Calincon Ltda.

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

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

DEMANDA DE REVISIÓN / PERTENENCIA / DEMANDA CONTRA HEREDEROS

Según se desprende de los anexos de la demanda de revisión, la acción de pertenencia se encaminó, entre otros, contra los herederos indeterminados, circunstancia que, por fuerza otorgó a todos cuanto ostentaban esa calidad respecto del citado causante la condición de demandados; de manera que una vez emplazados, como aconteció, por curador *ad litem*, tomaron además la calidad de partes en aquel proceso, independientemente de cualquier otra decisión judicial emitida posteriormente y en sentido contrario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4611.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por los demandantes en revisión contra el auto de 29 de septiembre del año en curso, pronunciado por esta Corporación dentro del proceso de pertenencia iniciado por José del Carmen Cruz C. frente a Damián Rodríguez y la sucesión de Eufracio Cruz Ventura, en virtud del cual se inadmitió la demanda incoativa del citado recurso.

ANTECEDENTES

I. Contra la sentencia de 22 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, interpusieron recurso de revisión Ana Cecilia Quintana Cruz de Jaramillo y Marco Tulio Cruz Rodríguez, mediante la correspondiente demanda que inadmitió la Corte en auto de 29 de septiembre, por cuanto ella no fue dirigida además contra Delfín Cruz Cifuentes, Rosa María Quintana Cruz de Duarte y Eva Cruz Rodríguez, herederos del difunto Eufracio Cruz Ventura, ni tampoco contra los herederos determinados y/o indeterminados de Damián Rodríguez, no obstante estar afectados todos ellos por la declaración de pertenencia de 22 de abril de 1992 (sentencia del Tribunal).

II. Solicita los reposicionistas se aclare o reforme el mencionado auto inadmisorio de la demanda de revisión, en consideración a que con arreglo al numeral 2 del artículo 382, ésta sólo debe estar dirigida contra las personas que fueron parte en el proceso de pertenencia aludido, y por cuanto Delfín Cruz Cifuentes, Rosa María Quintana Cruz de Duarte y Eva Cruz Rodríguez no fueron parte en el citado proceso, cuya sentencia es materia del recurso extraordinario, a más de que la demanda se incoó en nombre y beneficio de "la sucesión intestada e ilíquida de Eufracio Cruz Ventura y Fructuosa Rodríguez, y las personas antes citadas son herederos de los mismos y por consiguiente el recurso extraordinario de revisión los beneficia a ellos...". Piden, por tanto, que la Corte disponga si, a pesar de lo anterior, deben incorporarse a la demanda dichas personas "de acuerdo con el numeral 2 del artículo 382 antes citado...", y si Delfín Cruz Cifuentes, a quien se le negó su intervención en el trámite de la pertenencia "debe incluirse como persona que fue parte en el citado proceso".

CONSIDERACIONES

1. Según se desprende de los anexos de la demanda de revisión, la acción de pertenencia promovida por José del Carmen Cruz Cruz se encaminó, entre otros, contra los herederos indeterminados de Eufracio Cruz Ventura, circunstancia que, por fuerza, otorgó a todos cuantos ostentaban esa calidad respecto del citado causante la condición de demandados; de manera que una vez emplazados y representados, como aconteció, por curador *ad litem*, tomaron además la calidad de partes en aquel proceso, independientemente de cualquier otra decisión judicial emitida posteriormente y en sentido contrario.

2. La reflexión anterior y habida cuenta de los anexos aquí obrantes, permite colegir que Delfín Cruz Cifuentes, Rosa María Quintana Cruz de Duarte y Eva Cruz Rodríguez sí fueron parte en el proceso de pertenencia promovido por José del Carmen Cruz Cruz, puesto que ellos son herederos reconocidos judicialmente del causante Eufracio Cruz Ventura, y como tales fueron emplazados y representados por curador *ad litem* dentro de ese proceso.

3. Se impone pues, que los actores en revisión corrijan la demanda en los términos en que se dispuso en el auto recurrido de 29 de septiembre pasado, que por lo mismo deberá mantenerse.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, *deniega* el recurso de reposición interpuesto por los recurrentes en revisión contra el auto de 29 de septiembre de 1993.

Notifíquese.

Alberto Ospina Botero.

Exequatur / Providencia Judicial / Sentencia - Ejecutoria

Carece la sentencia cuya ejecución se pide, de la constancia de ejecutoria, o sea que el fallo esté en firme. Ejecutoria equivale a sentencia firme. Que se entiende por "ejecutoria" según la Enciclopedia Omeba. Es necesario que obre en autos la constancia de que la sentencia está firme y no que esté archivada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., trece de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Referencia: Expediente número 4668.

Procede la Corte a decidir respecto de la admisibilidad de la demanda del exequatur presentada el 27 de septiembre de 1993 por el procurador judicial de Fabiola Tobón Rojas", en relación con la "Sentencia de Divorcio pronunciada por la Corte de Asuntos Comunes del Condado de Allegheny, División de Familia del Estado de Pensilvania (Estados Unidos de América), por medio de la cual se decretó el Divorcio del matrimonio Civil contraído en ese país entre el ciudadano norteamericano Joseph J. Holland y la ciudadana colombiana Fabiola Tobón Rojas".

I. ANTECEDENTES

1. La demandante, por intermedio de su apoderado judicial, informa que contrajo matrimonio civil con Joseph John Holland, de nacionalidad norteamericana, el día 3 de junio de 1989, ante la Corte de Asuntos Comunes del Condado de Allegheny, del Estado de Pensilvania, que fue registrado en Colombia en la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá el día 14 de diciembre de 1990, por lo que surte plenos efectos en este país.

2. "Por sentencia del 15 de agosto de 1991, proferida por la Corte de Asuntos Comunes del Condado de Allegheny, del Estado de Pensilvania, División de Familia, de los Estados Unidos de América, se decretó el divorcio de los citados cónyuges, por la causal de que el matrimonio se encontraba en estado definitivo de imposible reconciliación" (fl. 8, c. Corte).

3. Durante el matrimonio no hubo hijos, ni la sociedad conyugal adquirió bienes.

4. La sentencia cuyo *exequatur* se demanda, entre otros requisitos, no se opone a las leyes y otras disposiciones colombianas de orden público, y se encuentra ejecutoriada, acorde con las leyes del país de origen.

5. De acuerdo con los anteriores hechos, solicita que con citación de Joseph John Holland, "declarar que la sentencia de fecha 15 de agosto de 1991 dictada por la Corte de Asuntos Comunes del Condado de Allegheny, División de Familia, del Estado de Pensilvania, de los Estados Unidos de América, produce o surte efectos en la República de Colombia" (fl. 7, c. Corte).

II. SE CONSIDERA

6. *Para que la sentencia extranjera surta efectos en Colombia, dispone el numeral 3° del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, deberá reunir entre otros requisitos "Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada".*

7. Del estudio de la demanda y sus anexos se encuentra, que carece la sentencia cuya ejecución se pide, de la constancia de ejecutoria, o sea que el fallo esté en firme.

Al punto tiene dicho la Corte:

"Ejecutoria equivale a sentencia firme y según la Enciclopedia Omeba, se entiende por ejecutoria 'el hecho de que las resoluciones judiciales adquieren firmeza, es decir no sean ya susceptibles de ningún recurso y produzcan todos sus efectos, entre los cuales tratándose de sentencias definitivas, el más importante es que tengan tránsito de cosa juzgada'.

"Lo anterior significa que conforme al citado numeral 3° es necesario que obre en autos la constancia de que la sentencia está firme y no que esté archivada, puesto que el archivo tiene que ver con la custodia o guarda del expediente y no con el hecho de que según la ley del Condado de Dade el fallo por ser firme no es susceptible de revisión alguna y por tanto debe cumplirse.

"Que el fallo no cause efectos de cosa juzgada material es distinto a que esté ejecutoriado o sea firme, y éste es el requisito que exige el legislador, no el de los efectos de la sentencia..." (Auto del 6 de diciembre de 1991, N. P.).

8. Lo expuesto lleva a la Corte a rechazar la demanda conforme con lo indicado en el artículo 695, numeral 2, en armonía con el artículo 694-32 del Código de Procedimiento Civil, y ordenar devolver los anexos sin necesidad de desglose.

DECISION

Por lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Rechazar la demanda del *exequatur* presentada por Fabiola Tobón Rojas para la ejecución de la sentencia de divorcio de la peticionaria y Joseph Jhon Holland,

pronunciada por el Condado de Allegheny -División de Familia- del Estado de Pensilvania de los Estados Unidos de América, del 15 de agosto de 1991.

Devolver al interesado los anexos sin necesidad de desglose.

Tiénese al doctor Juan Carlos Roldán Jaramillo como mandatario judicial de la demandante Fabiola Tobón Rojas, en los términos y para los efectos señalados en el memorial poder que obra al folio 1 de este cuaderno.

Notifíquese.

Eduardo García Sarmiento.

Excepción / Excepción de Mérito / Prescripción

Cuando el demandado dice que excepciona, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo ninguna excepción, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto. La precitada exigencia, si bien se predica respecto de todas las excepciones de mérito, es de rigurosa observancia en excepciones que, como la compensación, la nulidad relativa y la prescripción, no pueden declararse de oficio, pues no tratándose de ninguna de ellas, nada importa que el demandado le hubiera dado un determinado fundamento a la excepción propuesta y que el fallador la hubiere declarado probada apoyándose en otras razones. / En materia de excepciones, no importa tanto su denominación cuando la correcta exposición de los hechos que las estructuran. Pero ni siquiera tal exposición tiene mayor realce cuando la excepción debe ser declarada de oficio, en esta hipótesis lo que importa es la prueba. / La razón de ser para que el juez no le sea permisible declarar de oficio la prescripción, sin embargo, de que llegue a encontrarla probada, estriba en que el beneficio con ella puede renunciarla, incluso tácitamente.

Congruencia

La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los ventas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como *causa patendi*, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no le habría dado oportunidad para contradecirlos.

Acción Pauliana

La acción pauliana o revocatoria, es la que otorga ley a los acreedores de una persona para obtener la revocación de los actos de su deudor que, aunque reales y perfectos en sí mismos, han sido otorgados por ésta de mala fe (*consilium fraudis*) y en perjuicio de los derechos de los mismos acreedores (*eventus damni*). / La acción pauliana se concibió y se encuentra instituida como un derecho auxiliar de los acreedores anteriores al acto nocivo y fraudulento otorgado por el deudor. Histórica y técnicamente esta acción, que es personal, sólo corresponde a aquellos

acreedores anteriores, porque el deudor, con fraude y sin perjuicio de los mismos, ha hecho salir de su patrimonio bienes que eran parte integrante de la prenda general que les servía de garantía./ La revocación del acto fraudulento únicamente aprovecha a los acreedores que han ejercido la acción pauliana, pero sólo hasta concurrencia de sus créditos, con lo cual se cumple la finalidad específica de la precitada acción, que no es otra que la de reconstruir la garantía que aquéllos tienen sobre el patrimonio del deudor.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3617.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 15 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario de la Corporación Financiera de Caldas S.A., y la Corporación Popular de Ahorro y Vivienda Corpavi contra Oscar Castro García, Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo, Filiberto, Luz Elena, Luis Fernando, Carlos Roberto y Omar Castro García.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante libelo que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, las mencionadas personas jurídicas demandaron a las precitadas personas naturales, para que con su citación y audiencia, y previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera. Revocar* el acto de compraventa celebrado entre el doctor Oscar Castro García, como vendedor, y los señores Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo Castro García, Filiberto Castro García, Omar Castro García, Luz Elena Castro García, Luis Fernando Castro García y Carlos Roberto Castro García, como compradores, obrante en la E. P., número 2405 corrida el día 5 de diciembre de 1985 en la Notaría 4ª de Manizales, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Neira a los folios de matrícula inmobiliaria números 110-0004312, 110-0004313 y 110-0005593, y en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Manizales, a los folios de matrícula inmobiliaria números 100-0000734, 100-0073444 y 100-0073445.

"*Segunda. Ordenar*, consecuencialmente, que los bienes que se anajenaron por medio de la E. P., número 2405 otorgada el día 5 de diciembre de 1985 en la Notaría 4ª de Manizales y relacionados en los literales a), c) y e) del hecho noveno de la demanda, vuelvan al patrimonio del doctor Oscar Castro García, afectados al pago de las acreencias de las dos entidades acreedoras demandantes, por partes iguales.

"*Tercero. Ordenar*, también como consecuencia de las declaraciones solicitadas, que el precio de las enajenaciones hechas por los señores Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo Castro García, Filiberto Castro García, Omar Castro García, Luz Elena Castro García, Luis Fernando Castro García y Carlos Roberto Castro García, y de la que se dio cuenta en los hechos de la demanda, se restituya, en las partes que correspondan al porcentaje transferido por el doctor Oscar Castro García, al patrimonio de éste, también afectado al pago de las acreencias de las dos entidades demandantes, por partes iguales.

"*Cuarto*. Condene en costas a los demandados".

2. Las sociedades demandantes relataron como hechos constitutivos de la *causa petendi* los que a continuación se relacionan:

a.- El codemandado Oscar Castro García les adeuda, de plazo vencido, por concepto de capital, intereses y costas procesales, las sumas de dinero que se recogen en los siguientes títulos valores:

1. A la Corporación Popular de Ahorro y Vivienda, Corpavi, pagaré a la orden, suscrito conjuntamente con Belén Ramírez de Castro, el 22 de diciembre de 1981, la cantidad de 2.792.7136 Upacs, que a la fecha de la presentación de la demanda judicial, intentada para su recaudo ejecutivo, equivalían a $1.980.369.07; pagaré a la orden, suscrito igualmente con Belén Ramírez de Castro, el 22 de diciembre de 1981, la cantidad de 5.803.2143 Upacs, que a la presentación de la demanda ejecutiva, intentada para su recaudo, equivalía a $4.115.175.32; pagaré a la orden, suscrito conjuntamente con Alvaro Estrada Mejía y Estrada y Castro Ltda., el 21 de diciembre de 1981, la cantidad de 8.001.4402 Upacs, que a la fecha de la presentación de la respectiva demanda ejecutiva equivalían a $6.247.245.98; pagaré a la orden, suscrito conjuntamente con Estrada y Castro Ltda., el 27 de abril de 1983, la cantidad de 4.300.8520 Upacs, que a la fecha de la presentación de la demanda ejecutiva equivalían a $2.800.413.76.

2. A la Corporación Financiera de Caldas S.A., pagaré suscrito el 29 de diciembre de 1983, por la cantidad de $5.000.000.00;

b.- Tales obligaciones "...no se descargaron en su oportunidad por el deudor, debiendo iniciar...las acciones judiciales tendientes a lograr su recaudo forzoso. Pero los procesos correspondientes han sufrido considerable retraso y las excepciones que en todos propuso el deudor, fueron desestimadas ordenándose continuar adelante con las ejecuciones; sin embargo, los bienes que pudieron ser trabados para responder por las acreencias cobradas, resultaron insuficientes para atender el pago del principal, sus intereses y las costas procesales causadas";

c.- Las deudas a cargo del precitado codemandado y a favor de la Corporación de Ahorro y Vivienda Corpavi, fueron liquidadas por los Juzgados en los cuales se tramitan las distintas ejecuciones, así:

1. Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales. Ejecución contra Oscar Castro García y Belén Ramírez de Castro:

Capital	$10.178.168.10
Intereses	5.152.834.10
Costas	951.579.00
Total	$16.282.581.20

La liquidación anterior fue efectuada el día 23 de junio de 1986; los bienes embargados en este proceso fueron avaluados en la suma de $2.407.677.64.

2.- Juzgado Cuarto Civil de Circuito. Ejecución contra Estrada y Castro Cía. Ltda., Oscar Castro García y Alvaro Estrada Mejía.

Capital e intereses	$17.097.818.70
Costas	676.224.50
Total	$17.774.043.20

Los pocos bienes que pudieron ser embargados, fueron rematados por la suma de $2.492.602.00 moneda corriente;

d.- El crédito a cargo de Oscar Castro García y a favor de la Corporación Financiera de Caldas S.A., cobrado por la vía ejecutiva ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, fue liquidado en la suma de $8.205.432.90, el 17 de marzo de 1986; los bienes embargados resultaron absolutamente insuficientes para el pago de la deuda;

e.- Para la fecha de iniciación de las relacionadas ejecuciones, Oscar Castro García "...sufría una notoria insolvencia agravada por la existencia de otras obligaciones a su cargo, obligaciones que tampoco fueron descargadas y que obligaron a los acreedores a iniciar las acciones judiciales tendientes a obtener su recobro"; empero, el 5 de diciembre de 1985, mediante escritura número 2405 de la Notaría 4ª de Manizales, el mencionado deudor "...procedió a transferir a título de venta a los señores Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo Castro García, Filiberto Castro García, Omar Castro García, Luz Elena Castro García, Luis Fernando Castro García y Carlos Roberto Castro García, el derecho de dominio y la posesión efectiva de que era titular en una cuota del 10% en comunidad con el restante 90% con los mismos compradores", sobre los siguientes bienes":

"a) Una casa de habitación, con su correspondiente solar, ubicada en el municipio de Manizales, en la calle 32 No.32-35/40, de una cabida y solar de 16 metros de frente, por 32 metros de centro, todo, poco más o menos, comprendido dentro de los siguientes linderos...;

b) Hacienda Las Nieves, inmueble rural...situado en el paraje de Tapias-Arriba, en jurisdicción del Municipio de Neira...formado por dos lotes de terreno contiguos..., *primer lote denominado Las Nieves...Segundo lote denominado El Bosque...*;

c) Hacienda El Porvenir,...situada en el Municipio de Villamaría, en la cordillera Central...;

d) Una finca rural denominada Capri o La Ponderosa, ubicada en el Paraje La Cabaña, Municipio de Manizales...;

e) Un inmueble rural denominado Los Planes o Los Alpes, ubicado en el Municipio de Neira...", escritura que fue registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Manizales y Neira (Caldas) en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria;

f) Los bienes transferidos por el codemandado Oscar Castro García le fueron adjudicados en virtud de la sentencia de 23 de noviembre de 1981, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales, aprobatoria de la partición efectuada, en el sucesorio de Elena García de Castro, e inscrita en los folios de matrícula correspondientes de las competentes oficinas de Registro de Instrumentos Públicos el día 11 de diciembre de 1985 "...es decir, sólo 6 días después de formalizada la escritura pública de compraventa la que también fue registrada, paralelamente, con el registro de la sentencia de partición";

g) Es "...evidente, entonces, la intención del deudor doctor Oscar Castro García de mantener ocultos los derechos sobre tales bienes hasta tanto formalizara la venta que verificó en favor de todos sus hermanos, con él adjudicatarios en la sucesión", enajenación que "...no solamente incrementó la notoria insolvencia del deudor doctor Oscar Castro García, sino que hizo que tal insolvencia fuera entonces total y absoluta...", transferencia realizada "...no sólo en favor de parientes inmediatos del deudor, por lo demás ampliamente conocedores de su insolvencia y de su difícil situación económica, sino por precios sumamente bajos que en realidad no corresponden al valor real de tales bienes a la fecha de la operación impugnada";

h) Es claro que con tal operación, el expresado deudor y los mencionados compradores "...obrando en armonía, afectaron los derechos de las entidades acreedoras que no pudieron hacer efectivo el embargo de tales bienes en razón de figurar los mismos en cabeza de los compradores", la que fue consumada "...en fraude de los establecimientos de crédito acreedores, pues con anterioridad a la fecha de la compraventa existían créditos a cargo del deudor doctor Oscar Castro García y a favor de las entidades demandantes, créditos que en tal momento eran exigibles y cuyo recaudo se buscaba por la vía de la ejecución forzada"; el acto de transferencia que "...aumentó y determinó la insolvencia total y absoluta del deudor, fue llevado a cabo por éste a sabiendas del mal estado de sus negocios y de la insolvencia absoluta en que se colocaba y los adquirentes conocían de sobra el mal estado de los negocios del vendedor, es decir, su insolvencia preexistente y consecutiva del acto de traspaso";

i) Con posterioridad a la venta, en relación con algunos de los bienes transferidos, los compradores realizaron actos de disposición y, en el caso de uno de los bienes, cumplieron una partición material;

j) Como consecuencia de los hechos relacionados "...es claro, entonces, que el acto jurídico contenido en la E. P., número 2405 corrida el 5 de diciembre de 1985 en la Notaría 4ª de Manizales, constituye un fraude a los derechos de los acreedores demandantes por haberse colocado el deudor en insolvencia total, por lo que tales acreedores están facultados legalmente para ejercitar la acción paulina o de revocación del acto de compraventa, estableciendo la responsabilidad de los adquirentes del doctor Oscar Castro García en cuanto a las enajenaciones por ellos efectuadas y solicitando que los bienes en poder de los adquirentes y el valor de las enajenaciones por ellos

efectuadas, vuelvan al patrimonio del doctor Oscar Castro García, afectados al pago de las acreencias de las entidades acreedoras demandantes".

4. En su oportuna respuesta a la demanda, el deudor Oscar Castro García se opuso al despacho favorable de las súplicas impetradas por las entidades actoras; respecto de los hechos, aceptó como ciertos algunos (hechos primero, segundo, décimo y decimoprimero), parcialmente cierto uno (hecho tercero), ni afirmaba ni negaba otros (hechos cuarto, sexto, decimoséptimo, decimoctavo, decimonoveno, vigésimo y vigésimo primero) y como no ciertos los restantes. Propuso, además, con excepciones de fondo las de "carencia de los presupuestos de la pretensión", aducida por las demandantes, la de deducida de "...todo hecho que resultare demostrado en el juicio con la capacidad legal para enervar las pretensiones de los demandantes, con base en el artículo 306 del C. de P. C.", y la de "...caducidad y la de prescripción de la acción y de las pretensiones invocadas por parte de los demandantes, con base en el artículo 2491, numeral 3º del C. C.".

A su vez, los restantes demandados, en su también tempestiva respuesta al libelo incoatorio del proceso, adoptaron, en término general, similar conducta a la exhibida por el codemandado Oscar Castro García, por cuanto se opusieron al despacho favorable de las pretensiones deducidas por la parte actora; aceptaron algunos hechos, negaron otros y pidieron prueba de los restantes. Propusieron, también excepciones de fondo, como las de "...inexistencia de *consilium fraudis* y *eventus damni*", "...ausencia de los requisitos de la acción pauliana" y la de "...prescripción de la acción", apoyada en que "en virtud del tiempo transcurrido desde la fecha en que se realizó la compraventa de los derechos herenciales de Oscar Castro (septiembre de 1983) y la fecha de la presentación de la demanda (diciembre 4 de 1986), y de acuerdo con el ordenamiento del artículo 2491 numeral 3º del C. Civil, la acción se encuentra más que prescrita, pues han transcurrido más de tres años".

5. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia concluyó con sentencia de 13 de febrero de 1991, por medio de la cual el juzgado de conocimiento declaró "...probada la excepción de prescripción de la acción paulina o revocatoria formulada por las personas demandadas", y en consecuencia, las absolvió de los cargos formulados en la demanda incoatoria del proceso, determinación que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al desatar el recurso de alzada interpuesto por los demandantes, confirmó mediante fallo de 15 de julio de 1991.

6. Contra esta última determinación, la parte actora interpuso recurso de casación, impugnación extraordinaria que, por encontrarse debidamente sustanciada, pasa a decidirse por la Corte.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA Y SUS MOTIVACIONES

Verificado el recuento de los antecedentes del litigio y compendiada la actuación surtida en primera instancia, el Tribunal emprende el examen de la situación controvertida advirtiendo de entrada que, si bien el *a quo* "...realizó una evaluación del dispositivo probatorio que lo llevó a considerar radicado en cabeza de las entidades el derecho sustancial reclamado...", para luego "...cuando se ocupó de las excepciones de mérito, encontró estructurada la de prescripción de la acción, procediendo a su declaratoria",

no comparte tal procedimiento, por cuanto dicha Corporación ha venido sosteniendo que "...cuando se fundamentan tal clase de excepciones, su estudio debe realizarse, directamente, prescindiendo del análisis de la existencia o no del derecho reclamado...", para lo cual transcribió los pasajes pertinentes de la sentencia de 24 de marzo de 1987, proferida en el proceso ordinario de Alberto Rincón Cardona contra la Compañía Suramericana de Seguros.

Apuntalado en dicho criterio, el sentenciador de segundo grado se ocupa "...inmediatamente, del estudio de la prescripción de la acción invocada por la parte demandante (sic)", para cuyo efecto, tras reproducir el contenido del artículo 2491 del Código Civil, describe la siguiente situación:

"Tomando como base el numeral 3º del artículo en cita, que fija un año de prescripción para la acción, el *a quo* determinó que el lapso había fenecido, contando con que el negocio atacado, el cual consta en la escritura pública número 2405 del 5 de diciembre de 1985, fue inscrito en el competente registro el día 11 de diciembre de 1985; la demanda, se interpuso el 4 de diciembre de 1986; se repartió el 5 se admitió el 12, siguientes; las notificaciones personales de la demanda, tuvieron cumplimiento, el 22 de enero de 1987 con Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Luz Elena Castro García, Luis Fernando Castro García, Roberto Castro García, Elsa Castro de Buitrago y Oscar Castro García; la notificación con Joaquín Guillermo Castro García se surtió el 24 de enero de 1987; con Filiberto Castro García el 27 siguiente y con Omar Castro García, el 2 de febrero de 1987; y en tanto que la parte actora no satisfizo los requisitos del artículo 90 del C. de P. Civil, no pagó el importe de las notificaciones dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, para interrumpir la prescripción a partir de su presentación; tuvo como fecha de esa interrupción, la de la notificación a cada uno, superándose el término de un año; adviniendo el fenómeno jurídico de la prescripción, la cual declaró cumplida".

Y transcrito el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, vigente para cuando se surtió la notificación del auto admisorio a los demandados, el *ad quem* precisa que "por regla general, la prescripción se considera interrumpida con la notificación del auto admisorio de la demanda; empero, la interrupción puede tener operancia, excepcionalmente, cuando se presente una demanda y el actor satisfaga los requisitos que postula el artículo 90 del C. de P. Civil, desde el mismo momento de su presentación", requisitos que a continuación relaciona, para concluir: "Reputados como no cumplidos los requisitos en la sentencia del juzgador de primer grado, lo que dio lugar a la prescripción, la parte recurrente glosa la decisión apoyada en los siguientes puntos", los que seguidamente resumen, al igual que los esgrimidos por los demandados para solicitar la intangibilidad de la sentencia apelada.

"Fijado -prosigue el Tribunal- el tema de la decisión, confrontada la tesis del juzgado y teniendo presentes las posiciones de las partes, hallamos que, el negocio atacado mediante la acción se realizó por medio de la escritura pública 2405, corrida el 5 de diciembre de 1985, en la Notaría Cuarta de Manizales, siendo registrada en las oficinas correspondientes de Neira y Manizales el 11 de diciembre siguiente"; que "...la demanda se introdujo al Juzgado Tercero Civil del Circuito, en reparto, el 4 de diciembre de 1986, y le fue repartida al día siguiente, al Juzgado Segundo Civil del Circuito; este Juzgado pronunció auto, el 12 de diciembre siguiente, y en dicho auto,

a vuelta de admitir la demanda a su regular trámite, ordenó emplazara los señores: Cilia Teresa Castro de A., Inés Castro de Peláez, Luz Elena Castro García, Luis Fernando Castro García y Carlos Roberto Castro García; de los restantes, Oscar Castro García, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo Castro García, Filiberto Castro García y Omar Castro García, se suministró la dirección para que fuesen notificados personalmente; además, se ordenó la inscripción de la demanda en el competente registro, quedando inscrita el 17 de diciembre de 1986", que "entre el 13 de diciembre de 1986 y el 19 de diciembre del mismo año, no se percibe actividad alguna de los demandantes en el expediente, pues solamente se expidió el oficio para la inscripción en el registro de la demanda, la cual se realizó"; que "...con fecha 20 de enero de 1987, fueron enviados sendos telegramas, por parte del Juzgado, usando en la Franquicia, a los señores: Oscar Castro García, Elsa Castro de Buitrago, Filiberto García Castro, donde se les reclama su comparecencia al Juzgado para recibir notificación en asunto civil; el 15 de enero, inmediatamente anterior, había sido fijado edicto, donde se emplazaba a los restantes codemandados"; que "...el 22 de enero de 1987, recibieron personal notificación de la demanda: Elsa Castro de Buitrago, Luz Elena Castro García, Inés Castro de Peláez, Cilia Teresa Castro de Arias, Luis Fernando Castro García y Oscar Castro García; el 24 de enero siguiente, se notificó Joaquín Guillermo, el 27, Filiberto y el 2 de febrero, Omar".

Por consiguiente, el juzgador de segunda instancia establece que "...quiere ello decir que los demandantes no suministraron, dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del auto admisorio, el recaudo necesario para que un empleado del Juzgado, con la autorización del Secretario, se desplazara a las direcciones de los demandados citados en la demanda, con el propósito de notificarles personalmente, el auto admisorio y correrles traslado (art. 315 Dcto. 1400/70)"; y que "...como no hubo tal suministro, el juzgado, oficiosamente, redactó y envió los mensajes, cuyas copias obrantes en el folio, con la constancia de haberse enviado con franquicia, prueban hasta la saciedad la omisión de la parte demandante".

Reitera el Tribunal que, como antes lo había dicho, "...la aplicación del artículo 90 a un caso concreto, reclamaba el cumplimiento de tres condiciones, pues la interrupción de la prescripción, a partir de la introducción de la demanda, es cosa excepcional, al contrario de lo que sucede normalmente, donde la notificación del auto admisorio de la demanda cumple el cometido de interrumpir la prescripción; pues bien, en el caso debatido ya falló esa primera condición consistente en suministrar lo necesario, para las notificaciones personales, dentro de los cinco (5) días siguientes a la admisión; por ello, respecto de los señores Oscar Castro García, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo Castro García, Filiberto Castro García y Omar Castro García, se tendrá como fecha de interrupción de la prescripción, la misma de su notificación, vale decir, el 22 de enero de 1987, para los dos primeros; el 24 y el 27 de enero de 1987, y el 2 de febrero de 1987, respectivamente para los restantes. No se dice otro tanto de los demás codemandados, puesto que se pidió su emplazamiento siendo ordenado y la parte actora suministró los gastos que demandó el acto procesal. Por manera que respecto de los codemandados citados, la acción prescribió, en virtud de lo dispuesto por el num. 3° del artículo 2491 del Código Civil".

Agrega el *ad quem* que "...como lo recuerda el recurrente, los cinco (5) días, para depositar las gastos, se vencieron el 19 de diciembre de 1986, y los diez (10) días para

la notificación, el 23 de enero de 1987; ahora no se diga que por haber sido notificados dentro de esos diez (10) días, Oscar Castro García y Elsa Castro de Buitrago, respecto de ellos se interrumpió el término de prescripción, desde la presentación de la demanda; la realidad es que no hubo tal interrupción, pues el incumplimiento de la carga procesal de suministrar los gastos de notificación, hace que el caso deje de enmarcarse en el artículo 90, y se aplique a ellos, no lo excepcional, sino lo general, es decir, la interrupción, una vez notificados de la demanda. Si se llegase a considerar que la notificación dentro de los diez (10) días interrumpió el término de prescripción desde la presentación de la demanda, respecto de Oscar y Elsa Castro, de quienes se dio la dirección, ello mismo autorizaría a pensar que los actores al no lograr la notificación de Joaquín Guillermo, Filiberto y Omar Castro García, dentro del mismo término, también habrían disfrutado de la facultad de pedir su emplazamiento, para que se les notificara dentro de los dos meses siguientes y como fueron notificados personalmente, antes de transcurrir esos dos meses, su emplazamiento habría sido en vano, por sustracción de materia; lo que llevaría al absurdo de sostener que en todo caso, la notificación realizada dentro de los dos meses y quince días siguientes a la presentación de la demanda, interrumpe el término de prescripción desde esa presentación, se proporcione o no lo necesario para las notificaciones, por la parte actora"; sin embargo, a renglón seguido observa que "...ello no es así, suministrando la mejor prueba de modificación que el Decreto 2282 de 1989, introdujo al artículo 90, donde se relevó a la parte de cargas procesales distintas a que, por cualquier medio, logre la notificación dentro de los ciento veinte días siguientes a la presentación de la demanda".

Repite el *ad quem* que como "...la parte actora no suministró lo necesario para las notificaciones personales a los demandados cuyas direcciones anotó en las demandas y aunque no se dejó anotación expresa de esa omisión, las citaciones telegráficas, de las cuales quedó copia en el expediente, tienen la constancia de haber sido enviadas con franquicia, lo que de hecho, demuestra fehacientemente que no hubo tal recaudo"; por lo tanto, concluye "...la acción prescribió con relación a los señores Oscar, Elsa, Joaquín Guillermo, Omar y Filiberto, a quienes se repite se les notificó la demanda más allá del 11 de diciembre de 1986 y como lo advierte el señor apoderado de la parte demandante, el hecho de que la acción haya prescrito respecto de Oscar Castro García, genera la prescripción respecto de los demás participantes en el negocio, perdiendo, por lo tanto, interés la discusión sobre si existe litisconsorcio necesario entre los codemandados compradores".

Puntualiza el Tribunal que "...si la notificación se realizó a pesar de la inactividad de la parte actora, no se puede deducir, por vía de interpretación general, que se han cumplido las exigencias de la norma para interrumpir la prescripción a partir de la presentación de la demanda. Tampoco es conocida jurisprudencia de la Sala Civil de la honorable Corte, que releve de sus cargas procesales al demandante"; y en relación con el tema del litisconsorcio que pudo presentarse entre el vendedor Oscar Castro García y los compradores "...pero no entre éstos mutuamente, hallamos que la discusión perdió todo interés, pues que la acción también prescribió respecto del vendedor Oscar Castro García, y ese beneficio alcanza a todos los que contrataron con él."; además, no considera procedente la aplicación al caso concreto del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta la reforma introducida por el Decreto 2282 de

1989, por cuanto "...ello no es posible en virtud de la irretroactividad de la ley procesal...", estimación que respalda con el criterio adoptado por esta Corporación en el punto.

Y, sobre la forma como los demandados propusieron la excepción de prescripción, el Tribunal expresa que "Oscar, la alegó y dijo basarse en el numeral 3º del artículo 2491 del Código Civil; los demás codemandados, por boca de su apoderado, ubicaron en el año de 1983, el punto de partida para contar la prescripción, fecha que resultó no cierta"; reconoce que "...la proposición del medio defensivo no estuvo rodeado de una técnica depurada, en cuanto a la exposición de los hechos y motivos; la presentación a la excepción por parte de Oscar Castro García, fue demasiado escueta y la de los demás codemandados, presentó hechos y datos que no resultaron consecuentes con la realidad del proceso". "Empero, prosigue el sentenciador de instancia, cada uno de los codemandados, evidentemente, formuló la excepción en forma directa y expresa, sin que queden dudas sobre su formulación y además hubo sustentación, lo que colma la exigencia de la norma legal, que no expresa cuán dilatada o breve debe ser la fundamentación para que el juzgador la atienda".

Refutados otros aspectos sustentatorios de la apelación, que no se estiman pertinentes consignar por cuanto nada dicen en relación con la impugnación extraordinaria formulada, el Tribunal clausuró la motivación de su sentencia afirmando que "...quedan así analizados y desvirtuados los motivos de la discrepancia con la sentencia de primer grado, que formula la parte actora, imponiéndose la convalidación de lo allí resuelto".

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos enderezan las entidades actoras recurrentes contra la sentencia acabada de extractar, el primero ubicado en el ámbito de la causal segunda de casación y el segundo en el de la primera, previstas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales la Corte sólo examinará el primero, como quiera que dispone de suficientes elementos de juicio para su prosperidad.

Cargo primero

Tildase de incongruentes la sentencia "por no estar... en consonancia con las excepciones propuestas por la parte demandada", reparo que la censura desarrolla de la siguiente manera:

Refiérense las entidades recurrentes, en primer término, a la crítica que le formula el Tribunal al *a quo* respecto del procedimiento adoptado para decidir la controversia, pues aquél considera que el estudio de las pretensiones de la demanda se torna inane cuando en el proceso se alega y prueba la existencia de la excepción de prescripción, y por tanto, la parte expositiva de la providencia respectiva debe contraerse al estudio y decisión de la precitada excepción, oportunidad que se aprovecha para solicitarle a la Corte, que en aras de la función unificadora de la jurisprudencia, rectifique la posición del Tribunal en el punto a que se hace referencia "...porque no obstante la comodidad que ella supone para los jueces y en general las ventajas prácticas que conlleva, desde el punto de vista jurídico es inadmisible. No es correcto, en efecto, sostener que cuando se trata de excepciones de mérito llamadas a prosperar, se le abra

al juzgador vía franca para ocuparse directamente de ellas, "prescindiendo del análisis acerca de la existencia o no del derecho reclamado", según palabras del tribunal. Para evidenciar lo desacertado de esta tesis, basta con observar, a propósito de la prescripción, que es la que aquí interesa, que siendo ella una causa de extinción de los derechos, las obligaciones y las acciones, no es posible que ocurra sin que se tenga previamente por existente el respectivo derecho, obligación o acción, pues obvio que sin la existencia de éstos no se ve cómo la prescripción los extingue. Y observar, además, ya en el plano jurídico, que si en el caso de una obligación, ella llega a quedar extinguida por prescripción, no desaparece por eso del mundo jurídico, definitivamente, sino que queda subsistiendo como obligación natural (art. 1527, numeral 2º C. C.) lo que no puede predicarse sino de obligación que haya existido como obligación civil".

Y ya sobre la materia del cargo, las recurrentes recuerdan que el Tribunal, aplicando la equivocada tesis atrás comentada, se limitó en su sentencia a analizar la excepción de prescripción extintiva de la acción pauliana que dio lugar a la demanda, prevista en el numeral 3º del artículo 2491 del Código Civil, para llegar a la conclusión de que la prescripción que estaba corriendo en el momento de la presentación de la demanda, no recibió el beneficio, respecto de la parte actora, de que se interrumpiera con dicha presentación, por no haberse cumplido las condiciones exigidas por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, para que ello sucediera así. Y luego de hacer la exégesis del art. 90 del C. de P. C., y de hallar que éste favorecía en el caso de autos a la parte demandada, concluye diciendo que "...quedan analizados y desvirtuados los motivos de discrepancia con la sentencia de primer grado, que formula la parte actora, imponiéndose la convalidación de lo allí resuelto".

Precisa la censura que el Tribunal arribó a tal conclusión, luego de considerar, conforme a los artículos 306 del Código de Procedimiento Civil y 2513 del Código Civil, que "...la parte demandada había alegado ese fenómeno extintivo, y que lo había hecho al contestar la demanda, como lo imponen los artículos 92-3 y 306 del C. de P. C. En este particular el Tribunal no aceptó los planteamientos que hizo la parte actora al sustentar el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, enderezados a apoyar la tesis de que la interposición de las excepciones por los demandados había sido deficiente y no podía, por tanto, tenerse en cuenta. Estimó el Tribunal, pues, que los reclamos sobre el particular de la parte actora no eran razonables, y dedujo que la alegación de las excepciones se había ajustado a la ley, desde el punto de vista formal, y que había sido suficientemente fundamentada".

A renglón seguido advierten las recurrentes que la "fundamentación de la excepción de prescripción, a juicio del tribunal satisfactoria, no puede ser otra (el demandado Oscar Castro no fundamentó la suya) que la invocada por los demandados Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Luz Elena Castro García, Joaquín Guillermo Castro García, Filiberto Castro García, Luis Fernando Castro García, Carlos Roberto Castro García y Omar Castro García, en la contestación conjunta que dieran a la demanda y al proponer excepciones, fundamentación que aparece bajo el numeral 3º del folio 349 del cuaderno principal. Allí se lee, en ese particular, lo que enseguida se transcribe y que es aparte del capítulo de excepciones de mérito del escrito de contestación de la demanda:

"3) *Prescripción de la acción*

"En virtud del tiempo transcurrido *desde la fecha en que se realizó la compraventa de los derechos hereditarios de Oscar Castro a mis mandantes (septiembre de 1983) y la fecha de presentación de la demanda (diciembre 4 de 1986)* y de acuerdo al ordenamiento del artículo 2491 numeral 3º del C. Civil, la acción se encuentra más que prescrita, *pues han transcurrido más de 3 años*". (Destacado del texto).

Agrega la impugnación que para un mejor entendimiento de la fundamentación transcrita, conviene tener presente que "...en desarrollo de su afirmación de que nunca existieron los elementos de la acción pauliana consistentes en el *eventus damni* el *consilium fraudis*, págs. 3 a 6 de la contestación de la demanda (folios 346 a 349 del cuaderno principal), los citados demandados dan por sentado que entre ellos y el otro demandado doctor Oscar Castro García, se celebró desde septiembre de 1983 un contrato en virtud del cual este último le transfería a los primeros sus derechos hereditarios en la sucesión de la señora Elena García de Castro y los primeros se hacían cargo de atender deudas del doctor Castro García con el Banco de Caldas por suma superior a veinte millones de pesos. Es así como, dentro de esta concepción, la contestación de la demanda reza, por una parte, que "d) el contrato de compraventa se concretó a finales del mes de septiembre de 1983, fecha en que Oscar Castro manifestó su intención definitiva de transferir el dominio de los derechos herenciales que le correspondían en la sucesión de su señora madre, Elena García de Castro"; y de otro, que "aceptada por parte de mis mandantes la oferta que les hacía Oscar Castro García de la venta de los derechos herenciales, procedieron mis clientes a suscribir el pagaré número 6925 a favor del Banco de Caldas, operándose así la novación de la obligación que el doctor Oscar Castro García tenía a favor de dicho Banco".

En tales condiciones, prosigue la censura, "es palmario..., que en tanto que la acción revocatoria o pauliana ejercida en la demanda está dirigida contra la específica compraventa de inmuebles contenida en la escritura 2405 de 5 de diciembre de 1985, la excepción de prescripción propuesta por los demandados se refirió a un acto distinto a éste, celebrado en septiembre de 1983, en virtud del cual Oscar Castro García se obligó a transferir sus derechos hereditarios en la sucesión de Elena García de Castro, a cambio de que sus hermanos se hicieran cargo, como se hicieron efectivamente, de las obligaciones de aquél en favor del Banco de Caldas.

Seguidamente advierten los impugnantes que en materia de excepciones de mérito o de fondo "...específicamente de las que no pueden ser declaradas de oficio por el juez, sino que requieren ser expresamente alegadas por la parte demandada, como es la de prescripción, ha de advertirse de acuerdo con la doctrina que no basta meramente con nombrarlas para que se tengan por suficientemente formuladas, sino que es preciso invocar los hechos en que consisten; y, además, que ellas participen de la naturaleza de las pretensiones propiamente dichas cuya formulación corresponde al actor, y que por lo tanto están integradas por elementos de hecho y de derecho cuya reunión configura la excepción concretamente esgrimida en cada caso, como manifestación particular del derecho más amplio de defensa que constitucionalmente le está atribuido con la jerarquía de derecho fundamental".

Puestas así las cosas, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dice la censura que "...la sentencia debe estar en consonancia no sólo con las pretensiones aducidas por el actor en la demanda, sino con las excepciones que hubieren sido alegadas cuando así lo exija la ley. Y de igual manera que la consonancia debe darse no solamente en relación con lo pedido en la demanda, sino con los hechos a *causa petendi* invocados para sustentar cada petición, como quedó definido en la modificación 183 introducida por el Decreto 2282 de 1989 al Código de Procedimiento Civil, referida esta modificación al artículo 368-2 del aludido Código, así debe entenderse que ha de ser en materia de excepciones, y que por lo tanto la que declare probada el juez ha de corresponder precisamente a los hechos que adujo la parte demandada al proponerla. Lo cual permite decir, entonces, que si se declara probada una excepción con base en hechos diversos a los alegados por el demandado, se incurre en manifiesta incongruencia, con el agravante de que en tal hipótesis se comete burla del precepto conforme al cual el juez no puede declarar probadas excepciones que conforme a la ley deben ser expresamente alegadas por las partes, pues indudablemente eso es lo que sucede cuando identificada la fisonomía de una determinada excepción con referencia a ciertos hechos específicos, el juez la declara probada pero apoyándose en hechos distintos a los alegados por el interesado. Siendo de agregar que si el excepcionante ha incurrido en error al plantear su excepción, tal error no puede ser rectificado por el juez, para de ese modo obviar las consecuencias fatales de aquél, así como tampoco pueden ser rectificados los errores en que haya incurrido el actor al formular sus pretensiones, si resulta que los hechos invocados para sustentarlos son incompletos, o los que han debido invocarse son otros distintos a los efectivamente afirmados".

Por tanto, concluye la censura, en el presente caso es manifiesto que el Tribunal cometió el error *in procedendo* denunciado "...pues es incontrastable el hecho de que habiéndose fundado la excepción de prescripción propuesta en circunstancias atinentes a un contrato celebrado en septiembre de 1983, estructuralmente distinto al que es objeto de la demanda inicial de este proceso, y con referencia a una prescripción consumada desde 1984, el tribunal cayó en pecado de incongruencia al haberla declarado probada en relación con otro contrato, otro tiempo y otras circunstancias. También en relación con la excepción propuesta por el doctor Oscar Castro García, dado que éste no la fundó en absoluto, lo que equivale a no haberla propuesto, o a que el vacío al respecto sea también vacío para una congruencia frente a los fundamentos de hecho del sentenciador y a la postre una inconsonancia".

Consideraciones

1. Es indudable que de conformidad con el régimen legal de las excepciones, particularmente de las denominadas actualmente de mérito o de fondo (antes perentorias) y con el criterio expuesto sobre el tema por la doctrina y la jurisprudencia, para que una excepción de tal naturaleza pueda ser tenida en cuenta por el juzgador, no basta con enunciarla al contestar la demanda, sino que es necesario alegar el hecho en que se funda y demostrarlo, pues si la excepción es todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, o estrictamente "...consiste en oponer a la acción del demandante un hecho que impide o que extingue los efectos jurídicos del hecho alegado por éste, y que por

tanto destruye la acción", resulta imperioso "...alegar el hecho en que la excepción se funda y demostrarlo en el curso del juicio, para de esa manera poner de manifiesto el derecho que venga a destruir lo alegado y probado por el actor" (LXXX, 711), por cuanto "proponer una excepción es simplemente expresar el hecho o hechos que la constituyen sin que para el efecto se requieran fórmulas sacramentales" (LXXX, 715), pues las excepciones "...más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa (No. 1949, 524)", razón por la cual "...cuando el demandado dice que excepciona, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad aponiendo ninguna excepción, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto" (CXXX, 19).

2. Empero, la precitada exigencia, si bien se predica respecto de todas las excepciones de mérito, es de rigurosa observancia en excepciones que, como la compensación, la nulidad relativa y la prescripción, no pueden declararse de oficio, pues no tratándose de ninguna de ellas, nada importa que el demandado le hubiera dado un determinado fundamento a la excepción propuesta y que el fallador la hubiere declarado probada apoyándose en otras razones, porque si conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, el juzgador puede declarar probada de oficio cualquier otra excepción, aunque no haya sido propuesta ni alegada, es incuestionable que también puede declararla probada por motivos distintos de los alegados por el excepcionante.

3. De tal suerte que, cuando se trata de excepciones que no pueden declararse de oficio, como las prenombradas, por cuanto emanan de circunstancias que podrían originar una pretensión autónoma que el demandado puede renunciar a ejercer como tal, es, de un lado, forzoso proponerla, y de otro, ineludible alegar y probar el hecho o hechos que la constituyan, y en los cuales pudiera deducirse la razón que invocara el excepcionante para atacar la existencia de la acción o su extinción, si alguna vez hubiese existido, por cuanto si no es obligación del juzgador declararla de oficio, cuando encuentre probado el hecho que la estructura, tampoco es deber suyo declararla por hechos o circunstancias no propuestos por el excepcionante, como quiera que de no ser así, la precitada restricción carecería de función alguna.

4. Tal criterio ya había sido expuesto por esta Corporación, cuando en sentencia de 14 de diciembre de 1992, reproduciendo otros, dijo:

"De conformidad con el artículo 2513 del C. C., 'el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio'.

"El precepto anterior se encuentra íntimamente ligado con el siguiente, o sea el artículo 2514, el cual, si se quiere, es el que le brinda su razón de ser, pues allí, en el inciso 1°, dispónese que 'la prescripción debe ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida'.

"Por lo tanto, viene a ser del todo lógico afirmar que la razón de ser para que al juez no le sea permisible declarar de oficio la prescripción, sin embargo, de que

llegue a encontrarla probada, estriba en que el beneficiado con ella puede renunciarla, incluso tácitamente. Que a esto equivale el abstenerse de alegarla dentro del respectivo proceso.

"Por otra parte, establécese en el inciso 1º del artículo 306 del C. de P. C., que 'cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente (sic) en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda'.

"Dejando de lado el debate doctrinario sobre si cuando se trata de su declaratoria de oficio se está ante una verdadera excepción, o no, pues en este caso no hay necesidad de tomar partido acerca de tal cuestión, interesa, sí, llamar la atención sobre la primera parte del precepto acabado de mencionar, o sea aquella que dice: 'Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción...'; interesa llamar la atención, se dice, porque, cabalmente, la clave para esclarecer el punto se halla en los hechos. Los hechos que, configurando la excepción, al encontrarse probados dentro del proceso, son los que determinan el deber del juez de declarar esta de oficio. Por eso, de manera invariable y coincidente jurisprudencia y doctrina han sostenido que en materia de excepciones, no importa tanto su denominación cuanto la correcta exposición de los hechos que las estructuran. Pero ni siquiera tal exposición tiene mayor realce cuando la excepción debe ser declarada de oficio, pues, como se viene diciendo, en esta hipótesis lo que importa es la prueba.

"En cambio, la adecuada descripción fáctual sí es ineludible en lo tocante con aquellas excepciones que el juez únicamente puede considerar a instancia de parte, tal como sucede con la prescripción. Aquí, incluso, no aparecería como impertinente añadir que puede el excepcionante equivocar la denominación jurídica de la excepción (por ej., llamar caducidad a una prescripción, calificar como confusión a una compensación, tener como nulidad absoluta un hecho que solo es representativo de una de carácter relativo), sin que semejante proceder le acarree ninguna consecuencia. Mas si, por el contrario, desacierta en el trazado fáctico de la excepción, reseñándolo de manera imprecisa o incompleta -tal como también lo podría hacer el actor con la causa petendi de su pretensión-, el asunto asume un cariz por completo diferente, por más que la calificación jurídica esté bien presentada.

"Acerca de este específico punto, la Corte, en sentencia del 11 de mayo de 1981 (sin publicar), reproduciendo lo manifestado en oportunidades anteriores, dijo:

'...Una excepción no puede considerarse legalmente propuesta, mientras no se expongan los hechos que le sirven de fundamento' (XXXVI, pág. 460). 'En cuanto a las excepciones, la Sala reafirma una vez más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa' (No. 1949, pág. 524)".

5. Ahora bien; si antes de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989 al actual Código de Procedimiento Civil, la causal segunda de casación prevista en el numeral segundo (2º) del artículo 368 ibidem, sólo podía utilizarse para denunciar la incongruencia de la sentencia "...con las pretensiones de la demanda o las excepcio-

nes propuestas por el demandado...", hoy sirve, además, para denunciar el mismo vicio, cuando el fallo no esté en consonancia con los hechos invocados por el excepcionante al proponer las excepciones que necesariamente deben alegarse para obtener su reconocimiento, pues en el punto el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que regula en fenómeno de la congruencia de los fallos judiciales, determinó que "la sentencia deberá 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".

6. De manera que hoy, al tenor del artículo 305 precitado, el vicio de inconsonancia se puede configurar también en el supuesto de acoger una excepción no declarable de oficio, con apoyo en hechos no alegados en la contestación de la demanda, y que para corregirlo, se pueda acudir a la causal segunda de casación prevista en el artículo 368 de la codificación procesal civil, cuando reza que es 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", normatividad que encuentra respaldo en la consideración de que "la sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi. *pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no le habría dado oportunidad para contradecirlos. Tal el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados". (Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1977. Ordinario de Instituto de Crédito Territorial contra Juan Gaitán Chávez).*

7. Las anteriores precisiones sirven, además, de puntual para advertir que el estudio de las excepciones, como lo ha sostenido la Corte desde antiguo "...no procede sino cuando se ha deducido o establecido en el fallo el derecho del actor, porque entonces habiéndose estudiado el fondo del asunto y establecido el derecho que la parte actora invoca, es necesario, de oficio algunas veces, a petición del demandado en otras....confrontar el derecho con la defensa, para resolver si ésta lo extinguió. Por eso, cuando la sentencia es absolutoria, es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir, el derecho a que haya que oponerse la defensa" (Cas. Civ. de 30 de abril de 1937, XLV, 114; 31 de mayo de 1938, XLVI, 612), o sea, que "...el estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda, negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión)" (XLVII, 616).

8. Descendiendo al caso *sub judice*, bien pronto se advierte el vicio de incongruencia denunciado por la censura, pues ciertamente el reconocimiento de la excepción de prescripción invocada por los demandados se fundó en hechos que, de un lado, no fueron alegados, como es el caso del codemandado Oscar Castro García y, de otro, distintos de los aducidos, como en el caso de los restantes demandados.

En efecto: el resumen de los antecedentes del litigio pone de presente que la acción intentada por las entidades actoras frente a los prementionados demandados, no fue otra que la pauliana o revocatoria del contrato de compraventa suscrito el 5 de diciembre de 1985 ante la Notaría Cuarta de Manizales, entre las personas integrantes de la parte demandada, por medio del cual el codemandado Oscar Castro García transfirió a título de venta a Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo, Filiberto, Omar, Luz Elena, Luis Fernando y Roberto Carlos Castro García, "...el derecho de dominio y posesión efectiva de que era titular en una cuota del 10% en comunidad con el restante 90% con los mismos compradores..." sobre los bienes inmuebles que en la respectiva demanda se relacionaron, sostenida fundamentalmente en la consideración de que tal acto dispositivo no solamente agravaba la situación de insolvencia que ya padecía el deudor Oscar Castro García, "razón por la cual no había podido solucionar otras deudas, sino que la tornaba, entonces, en total y absoluta, hasta el punto de hacer nugatorias las acciones ejecutivas de las entidades demandantes...", las que "...no pudieron hacer efectivo el embargo de tales bienes, en razón de figurar los mismos en cabeza de los compradores...", operación que fue consumada "...en fraude de los establecimientos de crédito acreedores, pues con anterioridad a la fecha de la compraventa existían créditos a cargo del deudor doctor Oscar Castro García y en favor de las entidades demandantes, créditos que en tal momento eran exigibles y cuyo recaudo se buscaba por la vía de la ejecución forzada...", y que tal "...acto de transferencia que aumentó y determinó la insolvencia total y absoluta del deudor, fue llevado a cabo por éste a sabiendas del mal estado de sus negocios y de la insolvencia absoluta en que se colocaba y los adquirentes conocían de sobra el mal estado de los negocios del vendedor, es decir, su insolvencia preexistente y consecutiva al acto de traspaso".

A esta pretensión, edificada concretamente sobre la revocatoria del contrato de compraventa suscrito entre la parte demandada el 5 de diciembre de 1985 en la Notaría Cuarta de Manizales, uno como vendedor y los restantes como compradores, para poder satisfacer, especialmente, las deudas cobradas ejecutivamente en los Juzgados Primero, Segundo y Cuarto Civiles del Circuito de Manizales, los demandados propusieron, además de otras excepciones, la de prescripción, en los siguientes términos:

a) Oscar Castro García, expresó en el punto que "...pese a la carencia de derecho de la parte demandante en sus pretensiones..., interpongo también como excepciones la de *caducidad* y la de *prescripción de la acción* y de las pretensiones invocadas por parte de los demandantes, con base en el artículo 2491, numeral 3º del C. C.";

b) Los restantes demandados, dijeron sobre el punto en cuestión:

"3. Prescripción de la acción. En virtud del tiempo transcurrido desde la fecha en que se realizó la compraventa de los derechos herenciales de Oscar Castro García a mis mandantes (septiembre de 1983) y la fecha de presentación de la demanda, y de acuerdo al ordenamiento del artículo 2491 del C. Civil, la acción se encuentra más que prescrita, pues han transcurrido más de 3 años".

Además, según se deduce de la contestación de la demanda, tal excepción se apoya no solamente en los hechos arriba relacionados sino también en los que informaron la de "inexistencia de *consilium fraudis* y *eventus damni* (sic)", que se relataron de la siguiente manera:

"a) Mis mandantes no conocían ni por sí, ni por tercera persona de acciones judiciales, de carácter civil, penal y/o administrativo, en contra de Oscar Castro;

"b) El antecedente de la escritura pública número 2405 de la Notaría Cuarta de Manizales, corrida el 5 de diciembre de 1985 y registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Municipio de Neira y Manizales, fue el siguiente: Oscar Castro García, manifestó a mis mandantes a finales de 1983, que era deudor solidario con Alvaro Estrada Mejía y Belén Ramírez de Castro, por una suma superior a los $20.000.000.00 y a favor del Banco de Caldas;

"c) Oscar Castro García les ofreció en venta los derechos herenciales que le correspondían en la sucesión de la señora Elena García de Castro y mis mandantes a su vez asumían mediante la sustitución de una nueva obligación (novación), la deuda a favor del Banco de Caldas, como pago de los derechos herenciales, sucesión que cursaba en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales, donde se declaró abierto y radicado el proceso desde el 19 de mayo de 1981 y la cual cumplió con el emplazamiento público de que habla la ley;

"d) El contrato de compraventa se concretó a finales del mes de septiembre de 1983, fecha en que Oscar Castro manifestó su intención definitiva de transferir el dominio de los derechos herenciales que le correspondían en la sucesión de su señora madre Elena García de Castro;

"e) Aceptada por parte de mis mandantes la oferta que les hacía Oscar Castro García de la venta de los derechos herenciales, procedieron mis clientes a suscribir el pagaré número 6952 a favor del Banco de Caldas, operándose así la novación de la obligación que el señor Oscar Castro García tenía a favor de dicho banco. La novación de que hablo la apruebo con los documentos que aporto a esta contestación a la demanda y con las pruebas que practicará el despacho;

"f) Con el valor de la obligación novada mis mandantes cubrían como en efecto lo hicieron, el valor de los derechos herenciales al señor Oscar Castro García;

"g) Al efectuarse la novación de que hablo anteriormente, mis mandantes estaban obrando de buena fe, como también el señor Oscar Castro, ya que la finalidad de esa operación, fue la de cubrirle al Banco de Caldas sus acreencias respecto del señor Oscar Castro. De manera que en esta operación es inexistente cualquier intención o ánimo de defraudar posibles acreedores;

"h) Para formalizar las operaciones anteriores se extendió la escritura pública número 2405, en la cual se transferían los derechos herenciales de Oscar Castro a mis mandantes;

"i) El precio acordado en la escritura pública, corresponde al 10% del avalúo catastral, en razón a que el derecho que adquirían mis mandantes correspondía al 1/10 parte del acervo hereditario, por ser 10 los herederos y además que el valor de la escritura se hacía por el avalúo catastral, situación que es completamente lícita.

"j) De acuerdo con las razones expuestas, mis mandantes actuaron con manifiesta buena fe, en las operaciones antes aludidas y asumieron el pago de las acreencias del Banco de Caldas, porque era la única obligación de que tuvieran conocimiento".

El reconocimiento de la mencionada excepción, por parte del Tribunal, descansó en que "...en verdad, la proposición del medio defensivo no estuvo rodeado de una técnica depurada, en cuanto a la exposición de hechos y motivos...", por cuanto "...la presentación a la excepción por parte de Oscar Castro García, fue demasiado escueta...", y la de los demás codemandados "...presentó hechos y datos que no resultaron consecuentes con la realidad del proceso...", planteamiento que, sin embargo, no le impidió afirmar que "...cada uno de los demandados, evidentemente formuló la excepción en forma directa y expresa, sin que queden dudas sobre su formulación y además hubo sustentación, lo que cubrió la exigencia de la norma legal, que no expresa cuán dilatada o breve deba ser la fundamentación para que el juzgador la atienda...", criterio con el cual abordó el examen de la controversia sobre hechos no alegados por uno de los demandados (Oscar Castro García) o diferentes de los esgrimidos por los demás para fundar la proposición del invocado medio exceptivo, pues mientras todos ellos parten de la base indiscutible de que la acción propuesta estaba extinguida por efecto de una prescripción por entero consumada al momento de ejercitarse aquélla, mediante la presentación de la demanda, el Tribunal alterando dicho contenido, examinó oficiosamente el fenómeno no alegado de la interrupción de una prescripción no consumada en ese momento, para concluir que la presentación de la demanda no interrumpió el término que venía corriendo desde la fecha del contrato contenido en la escritura pública número 2405 de 5 de diciembre de 1985 otorgada en la Notaría Cuarta de Manizales, por cuanto las demandantes no habían dado estricto cumplimiento al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, argumentó que no había sido objeto ni fundamento de la actividad exceptiva de los demandados, como fácilmente puede deducirse de su presentación, y como sin reticencia alguna lo aceptó el *ad quem* al examinar el punto; desde luego que, cuando así procedió, el Tribunal incurrió en el vicio de incongruencia denunciado, como que pasó por alto la preceptiva del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que solamente le permitió el reconocimiento de la excepción de prescripción alegada, bajo los precisos fundamentos de hecho en que la sustentaban los demandados, por cuanto, se repite, no se trataba de un medio exceptivo susceptible de declaración oficiosa sino de uno, cuya declaración no podía hacerse sino en presencia de los fundamentos de hecho en que el demandado lo proponía.

9. Lo discurrido determina la prosperidad del cargo en estudio y, consecuentemente, el aniquilamiento de la sentencia impugnada, razón por la cual se procederá, en sede de instancia, a proveer sobre la que ha de reemplazar a la casada.

IV. SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Ningún reparo merece la actuación respecto de la concurrencia de los presupuestos procesales ni acerca de la ausencia de vicios procedimentales, capaces de invalidar lo actuado, razón por la cual procede dictar sentencia en mérito.

2. En tratándose de error *in procedendo*, precisamente de incongruencia, la sentencia de reemplazo debe, primordialmente, encauzarse hacia la eliminación de dicho vicio. Y con tal propósito, en la especie de esta *litis* lo que entonces procede es

averiguar si en el proceso concurren los elementos suficientes que permitan, de un lado, desembocar en la declaración de revocación solicitada en la demanda y, de otro, si frente a ella se levanta exitosamente, alguna de las excepciones propuestas por los demandados.

3. Establecido sin lugar a dudas que la acción ejercida en este asunto es la pauliana o revocatoria, consagrada en el artículo 2491 del Código Civil, nada más pertinente para definir su contenido, alcances y efectos, que recordar la doctrina de la Corte sobre el particular, consignada en fallo de 22 de agosto de 1967, que corre visible a las páginas 196 a 199 de la Gaceta Judicial No. CXIX. He aquí su pensamiento:

"4. La acción pauliana o revocatoria (herencia del Derecho Romano) y cuyo texto capital en el Código Civil, aunque no sea el único con que se roza la materia, lo constituye el artículo 2491, es la que otorga la ley a los acreedores de una persona para obtener la revocación de los actos de su deudor que, aunque reales y perfectos en sí mismos, han sido otorgados por éste de mala fe (consilium fraudis) *y en perjuicio de los derechos de los mismos acreedores* (eventus damni).

"La acción pauliana tiene, pues, como materia propia un acto jurídico, verdadero y completo, que únicamente por la doble circunstancia de haber sido efectuado en perjuicio de los acreedores que tenía el otorgante en el momento de celebrarlo y a sabiendas de ese perjuicio, cuyo conocimiento por el deudor estriba en el que éste tenía de su mala situación patrimonial, permite a aquellos acreedores preexistentes considerar como inoponible a los mismos tal acto y hacer declarar, en consecuencia, su ineficacia, en la medida del perjuicio sufrido, entendiéndose que este perjuicio sólo se ha producido cuando el acto ha determinado la insolvencia del deudor o contribuido a agravarla.

"Desde luego, la ley, entre los actos del deudor fraudulento, distingue los onerosos de los gratuitos, para exigir respecto de los primeros, como uno de los requisitos de la acción, que el tercero con quien contrató el deudor esté también de mala fe (consilium fraudis), *y hacer bastar para los segundos el* animus nocendi *del deudor, aunque el tercero adquirente a título lucrativo sea de buena fe. Distinción que se justifica por su solo enunciado.*

"Sin que en este punto sobre el recordar lo enseñado por la Corte acerca del fraude pauliano en sentencia de casación de 17 de abril de 1951, a saber: 'la palabra fraude no debe ser tomada aquí como sinónimo de dolo, es decir, como indicativo del deseo premeditado de dañar. El fraude pauliano, expresan los tratadistas, es simplemente una situación de espíritu: es el conocimiento por parte del deudor del perjuicio que va a causar a sus acreedores. El deudor sabe que al realizar tal acto, se va a convertir en insolvente o va a aumentar su insolvencia y, por consiguiente, a perjudicar a sus acreedores. Esto basta. Existe fraude aunque haya realizado el acto con una intención completamente distinta de la de engañar a sus acreedores' (LXIX, pág. 535).

"5. Tradicionalmente, desde el edicto del Pretor Romano que creó esta acción revocatoria, pasando por las instituciones seculares de Derecho Español (Leyes 7ª y 8ª,

Título 15, partida 5ª) y por el Código de Napoleón (artículo 1167) hasta su consagración en el Código Civil Chileno, del que la recibiera el colombiano, cuyo artículo 2491 es trasunto del 2468 de su modelo, la acción pauliana se concibió y se encuentra instituida como un derecho auxiliar de los acreedores anteriores al acto nocivo y fraudulento otorgado por el deudor. Histórica y técnicamente esta acción, que es personal, sólo corresponde a aquellos acreedores anteriores, porque el deudor, con fraude y en perjuicio de los mismos, ha hecho salir de su patrimonio bienes que eran parte integrante de la prenda general que les servía de garantía. La acción equivale así a un proceso de reintegración del patrimonio del deudor, en favor de los acreedores que éste tenía en el momento de realizar el acto que produjo su insolvencia o que contribuyó a aumentar la que ya se encontraba. Por lo mismo, si el acreedor pretendiente de la acción pauliana lo fuese en virtud de un crédito posterior a la fecha del acto impugnado, no podría sostener que tal acto lo perjudica, dada la imposibilidad de considerar que, en la prenda general constituida por los bienes del deudor, figuraba un bien de que éste se había desprendido en el momento en que contrató con él".

4. De consiguiente, la revocación del acto fraudulento únicamente aprovecha a los acreedores que han ejercido la acción pauliana, pero sólo hasta concurrencia de sus créditos, con lo cual se cumple la finalidad específica de la prevista acción, que no es otra que la de reconstruir la garantía que aquéllos tienen sobre el patrimonio del deudor.

5. Vistos los principios expuestos por la jurisprudencia en torno a la acción pauliana, se arriba a la convicción de que el acervo probatorio recogido en el proceso es sólido testimonio de su configuración en el presente asunto, para cuya comprobación basta el ponderado estudio que sobre el particular realizó el *a quo*, razón más que suficiente para que la Corte lo prohije como fundamentación adecuada para despachar favorablemente las pretensiones de las entidades actoras, sin que tal conclusión sufra desmedro alguno en frente de las excepciones propuestas por los demandados, por cuanto las razones expuestas para despachar exitosamente el cargo primero, definieron la improsperidad de la excepción propuesta por el codemandado Oscar Castro García; y respecto de los demás codemandados, es pertinente observar que como la gestión exceptiva se refirió a un acto jurídico diferente del señalado por las entidades demandantes como materia de la revocación, la excepción de prescripción por ellos propuestas, tampoco puede prosperar; destino que, por lo dicho en la parte expositiva de esta providencia, también debe extenderse a las demás formuladas por éstos.

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, *casa* la sentencia de 15 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el proceso ordinario del Banco de Caldas y la Corporación Popular de Ahorro y Vivienda, Corpavi, contra Oscar Castro García, Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo, Filiberto, Luz Elena, Luis Fernando, Carlos Roberto y Omar Castro García, y, ubicada en sede de instancia, *revoca* la de 13 de febrero de 1991, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales en el referido proceso y, en su lugar,

RESUELVE:

Primero. *Decláranse* no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

Segundo. *Revócase* el acto de compraventa celebrado entre el doctor Oscar Castro García, como vendedor, y los señores Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo, Filiberto, Luz Elena, Luis Fernando, Carlos Roberto y Omar Castro García, como compradores, obrante en la escritura número 2405 de 5 de diciembre de 1985, de la Notaría Cuarta de Manizales, registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Manizales y Neira (Caldas) en los folios de matrícula inmobiliaria números 100-0000731, 100-0073444, 100-0073445 y 110-0004312; 110-004313 y 110-0005593, respectivamente.

Tercero. De consiguiente, ordénase que los bienes que se enajenaron por medio de la escritura número 2405 de 5 de diciembre de 1985 corrida en la Notaría Cuarta de Manizales, relacionados en los literales a), c) y e) del hecho noveno de la demanda incoatoria del proceso, vuelvan al patrimonio del doctor Oscar Castro García, afectados al pago de las acreencias de las entidades acreedoras demandantes por partes iguales.

Cuarto. Así mismo, ordénase que el precio de las enajenaciones hechas por los señores Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo, Filiberto, Luz Elena, Luis Fernando, Carlos Roberto y Omar Castro García a favor de Jairo Ildefonso Suárez Giraldo e Hipólito Díaz Ochoa y Nacianceno Correa de Díaz, por medio de las escrituras números 328 de 5 de marzo de 1986 y 387 de 13 de marzo de 1986, respectivamente, ambas de la Notaría Cuarta de Manizales, respecto de los bienes relacionados en los literales d) y b) del hecho noveno de la demanda genitora del proceso, se restituya, en las partes que corresponda al porcentaje transferido por el doctor Oscar Castro García, al patrimonio de éste, también afectado al pago de las acreencias de las entidades demandantes, por partes iguales.

Quinto. *Condénase* a la parte demandada a pagar las costas del proceso causadas en ambas instancias. Tásense.

Sexto. Sin costas en el recurso extraordinario ante su prosperidad.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Alberto Ospina Botero, Jaime Azula Camacho, Conjuez.

CASACIÓN - Admisión

A pesar de que el artículo 372 del C. de P. C. sólo menciona como motivos de inadmisión del recurso de casación "...no ser procedente de conformidad con el artículo 366 y cuando no se hayan expedido las copias en el término a que se refiere el artículo 371", es indiscutible que en el mismo Código Procesal se consagran otras causas generadoras del mismo efecto, que no por estar fuera de los límites de aquel rótulo, dan pie para ignorarlas o negarles esos alcances, so pretexto de ser aquella norma la que gobierna con exclusividad el asunto.

CASACIÓN - Carga Procesal / TÉRMINOS - Deserción

Es la ley y no la Oficina de Correos ni el correspondiente Tribunal, quien fija la oportunidad en que los portes se deben pagar y el motivo de deserción del recurso de casación cuando ello no se hace en la oportunidad señalada en el artículo 132 del C. de P. C., y por eso aun cuando la Oficina de Correos no lo advierta o considere el pago temporáneo, su actitud no tiene la connotación de sanear ese defecto. Una cabal hermenéutica del inciso primero del artículo 121 *ibidem* da pábulo para concluir que, guardando las proporciones, como la Oficina de Correos de Medellín atendió despacho al público en la mañana de los sábados, estos son computables como dos días para efectos de determinar la oportunidad del pago de los portes; cuestión ante la cual el recurrente en casación y aquí revisionista cumplió tardíamente con esa carga, presentándose así la causal de deserción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4545.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante contra el auto de 22 de septiembre del año en curso, mediante el cual esta Corporación declaró inadmisible el recurso de casación que adujo la misma parte en el proceso ordinario

iniciado por Alvaro Francisco Echeverry Restrepo y Jorge Enrique Soto Lotero frente al Centro de Investigaciones Médicas de Antioquia, CIMA.

ANTECEDENTES

I. Concedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el recurso de casación contra su sentencia de 31 de mayo del año que transcurre, la Corte lo declaró inadmisible, por auto de 22 de septiembre postrero; por cuanto el recurrente no pagó los portes del expediente dentro de la oportunidad señalada en el artículo 132 del C. de P. C., circunstancia no obstante la cual la Oficina de Correos Nacionales de Medellín remitió la actuación a esta Corporación.

II. A disgusto con aquel proveimiento, la misma parte pidió reposición de él, adujeiendo en síntesis los siguientes razonamientos:

a) El artículo 372 establece las causales de inadmisión del recurso de casación, y en ellas no contempla la que sirvió de motivo a la Corte para proferir el auto combatido;

b) La calificación de oportunidad en el pago de portes, corresponde a la Oficina de Correos, quien cumple una función administrativa, de manera que cuando ella hace la remisión del expediente a la Corte implícitamente califica de oportuno el pago de esa carga, decisión que debe presumirse legal mientras no sea aniquilada por un juez administrativo;

c) Si se admitiera la competencia de la Corte para calificar la oportunidad del pago, aún así, ésta no tuvo razón al inadmitir el recurso, pues si la Oficina de Correos sólo atendió medio día en las fechas del 17 y 24 de julio del presente año, esos dos medios días sólo pueden computarse como uno entero, por cuanto si el original artículo 121 del C. de P. C. permitía contabilizar esas fechas como dos días "...era porque, sin duda, la regla general era la contraria...". Hoy, prosigue, esa norma no existe "y tampoco, por consiguiente, disposición legal que permita contar un medio día como un día entero de plazo".

Contados como corresponde el 17 y el 24 de julio de 1998 como un solo día, concluye, el pago realizado el 28 del mismo mes y año se efectuó dentro del plazo legal para hacerlo.

III. Solicita en consecuencia el reposicionista, la revocatoria del auto atacado para que, en su lugar, se admita el recurso de casación.

CONSIDERACIONES

1. *A pesar de que el artículo 372 del C. de P. C. sólo menciona como motivos de inadmisión del recurso de casación "...no ser procedente de conformidad con el artículo 366 y cuando no se hayan expedido las copias en el término a que se refiere el artículo 371", es indiscutible que en el mismo código procesal se consagran otras causas veneradoras del mismo efecto, que no por estar fuera de los límites de aquel rótulo, dan pie para ignorarlas o negarles esos alcances, so pretexto de ser aquella norma la que gobierna con exclusividad el asunto. Basta con citar que el mencionado recurso no procede cuando se interpone extemporáneamente, para que emerja lo*

absurdo de concluir, con fundamento en esa tesis, que si el Tribunal lo concede, a la Corte le está vedado inadmitirlo porque al tenor del artículo 372 del C. de P. C. son otros los únicos motivos preestablecidos a ese logro, pues semejante criterio sería violatorio nada menos que del principio de la intangibilidad de la cosa juzgada y, por ende, de la garantía constitucional del debido proceso de la contraparte, quien ante la firmeza del fallo tiene indiscutible derecho a que el conflicto de intereses así resuelto por la justicia, quede terminado para siempre.

De manera que frente a este específico evento y otros que aquí sólo se estudiarán de manera parcial, es forzoso inadmitir el recurso de casación si bien no con fundamento en el artículo 372 del C. de P. C., sí con el respaldo de otros preceptos de dicho ordenamiento, que pese a integrar nítidos e incontrovertibles motivos de inadmisión de la citada impugnación extraordinaria, se consagran por fuera de dicha norma y bajo denominación diferente, sin riesgo de que por ello tengan que ser desatendidos.

Bajo la misma perspectiva, otro de esos casos de inadmisión del recurso es precisamente la consagrada en el artículo 132 del C. de P. C., pues allí se prevé como causal de deserción el no pago oportuno de los portes, lo cual significa, por mandato implícito legal, la ejecutoria automática del fallo recurrido, circunstancia ante la cual no se entiende cómo pueda la Corte pasar por alto esa situación en desmedro del derecho de la parte que tiene el privilegio de que se mantenga la decisión, bajo el solo prurito de no contarse con la declaración de desierto hecha previamente por el Tribunal y en aras de entender de que aun el silencio del artículo 372 sobre este específico caso, ese claro motivo de inadmisión queda purgado.

Desde luego que fundadas razones de lógica jurídica harían ver con perplejidad lo inaudito de la admisión de un recurso de casación frente a un incuestionable motivo de deserción, que según se dijo genera como consecuencia natural y obvia la inmodificabilidad de la sentencia, al menos dentro de los alcances de la casación.

Con las puntualizaciones pertinentes, similar reflexión cabe hacer frente a la concesión prematura del recurso determinada V. Gr. por el silencio guardado por el sentenciador cuando está de por medio una solicitud de fallo complementario, circunstancia ante la cual y a despecho del silencio guardado por el artículo 372 del C. de P. C. no podría sostenerse que la Corte está impedida para inadmitir así sea de manera provisional el recurso, como quiera que la actuación pendiente puede ser parte misma del fallo que se ha de revisar, cuestión que en sana lógica impediría a esta Corporación pronunciarse en la forma anterior.

2. Es la ley y no la Oficina de Correos ni el correspondiente Tribunal, quien fija la oportunidad en que los portes se deben pagar y el motivo de deserción del recurso de casación cuando ello no se hace en la oportunidad señalada en el artículo 132 del C. de P. C., y por eso aun cuando la Oficina de Correos no lo advierte o considere el pago temporáneo, su actitud no tiene la connotación de sanear ese defecto, que sigue gravitando sobre la actuación con los alcances ya advertidos, especialmente en cuanto al fallo mismo, circunstancia ante la cual a la Corte no le es dado sustraerse en el cumplimiento de su labor legal.

Por manera que no es de recibo el argumento del reposicionista en el sentido de que, por ser acto administrativo, la consideración de pago oportuno a que eventualmente llegue la Oficina de Correos, se impone al juez, pues, por sabido se tiene y se ha dicho hasta la sociedad, que los actos ilegales así sean los suyos propios no atan la pertinente labor jurisdiccional, ilegalidad que por brotar con ímpetu particular en este caso especial, obligaron a la Corte a proceder de conformidad.

3. La modificación introducida por el Decreto 2282 de 1989 al artículo 121 del C. de P. C., tuvo como único antecedente el que el Decreto 1888 de ese mismo año había suprimido con antelación, el despacho al público en los Juzgados el día sábado, y en armonía con esa decisión legal quedaba sin sentido esa disposición en cuanto consagraba que "...los días sábados se contarán aunque sólo haya despacho durante la mañana". Por lo mismo no es válido invocar esa reforma para hacerle decir que desaparecida esa excepción, reviente la regla general contraria que impone apreciar las mañanas de los sábados 17 y 24 de julio de 1993 como integrantes de un solo día, toda vez que ella no lleva ínsita esa deducción. Por el contrario, una cabal hermenéutica del inciso primero del artículo 121 del C. de P. C. da pábulo para concluir que, guardando las proporciones, como la Oficina de Correos de Medellín atendió despacho al público en la mañana de los sábados ya mencionados, estos son computables como dos días para efectos de determinar la oportunidad del pago de los portes; cuestión ante la cual es palmario que el recurrente en casación y aquí revisionista cumplió tardíamente con esa carga, es decir, después de los 10 días concedidos para ello por la ley, presentándose así la causal de deserción allí prevista y en virtud de la cual la Corte no podía menos que inadmitir el recurso anteladamente concedido por el Tribunal.

4. Se impone, pues, mantener el auto recurrido en reposición.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, *deniega* el recurso de reposición por Alvaro Francisco Echeverry Restrepo y Jorge Enrique Soto Lotero contra el auto de 22 de septiembre del año en curso.

Notifíquese.

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

Interpretación de la Demanda / Error de Hecho / Congruencia

Es posible que al interpretar la demanda el juez se equivoque, sea por contraevidencia respecto a *causa petendi* o a su *petitum*, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción propuesta. Tanto en este momento como en aquel evento incurre en yerro fáctico./ Si el tribunal aprecia en su realidad objetiva la demanda y ve que en ella la *causa petendi* es una y luego falla sobre los puntos litigados, pero estribándose en hechos constitutivos diferentes a los alegados en la demanda, su proceder conlleva incongruencia.

Técnica de Casación - Medio Nuevo

La demandante está buscando en casación la prosperidad de lo que por ella pretendido inicialmente, pero con base en hechos que no solamente no se alegaron en las instancias sino que implican una indiscutible transformación de la causa *petendi* y del *petitum* de la demanda inicial, lo que constituye medio nuevo cuya consideración y análisis están vedados en sede de casación.

Casación - Ataque Todos los Fundamentos

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 el error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado.

Prueba- Valoración / Error de Derecho

En cuanto a pruebas "de analizarlas en su conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica", tal clase de yerro, en caso de existir, sería de derecho y no de hecho.

Violación Norma Sustancial - Vía Directa / Aplicación Indebida

La aplicación indebida de un precepto de derecho sustancial, no cabe en relación con aquellos que la sentencia no hizo actuar para tomar la decisión en ella contenida y que es materia de impugnación. / La aplicación indebida de la ley solamente ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3794.

Decide la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de doce (12) de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira para desatar la segunda instancia en este proceso ordinario promovido por la entidad "Frutera San Martín Ltda." frente a Alberto Sanint Salazar.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el 27 de abril de 1988 la entidad "Frutera San Martín Ltda.", sociedad con personería jurídica y domiciliada principalmente en esta ciudad de Santafé de Bogotá, representada legalmente por su gerente Alexander Berger Cadavid, demandó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Martín, Departamento del Meta, al señor Alberto Sanint Salazar para que, con su citación y audiencia, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1ª. Que se condene al demandado a pagar a su demandante la suma de $18.000.000.00, valor correspondiente al "capital invertido en el desarrollo del proyecto de la frutera San Martín Ltda"., o sea el de los árboles, insumos, asesoría técnica, jornales, lucro cesante de la tierra, depreciación de maquinaria y equipo, "teniendo en cuenta que el costo por árbol es de $4.500.00, moneda corriente";

2ª Que se reconozca y ordene al demandado el pago a la demandante de los perjuicios causados a ésta, "por la venta de material viciado", daño que la sociedad "Frutera San Martín Ltda." estimó en su demanda en la suma de $120.000.000.00 y que en ese mismo escrito determina discriminadamente, y

3ª Que igualmente se condene al demandado a pagar las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho "de conformidad con la tabla del Colegio de Abogados".

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

a) En junio de 1985, la sociedad "Frutera San Martín Ltda." compró a Alberto Saint Salazar, propietario del Vivero "El Cairo y/o Jaibana", 4.000 árboles de "Naranja Variedad Valencia" por un total de $600.000.00, con precio unitario de $150.00, que el vendedor garantizó "como los de la mejor calidad, según su propia propaganda"; además se acordó al ajustarse la compraventa un sobreprecio de $119.000.00, por concepto de transporte, suma que, junto con la del precio total de los árboles compravendidos, la demandante pagó entonces a su demandado. Los árboles "fueron entregados" en la siguiente forma: a mediados del mes de junio de ese año 2.000, mientras que los otros 2.000 en julio siguiente, entrega que el vendedor hizo a la compradora en la finca de propiedad de ésta, ubicada en ese Municipio de San Martín, y "fueron sembrados tan pronto llegaron a la finca" de la compradora, teniendo en cuenta para ello "las recomendaciones técnicas, la asesoría profesional y los insumos agrícolas que para el evento se hicieron necesarios, con el objeto de que el proyecto frutícola, tuviera un desarrollo óptimo";

b) No obstante los cuidados permanentes que se tuvieron con los árboles sembrados, el 50% de ellos presentó "problemas de enanismo" y el resto un precario desarrollo, hasta el punto de que no ha sido posible obtener beneficio alguno del proyecto referido, fracaso del cultivo que, según los análisis de laboratorio practicados, se debió "a que el vivero dejó demasiado tiempo el árbol en la bolsa pequeña y al no cambiarlo a una bolsa más grande que la que los contenía causó el doblamiento de la raíz principal al desarrollarse normalmente el árbol". Agrega la demanda en el hecho 11 que el vendedor de los naranjos señor Saint, por el giro ordinario en su negocio de viveros, así como por su profesión de agrónomo y por su gran experiencia en esa actividad, "tenía que saber que el desarrollo de las plantas vendidas presentaba graves deficiencias en su desarrollo (...), procediendo sin embargo a efectuar su venta, con las previsibles consecuencias, incurriendo el vendedor en culpa grave por su omisión y negligencia". La demandante expresó en el hecho 12 que "el vicio oculto de los árboles no podía ser detectado por su comprador, por cuanto éstos no se compraron a raíz desnuda, sino en bolsa, de la cual se sacaban para ser sembrados en el terreno, sin descubrir su raíz", por lo que, añade en el hecho 16 de ese libelo, "dado el carácter del vicio, que afecta a los árboles, no es posible esperar de ellos producción alguna";

c) Se hace necesario sustituir el cultivo, por lo menos en un 50%, por lo que la demandante, "teniendo en cuenta el tiempo transcurrido", sufriría en su proyecto agrícola "un atraso de tres (3) años adicionales a los ya transcurridos, por cuanto ese es el tiempo que se requiere para el desarrollo y producción de los nuevos árboles", siendo el costo a la fecha por árbol, incluidos todos los gastos que el proyecto frutero ha ocasionado, de $4.500.00, o sea una inversión total de $18.000.000.00, que no le ha reportado a la demandante rendimiento alguno;

d) Expresó finalmente la demandante en el hecho 18 de su libelo, que "el vendedor no ha salido al saneamiento de la cosa vendida, ni ha reconocido ningún tipo de perjuicios por el vicio del material vegetal pese a los varios requerimientos", por lo que le corresponde "indemnizar los perjuicios ocasionados".

3. Luego que fue notificado el auto admisorio de la demanda el demandado, mediante escrito presentado el 19 de agosto de ese mismo año de 1988 contestó la demanda contra él incoada, oponiéndose a la declaración judicial de lo suplicado en ella; y en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos algunos, los referentes a la celebración del contrato de compraventa y sus condiciones, pero negó los demás. Dijo entonces el demandado que los árboles o naranjos vendidos fueron "entregados materialmente "en el Vivero" y no en la finca de la compradora, como ésta lo afirma en su demanda; que el transporte se realizó "por cuenta y riesgo" de "Frutera San Martín Ltda."; que no hubo ningún vicio oculto de la cosa vendida, pues que si éste hubiera existido, habría sido fácilmente detectado por un experto en el momento de la siembra de los árboles; y que "no existe la obligación de salir al saneamiento".

En ese mismo escrito el demandado, a intento de enervar las pretensiones de la demandante, propuso, como de fondo o de mérito, las excepciones que denominó "Prescripción" de la acción redhibitoria instaurada, así como también la de "inexistencia de la acción indemnizatoria", medios defensivos que hizo consistir, el primero, en que como el pactado es un contrato mercantil, la acción redhibitoria tiene un plazo prescriptivo de seis (6) meses, término extintivo que en el caso presente ya había vencido cuando se instauró la demanda; y el segundo, en que los árboles vendidos fueron entregados en perfecto estado "y el vicio oculto que se alega (doblamiento de raíz) no fue, ni era conocido por el vendedor ni estaba obligado a conocerlo, porque los árboles fueron entregados en perfecto estado", a más de que los árboles vendidos fueron sembrados, según lo indica un examen biológico practicado, en tierras que son de mala calidad para esa clase de cultivos.

4. En esa misma oportunidad, pero en escrito separado, el demandado también propuso, pero como previa o de forma, la excepción de "falta de competencia", fundamentándola en que el contrato se celebró y se perfeccionó en Pereira, allí se hizo el pago y la tradición de la cosa enajenada.

Esta excepción de forma alcanzó prosperidad, pues más adelante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al fallar la apelación propuesta contra el auto que desató el incidente respectivo, en providencia de 19 de septiembre de 1989, luego de revocar la apelada y de declarar probada la excepción de "incompetencia", dispuso remitir el expediente al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, que asumió el conocimiento del proceso por auto suyo dictado el 14 de diciembre de 1989.

Radicada así desde entonces la competencia en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, éste continúo el trámite de la primera instancia del proceso con la práctica de la pruebas por las partes y las que oficiosamente decretó este funcionario, según auto del 18 de enero de 1990.

Y agotada que fue la tramitación del primer grado de jurisdicción, el juzgado *a quo* le puso fin con su sentencia de 28 de junio de 1991 mediante la cual, al considerar la inexistencia del vicio oculto alegado en la demanda inicial para los árboles de naranjo que constituyeron el objeto de la compraventa ajustada en junio de 1985 entre demandante y demandado, razón fundamental por cierto de las pretensiones deducidas en ese escrito inicial del proceso, negó todas las súplicas de la demandante e impuso a esta parte la condena en las costas causadas.

5. Contra lo así decidido recurrió en alzada la sociedad demandante, "Frutera San Martín Ltda.", recurso al cual adhirió el demandado, impugnación que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, luego que la tramitó, decidió por su sentencia de noviembre 12 de 1991 en la cual confirmó la apelada e impuso a la parte apelante las costas de la instancia.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL Y SUS MOTIVACIONES

Inicia el juzgador las consideraciones de su sentencia haciendo un resumen de los antecedentes del litigio y del trámite procesal surtido en las instancias, y luego de señalar que los presupuestos procesales "no ameritan ningún reparo", ni se advierte en toda la actuación "vicio procedimental alguno", entra el Tribunal Superior de Pereira al pronunciamiento de su sentencia de mérito, para lo cual, después de determinar el contrato de compraventa celebrado entre las partes litigantes y de precisar las obligaciones que para éstas emergieron de dicha convención, advierte que tal pacto "es de naturaleza mercantil como se infiere del propio carácter de la empresa perteneciente al vendedor Alberto Sanint Salazar, dedicada a la producción y venta de material de propagación de frutales, tal como se anuncia en la publicación correspondiente que yace a los folios 49 a 58 (artículos 13 3, 20 13 y 21 del Código de Comercio)"; y que "la sociedad compradora se constituyó para cumplir como objetivo social de la producción, comercialización y procesamiento de productos de origen agropecuario y, por lo tanto, desde este punto de mira también se colige la naturaleza comercial del mentado contrato (artículo 22 y 100 *ibidem*)", todo lo cual le permite afirmar que "es la ley comercial la que regula el mencionado contrato".

Con tal orientación el sentenciador señala que el comprador frente a la obligación que tiene su vendedor de saneamiento por defectos ocultos o redhibitorios, puede pedir "la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación"; y en uno u otro caso, a reclamar también la "indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida". Sobre tal consideración el tribunal cree que en el caso presente el comprador demandante ejercita en su demanda "la pretensión redhibitoria", no obstante, dice, que "del contexto de las peticiones de la demanda no brota con la suficiente precisión y claridad que requiérese en estos casos, ejercicio de la acción redhibitoria o de resolución ni la estimatoria que surgen de esa preceptiva legal y que de similar modo se prevén en el artículo 1917 del Código Civil", y agrega que "no obstante la afirmación manifestada en líneas atrás, de la cabal interpretación del libelo demandador, o sea, conjugando los hechos alegados como fundamento de lo implorado con las propias normas de derecho sustancial invocadas (artículos 1914 y ss. del Código Civil), la pretensión redhibitoria lógrase deducir muy especialmente del numeral 1º del respectivo *petitum*, en el cual se deprecia el pago del 'valor de los árboles', lo que ciertamente significa la devolución o restitución del precio pagado, sin perder de vista que a continuación se involucra súplica resarcitoria concerniente, en suma, al pago del daño emergente y el lucro cesante causados, cuya regulación consagra el inciso 2º del mencionado artículo 934 del Código de Comercio y como acción complementaria de la redhibitoria o la estimatoria...".

Del análisis del caso concreto que es materia de este proceso, el fallador concluye, después de estudiar algunas de las pruebas practicadas, que "hubo culpa en la

demandante, incumplió una elemental carga de diligencia y cuidado y, por ello, ignoró el vicio que le endilga a los árboles negociados, lo que significa que el vicio no tiene la calidad de oculto...". Añade el *ad quem* que el representante legal de la sociedad "Frutera San Martín", señor Alexander Berger Cadavid, para la compra de los árboles fue asesorado por el Ingeniero Agrónomo Juan Manuel Cubides Camacho quien le recomendó desarrollar el proyecto de siembra de los árboles, profesional que conocía bien el vivero del demandado Sanint Salazar y por eso dio el "visto bueno a los injertos negociados", pero que, "dicho asesor no se preocupó por examinar directamente los árboles cítricos calidad Valencia o examinar siquiera una muestra de ellos, quizás prevalido de que estaba en conversación con el 'vivelista (sic) tal vez mejor (sic) reputado del país'; no obstante, agrega el sentenciador, "estima la Sala que esta única apreciación no puede servir de argumento, como sí lo considera el recurrente, para entender que él tuvo el suficiente cuidado o prudencia para que no pasara ignorado el daño que le reputan a los árboles", por lo tanto estima que ni Berger Cadavid, ni el testigo profesional Cubides Camacho "tuvieron la diligencia o cuidado ordinario o mediano de verificar si los árboles tenían o no la raíz doblada, principalmente el declarante Cubides Camacho, quien también obraba como interesado en el negocio del proyecto de siembra", y añade que "ese error de conducta fue nuevamente cometido una vez que los árboles llegaron a su destino; tampoco revisaron la raíz de los árboles, procedimiento que de ninguna manera implicaba arriesgar su calidad..."; de otra parte, señala el *ad quem* que dicho profesional anotó en su testimonio que él no puede "afirmar que los arbolitos traían defecto de raíz doblada y que no se revisó la raíz principalmente porque no hubo razones para hacerlo".

Y tomando pie en estas premisas, deduce el tribunal que "no siendo oculto el vicio de los cítricos en cuestión, no tiene fundamento la acción redhibitoria, junto con la *quanti minoris* denominadas por la doctrina acciones edilicias por sus precedentes romanos y de las cuales se ocupa el artículo 934 del Código Civil", apuntando a continuación y para abundar en razones que, no obstante lo anterior, si el "acusado vicio llegara a tener la connotación jurídica de oculto, la acción redhibitoria habríase extinguido a tono con lo prescrito por el artículo 938 del Código de Comercio que fija en seis meses a partir de la entrega el término hábil para su ejercicio", y que ese plazo, en el caso *sub examine*, se había vencido o estaba superado considerablemente cuando se introdujo la demanda inicial del proceso, o sea, el 17 de mayo de 1988, desde luego que "la entrega de la mercancía se hizo entre junio y julio de 1985...", y advierte que esta caducidad determina igualmente la extinción de la acción indemnizatoria que es complemento de aquéllas.

Así, pues, descartada la acción redhibitoria y la adicional de reparación por daños -dice la corporación sentenciadora- "...es innecesario especular en punto a la tesis de la recurrente en el sentido de que el defecto de la cosa comprada no es atribuible a la acidez del suelo donde se sembró y, por ello, la Inspección Judicial extra proceso realizada por la Inspección de Policía de El Mercy (...) la que carece de validez porque no fue decretada u ordenada, el testimonio técnico allí producido y la declaración de Mariano Salcedo que fue practicada violándose el principio de contradicción (...) y el análisis del ICA, tachado por la sociedad demandante, no ameritan ser considerados para los efectos por ésta perseguidos...".

Finaliza las consideraciones poniendo de presente que la apelación adhesiva interpuesta por la parte demandada, "...no tiene fundamento como quiera que la decisión de primera instancia le fue totalmente favorable...".

III. EL RECURSO DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tres son los cargos que en su demanda de casación formula la entidad demandante contra la sentencia del tribunal, fundados todos en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, cargos que la Corte procede a estudiar en el orden en que ellos vienen propuestos.

Cargo primero

Mediante éste la recurrente acusa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira de ser violatoria "de los artículos 870 y 1608 del Código Civil, por error de hecho en la apreciación de la demanda". Y para demostrar el yerro fáctico que denuncia, el censor expresa en su demanda que el tribunal, "a través de una serie de deducciones, llegó a la conclusión de que la acción impetrada era la redhibitoria cuando en realidad, del examen del libelo incoatorio se colige que se trata de una acción resolutoria".

Dice el impugnante que el numeral 1º de los hechos de la demanda inicial, el cual transcribe, "indica la existencia de un contrato de compraventa", al que se "le añadió una garantía de calidad" como lo indica el hecho 2º de esa misma demanda; que el hecho 14 de ese escrito, que también transcribe, "ratifica la existencia de la garantía dada por el vendedor al comprador"; y que en esas circunstancias a "la garantía de calidad, se agregó una de producción, en un tiempo determinado"; y añade que "como quiera que la garantía formó parte integral en el contrato celebrado entre las partes de este proceso, al establecerse la existencia del vicio por parte del comprador y dar el correspondiente aviso al vendedor en reclamo de la garantía, sin que éste se allanara a responder por la cosa defectuosa, incurrió en mora dejando al comprador la posibilidad, como en efecto lo hizo, para demandar la resolución del contrato, la cual genera para el contratante cumplido entre otras alternativas, la de reclamar la devolución del precio y la indemnización de perjuicios. Sin embargo el H. Tribunal no tuvo en cuenta el otorgamiento de la garantía y consideró equivocadamente que, la acción era redhibitoria".

Se considera

1. *La jurisprudencia de la Corte ha reiterado que cuando al tiempo de fallar el juez se encuentra frente a una demanda que es imprecisa en su texto, ya sea por la forma como en ella se deducen las súplicas del demandante, ya en la exposición de los hechos que ofrece para fundamentar esas peticiones, o ya en los fundamentos de derecho en que éstas se apoyan, ese juzgador está en la obligación de interpretarla con el propósito de descubrir, para conocerla en su realidad, la auténtica intención del demandante. Pero ha agregado también la jurisprudencia que en esa labor interpretativa el juez no puede operar ni mecánica ni arbitrariamente; porque sólo procede una interpretación radical, lógica y ceñida a la ley y porque, una vez trabada la relación procesal, de ella surge para el demandado el derecho a impedir que se le cambie, por el querer del demandante o por voluntad del juez, tanto el* petitum *como la causa*

petendi *por los cuales se le enjuició y se lo llamó a responder (Sentencia. Casación Civil 18 de mayo de 1972. G. J. Tomo CXLII, pág. 200). Y agregó la Corte en ese fallo de casación: "Es posible que al interpretar la demanda el juez se equivoque, sea por contraevidencia respecto a* causa petendi *o a su* petitum, *o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción propuesta. Tanto en este como en aquel evento incurre en yerro fáctico que lo puede conducir a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que dirime el conflicto con base en preceptos que no regulan el caso controvertido, o por falta de aplicación de las disposiciones pertinentes", doctrina ésta que ha sido ratificada en providencias posteriores, como puede verse en el fallo de casación de 1ª de abril de 1975, en el cual la Corte señaló que: "El error en la interpretación y apreciación de la demanda, cuando ocurre, es claro que será de hecho, y éste, en su caso, ha de ser manifiesto. Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo (G. J. Tomo CLII, 205), dicjendo en fallo más reciente la Corporación sobre esta específica cuestión: "A nadie se le escapa que la de interpretar la demanda es una preciosa facultad que tiene el juez para que los derechos de las partes que se discuten en el proceso alcancen en la práctica la certeza que legalmente les corresponde. Mas si ello es así, tampoco hay lugar a perder de vista que dicho poder encuéntrase de todos modos, supeditado a los términos y conceptos de los que el demandante se hubiera valido para exponer tanto la pretensión como la* causa petendi *de la misma. Por mejor decirlo, el juez, en la búsqueda del real sentido de la demanda, tiene que averiguar es por lo que su autor quería expresar por medio de ella y no por lo que él, el juez, desee ver en ese escrito. Por tanto, la búsqueda de la que se habla sólo tiene cabida cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia. Mas si la exteriorización de las ideas es diáfana y concreta, la interpretación de la demanda deja ser procedente, y lo que de hecho se intente, desde luego con el propósito de asignarle al libelo introductorio una significación diferente a la que en realidad le corresponde, será manifiestamente errónea. Y es que, como en repetidas oportunidades lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte, el juzgador, en pos de interpretar la demanda, no puede modificar sensiblemente los términos en que su autor la concibió" (Sentencia Casación Civil 20 de agosto de 1987. G. J. Tomo CLXXXVIII, pág. 139). Si lo hace, incurre en un desacierto cuya caracterización para los fines propios del recurso de casación por quebrantamiento de la ley, tiene perfiles propios que en providencia de 13 de junio de 1990, reiterando lo que la Corte había dicho en sentencia de 29 de mayo de 1980, se precisaron diciendo que si el tribunal aprecia en su realidad objetiva la demanda y ve que en ella la* causa petendi *es una y luego falla sobre los puntos litigados, pero estribándose en hechos constitutivos diferentes a los alegados en la demanda, su proceder conlleva incongruencia.*

Así mismo, tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, porque ello corresponde a la naturaleza misma del error de hecho trascendente, que para que esta clase de yerro fáctico en la interpretación de la demanda pueda alegarse con éxito como punto de partida de un cargo en casación, tiene que ser ostensible o manifiesto, es decir, que a primera vista se presente como una disconformidad con lo que el contenido objetivo

de la demanda indica; que "las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo", porque si ninguna de ellas desborda el objeto de dicho libelo, la elección que haga el sentenciador en nada contradice la evidencia que dicho escrito ostenta (G. J. Tomo LXVII, p. 434). De ahí, que como lo dijo la Corte en su fallo de 18 de mayo de 1972 y lo reiteró en el pronunciado el 1° de abril de 1975, ambos citados anteriormente, que "cuando uno de los hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que se le considere aisladamente o ya en conjunto con otro u otros para su definición jurídica, ofrece dos o más interpretaciones lógicas, ninguna de las cuales desborda el objetivo de dicho libelo, puede el sentenciador elegir uno u otro, sin que su conducta implique error de hecho manifiesto porque tal proceder no entraña arbitrariedad, ni contradice la evidencia que ese escrito ostenta".

2. En el caso de este proceso, consideró el Tribunal Superior de Pereira que no obstante que del contexto de las peticiones de la demanda ello no surge con claridad, en dicho libelo se ejercita la acción redhibitoria del artículo 934 del Código de Comercio, deducción que apoya poniendo en conjunción "los hechos alegados como fundamento de lo implorado con las propias normas de derecho sustancial invocadas".

Y si evidentemente, en los hechos invocados en la demanda, especialmente en los indicados en el numeral 11 en donde el demandante le atribuye al demandado, por razón de la profesión de éste, obligación de saber que "las plantas vendidas presentaban graves deficiencias", en el 12, en el que expresamente afirmó que "el vicio oculto de los árboles no podía ser detectado por su comprador, por cuanto éstos no se compraron a raíz desnuda, sino en bolsa"; en el 16 en donde indicó que " Dado el carácter del vicio, que afecta a los árboles", de éstos no se puede esperar producción alguna; y del 18, en donde asevero que "el vendedor no ha salido al saneamiento de la cosa vendida", el error fáctico que se endilga al sentenciador en el entendimiento de la demanda tiene que descartarse, pues el contenido de todas esas aserciones conduce, cierta e inequívocamente, a aceptar que en la demanda inicial del proceso se dedujo la acción redhibitoria, como lo dice la sentencia, y no la resolutoria del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor, como lo predica el cargo que aquí se analiza. Todos estos hechos, se los mire separadamente o en el conjunto que ellos forman, corroboran la exactitud de la conclusión del tribunal, al cual la demanda solamente le ofreció duda en cuanto a si la instaurada era una u otra de las dos facetas de la acción redhibitoria: la redhibitoria propiamente o la *quanti minoris*, pero nunca vacilación en torno a si se trataba de la de rescisión por vicios ocultos o la de resolución por incumplimiento del vendedor en las obligaciones contractuales pactadas, toda vez que de acuerdo con los elementos objetivos recién destacados y que resultan de la propia literalidad del libelo en estudio, la acción incoada por la sociedad demandante lejos de aparecer configurada por el incumplimiento o por la irregular ejecución de las obligaciones contraídas por el vendedor demandado, se la edifica sobre dos circunstancias de suyo determinantes y además fácilmente identificables, a saber: La existencia de un vicio relevante en los árboles enajenados y entregados a aquella entidad, unida a una promesa de garantía efectuada por el mencionado vendedor y que a través del proceso al que la demanda en cuestión le ha dado origen, pretende hacerse efectiva, lo que constituye sin duda alguna impedimento insuperable para admitir, como con ahínco lo reclama la impugnación,

que por efecto de una desfiguración fáctica del escrito de demanda e imputable a la simple imaginación judicial, un supuesto de resolución contractual por prestación diversa, originada en defectos de calidad de la cosa vendida, arbitrariamente acabó transformándose por los jueces de instancia en uno de redhibición surgida de prestaciones viciosas.

De otra parte, para apoyar la deducción del juez *ad quem* en cuanto a la acción ejercitada en la demanda y su exactitud, cabe recordar que en dicho libelo se invocaron como fundamentos de derecho, entre otros, los artículos 1914 y siguientes del Código Civil, que son precisamente los regulativos de la acción redhibitoria en el contrato de compraventa "por vicios ocultos de la cosa vendida", y además se hizo expresa mención de la sentencia de casación de 23 de junio de 1955, publicada en el Tomo LXXX, No. 2154 de la Gaceta Judicial, páginas 448 a 455, en la cual la Corte sentó doctrina en punto a la rescisión de un contrato de compraventa "por vicios ocultos en la cosa vendida", sintetizando la jurisprudencia sobre la estructura legal de "los vicios redhibitorios". En tanto que no se citó, ni expresa, ni implícitamente en la demanda correspondiente, disposición legal alguna referente a la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento, así se hubiera considerado al celebrado como comercial o simplemente como civil, y precisamente sobre este supuesto de hecho, inferido rectamente de la demanda, pues tal es lo que indican sus claros términos, el demandado asumió su defensa desde la contestación de la demanda, al afirmar que no había existido en los árboles vendidos vicio oculto ninguno, y que por ende no entendía obligación de saneamiento al respecto, lo que solamente ahora en la demanda de casación la demandante pretende descalificar en cuanto hace a su pertinencia frente a la acción deducida.

Mirada la cuestión desde otro punto de vista, cabría observar que si como lo ha dicho la Corte, una recta interpretación de la demanda debe considerar tanto los hechos en ella relatados como sus peticiones, y además, si ello fuere necesario para precisar la verdadera intención del demandante, "las demás actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso", el tribunal no interpretó erróneamente la demanda, sino que al deducir que en ésta se había ejercitado la acción redhibitoria, su juicio está ceñido a la realidad; que tal fallador vio esa pieza procesal como ella aparece, sin atribuirle a su contexto nada distinto de lo que él expone tanto en sus peticiones, como en sus hechos y en el derecho invocado; y que, de consiguiente, no existe el error de hecho que se invoca en la censura que aquí se estudia, conclusiones éstas que cobran fuerza si se considera que el mismo apoderado de la demandante, en su alegato de conclusión presentado en la primera instancia del proceso (fls. 126 y ss. cuaderno 1), en el escrito mediante el cual sustentó la alzada interpuesta contra la sentencia de primer grado (folios 159 y ss. *ibidem*), y en el alegado formulado ante el Tribunal Superior (folios 4 a 11 cuaderno 8) continuó hablando de vicios ocultos en los árboles compravendidos. En el primero dijo que debe establecerse si los árboles "adolecen de defectos o no", que éstos "padecían de doblamiento de la raíz principal" defecto que provocó la muerte de casi la mitad de los comprados y sembrados, que "establecido el vicio oculto de los árboles", que el vendedor "en ningún momento comentó al comprador, que los árboles tuvieran los vicios ocultos alegados", y en fin, que el comprador "no podía conocer el vicio oculto a pesar de encontrarse asesorado por su agrónomo"; en el segundo de esos escritos insiste el apoderado de la demandante, aceptando tácitamente la consideración del *a quo* al respecto de la acción ejercitador, que "era imposible para el comprador

detectar el dobiamiento de la raíz de los árboles en el momento mismo de la negociación" y cita el artículo 1915 del Código Civil; y en el último de esos tres alegatos, insiste en la aplicación del artículo 1915 citado, dando carácter de vicio oculto al dobiamiento de la raíz de los árboles y su desconocimiento por el comprador.

3. Por último y si lo anterior no fuere suficiente para despachar negativamente este cargo fundado en errónea interpretación de la demanda, los fundamentos que se le dan a tal censura, es decir, que no se instauró la acción redhibitoria sino la resolución contractual, alegado ahora en casación y no antes, son enunciados que constituyen medio nuevo y como tal improcedente, en este recurso extraordinario, porque se viene a pretender alterar los extremos en que desde su inicio quisieron los litigantes que la controversia quedara planteada.

En efecto, la sociedad aquí recurrente, como quedó visto en el numeral precedente, instauró en la demanda inicial la acción redhibitoria, en la cual ha insistido posteriormente, al pedir fallo favorable de primera instancia en su alegado de conclusión y luego al deprecarlo en segunda instancia; el demandado, por su parte, al contestar la demanda inicial y en todas sus alegaciones posteriores se ha defendido con la argumentación fundamental de que no hubo vicio oculto en los árboles vendidos, pues estos fueron entregados a satisfacción del comprador. Tales, súplica y réplica constituyeron, pues, base definida sobre la cual se trabó la relación jurídico procesal, dentro de cuyo panorama no apareció, antes del fallo de segundo grado, la pretensión del demandante de que ejercitó no acción redhibitoria sino la de resolución del contrato de compraventa.

No obstante la muy clara y definida posición jurídica asumida por las partes en las dos instancias del proceso, la censura pretende ahora, en el restringido campo de la casación, que se declare la resolución de ese contrato, pues que esta fue la acción por él ejercitada y no la redhibitoria, sin darle oportunidad al demandado para que ejercite su derecho de defensa en esta específica cuestión. Es decir, que la demandante está buscando en casación la prosperidad de lo por ella pretendido inicialmente, pero con base en hechos que no solamente no se alegaron en las instancias sino que implican una indiscutible transformación de la *causa petendi* y del *petitum* de la demanda inicial, lo que constituye medio nuevo cuya consideración y análisis, valga insistir, están vedados en sede de casación.

Conclusión lógica de todo lo expuesto es, pues, la de que este primer cargo no puede recibir despacho favorable y por lo tanto ha de ser desestimado.

Cargo segundo

A través de esta censura se ataca la sentencia recurrida por transgredir directamente y por falta de aplicación, el artículo 2536 del Código Civil en cuanto se refiere a los términos de prescripción según la naturaleza de la acción instaurada, estableciéndolos en 10 años para la ejecutiva y en 20 para la ordinaria. Para demostrar la violación denunciada, expresa el casacionista que tratándose "de la acción ordinaria resolutoria, la cual está contenida en el artículo 1546 del Código Civil, el término de prescripción a aplicar es de veinte años y no es de seis meses que se establece para la acción redhibitoria y que fue el término que aplicó el honorable tribunal, por considerar que se trataba de una acción redhibitoria"; que aún en el supuesto de tomar "el tiempo de prescripción mínimo establecido para algunas acciones resolutorias específicas", que

sería de cuatro años, tampoco puede decretarse la prescripción en este caso ya que la demanda se presentó en abril de 1988, o sea tres años y dos meses después de la celebración del contrato de compraventa, que lo fue en junio de 1985.

Finalmente, el recurrente estima, que la norma (artículo 2536 del Código Civil) "dejó de aplicarse, por la errónea interpretación de la demanda conforme se estableció en el cargo primero", con lo cual subordina la procedencia de este cargo segundo a la prosperidad del primero.

Se considera

1. Inicialmente advierte la Corte que subordinado este cargo a la prosperidad del formulado en primer lugar, la desestimación del error en la interpretación de la demanda, que es el cargo subordinante, deja en el vacío esta segunda censura, que es el cargo subordinado, y consecuencialmente se impone el rechazo de la objeción a la sentencia formulada en los términos que se dejan reseñados. La lógica natural de las cosas impulsa a la Sala a decir que si la demanda inicial del proceso no fue erróneamente interpretada, tal cual se dejó visto con amplitud al despachar el cargo precedente, no puede darse, como consecuencia, la imaplicación del artículo 2536 del Código Civil, que es el fundamento del cargo segundo.

2. Además de lo anterior, la Sala anota aquí la falta de precisión del recurrente al formular este cargo segundo, pues en él señala que el tribunal aplicó a la controversia una prescripción de carácter comercial, de corto tiempo, en vez de haber regulado la cuestión por la prescripción civil ordinaria. Pero, el tribunal *ad quem* edificó su sentencia desestimatoria, no en el fenómeno prescriptivo de la acción, sino en la inexistencia del vicio oculto que la demandante le endilgó a los árboles de naranjo que fueron el objeto de la compraventa, solamente que corroboró su argumento cardinal con la consideración de que el tiempo de caducidad, que no de prescripción, establecido por el artículo 938 del Código de Comercio se hallaba vencido, y en que "dicha caducidad repercute de la misma manera" (destaca la Corte) en la acción redhibitoria y en la de indemnización "prevista en el inciso 2º del artículo 934...".

En efecto, como ya se ha visto, sin tocar en su fallo para nada la prescripción propuesta como excepción de mérito por el demandado, ni menos el fenómeno de caducidad, el juzgado *a quo* negó las pretensiones de la demanda sobre la única consideración suya de que el vicio oculto aludido en la demanda en relación con los árboles no existió (folios 142 a 157 cuaderno 1). Y ésta resolución de la sentencia de primer grado fue confirmada por el tribunal, sin hacerle modificación o adición alguna, tal cual se ve en la parte decisoria del fallo del *ad quem* (folio 38 cuaderno 8), sólo que para apoyar esta negativa contenida en el fallo de primer grado, que se confirmó en el segundo, dijo el tribunal, después de haber concluido en la inexistencia "del vicio oculto de los cítricos en cuestión" y por ende en la carencia de "fundamento de la acción redhibitoria", que "en gracia de discusión", si se pensara en que ese supuesto vicio tuviese "connotación jurídica de oculto", la acción redhibitoria habría caducado.

3. Por lo demás, en el supuesto de que pudiera entenderse por los términos de la sentencia del tribunal que en ella sí se aplicó la prescripción mercantil, en relación con la acción redhibitoria de la compraventa comercial, la Corte tendría que decir que este

segundo cargo, limitado en su alcance a atacar lo referente a la prescripción, es incompleto y por ello se torna ineficaz.

En efecto, del resumen que de su sentencia se hizo, claramente se deduce que el Tribunal de Pereira fundó su sentencia negativa de la pretensión redhibitoria instaurada en la demanda en dos razones: una principal y otra simplemente corroborativa de ella. Consiste la fundamental y primaria en "no siendo oculto el vicio de los cítricos en cuestión, no tiene fundamento la acción redhibitoria, junto con la *quanti minoris*...", al paso que radicó la adicional o corroborante, en que además de lo anterior, la acción redhibitoria se había instaurado después de haber caducado (folios 36 y 37 cuaderno 8).

No obstante lo anterior, en este segundo cargo el recurrente se limita a impugnar la segunda de tales dos razones, la corroborante, pero omite absolutamente atacar la primera, o sea la fundamental que es autónoma e independiente de aquélla, pues estima que se debe regular el caso, en cuanto a la prescripción, por las normas del derecho civil y no por las del Código de Comercio, pero no ataca la razón fundamental del tribunal de que no puede prosperar la acción redhibitoria por ausencia de su presupuesto esencial: un vicio oculto. Limitado pues, como se halla, a censurar la sentencia por el error jurídico en que el sentenciador habría incurrido en su deducción de prescripción o caducidad de la acción redhibitoria, tiene que decirse que la impugnación a la sentencia resulta incompleta, pues aún en el evento de que el yerro de hermenéutica denunciado existiera realmente, no podría quebrarse el fallo del tribunal por encontrarse apoyado o cimentado básicamente en otra consideración fundamental que se repite una vez más, es la inexistencia de vicio oculto en los árboles, proposición que no ha sido atacada en casación y que por ello sigue prestándole base sólida y suficiente a la sentencia del tribunal.

Insistente e invariablemente ha dicho la Corte 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 error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado" (Sentencia Casación Civil 28 de agosto de 1974, G. J. Tomo CXLVIII, pág. 228, 1ª). La misma jurisprudencia la reiteró la Corte en su fallo de 3 de noviembre de 1980 y 26 de octubre de 1981 (G. J. Tomo CLXVI, pág. 597).

Se sigue de todo lo expuesto, pues, que tampoco el cargo segundo resulta eficaz y por ello la Corte lo rechaza.

Cargo tercero

Por éste, y también con apoyo en la causal primera de casación se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria del artículo 1915 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el tribunal. Las pruebas que el recurrente cita como preterm itidas son:

a) La Resolución número 748 del ICA, según la cual se impone a los productores de material de propagación, el deber de "responder por la calidad genética y agronómica

del material de propagación objeto de la producción" [literal j (del artículo 6°) y e del artículo 9°], lo que significa, dice el censor, que "no cualquier persona puede dedicarse a la venta de estos productos, sino que además de obtener una licencia para operar como productor y como reproductor del material de propagación vegetal, tiene que garantizar los productos que vende", como exigencia del órgano oficial que lo vigila;

b) El Catálogo Promocional de Ventas del demandado, en el cual éste, en desarrollo de la exigencia que hace el ICA, consigna, en relación con los productos que vende en su vivero, las "ventajas de los injertos", en cuanto a "garantía de calidad" y "precocidad", con "lo que no cabe duda acerca de la garantía de calidad y producción de un determinado tiempo (dos y medio y tres años) que otorgó el vendedor a la compradora";

c) El interrogatorio de parte absuelto por el demandado dentro del proceso a petición de la demandante, particularmente en las respuestas que dio a las preguntas 6 y 17, y

d) La carta de 4 de septiembre de 1987, dirigida por la demandante a su demandado, en la cual aquélla "hace alusión a una conversación sostenida" con éste, para hacerle saber "de problemas en el desarrollo de los árboles y concretamente de doblamiento de sus raíces". Dice el censor que si no hubiera existido la garantía, "seguramente no habría reclamado el cambio del material vegetal y menos en los términos en que lo hizo, si así obró, era porque indudablemente estaba haciendo uso de la garantía".

Expresa el impugnante que si el tribunal sentenciador hubiera tenido en cuenta las anteriores pruebas, "habría llegado a la conclusión de que la garantía formaba parte del contrato de compraventa entre las partes, que dicha garantía era por dos años y medio como mínimo y además, que la demandante reclamó oportunamente con base en esa garantía, para que el vendedor le reemplazara el material vegetal y por consiguiente, no era procedente aplicar el artículo 1915 que establece los vicios redhibitorios, sino el 1546 del Código Civil, que impone la acción resolutoria".

Agrega el recurrente que el tribunal también omitió considerar en su fallo estas otras dos pruebas:

a) La inspección judicial practicada a los archivos y libros de la sociedad demandante, en la cual se constató el gasto hecho por compra de nutrientes y elementos químicos para el buen desarrollo del cultivo, y

b) El documento dirigido por Julio César Toro Mejía, Jefe Nacional de Especies Frutícolas, al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, en el cual dicho funcionario, en febrero de 1990, concreta las dos únicas causas por las cuales se doblan las raíces de los árboles: el mal manejo del material de siembra de los arbolitos, y sembrarlos en suelos extremadamente ácidos. Dice el censor si tales son las dos causas del mal, "habiéndose practicado la enmienda de cal al suelo extremadamente ácido, no cabe duda de que el doblamiento radicular se produjo entonces en el vivero, por el mal manejo que allí se hizo del material de siembra".

Concretando los yerros que denuncia, dice el casacionista que el tribunal incurrió "en la violación directa de la ley por la errónea interpretación de la demanda (...) y,

consiguientemente, en "violación indirecta de la ley por errores de hecho, cometidos por una apreciación parcializada de las pruebas, sin analizarlas en su conjunto, de conformidad con las reglas de la sana crítica".

Se considera

1. Es procedente advertir de entrada, para el cabal despacho de este cargo tercero fundado en errores de hecho por pretermisión de pruebas, que condicionado como viene a la prosperidad del primero, atinente a la afirmada interpretación errónea de la demanda, la desestimación de éste trae como consecuencia obligada la ineficacia de aquél, desde luego que, como se dijo en el análisis del cargo segundo, la demanda inicial del proceso no fue erradamente interpretada y por ello la proposición subordinada a dicho yerro no puede quedar estructurada con la consistencia debida.

2. En segundo lugar anota la Corte la falta de claridad y precisión en que incurre el casacionista en la formulación de este cargo, desatendiendo las reglas de la técnica de casación y en particular lo imperado por el artículo 374, numeral 3, del Código de Procedimiento Civil. Puesto que al concretar los yerros que denuncia, dice que se quebrantó en forma directa la ley "por la errónea interpretación de la demanda", sin expresar en este cargo en qué consistió el error jurídico que denuncia, para luego añadir el censor, avanzando en el desarrollo de la objeción, que esta "violación directa" trajo como consecuencia el quebranto indirecto de la misma norma sustancial, por el error de hecho cometido "por apreciación parcializada de las pruebas".

Pero, no tiene en cuenta el casacionista que si, como lo afirma en su demanda, el tribunal prescindió en cuanto a pruebas "de analizarlas en su conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica", tal clase de yerro, en caso de existir, sería de derecho y no de hecho como lo tiene dicho la Corte Suprema desde su fallo de 14 de junio de 1982 (G. J. Tomo CLXV, pág. 116), reiterado por el de 15 de septiembre de 1983 (G. J. Tomo CLXII, pág. 189), doctrina que la Corte ratificó más recientemente, como puede verse en la sentencia número 067 de marzo 4 de 1991.

3. En tercer lugar, es pertinente observar que *la aplicación indebida de un precepto de derecho sustancial, no cabe lógicamente en relación con aquellos que la sentencia no hizo actuar para tomar la decisión en ella contenida y que es materia de impugnación. Ha dicho la Corte, en efecto, que la aplicación indebida de la ley "solamente ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente, lo cual supone, como es apenas obvio, que esta especie de quebranto ni remotamente puede darse cuando el precepto sustancial no se aplica" (G. J. Tomo CLI, pág. 260), doctrina ésta reiterada recientemente en fallo número 095 de 7 de marzo de 1990, sin publicar.*

Como se dejó visto al sintetizar el fallo del tribunal, esta Corporación estimó, que la compraventa realizada por demandante y demandado era mercantil, no solamente por razón de su propia naturaleza sino también por los sujetos que la celebraron y que, por lo consiguiente, es "la ley comercial la que regula el mencionado contrato", y no la civil. Consecuente lógicamente con tal deducción le dio solución a la *litis* haciendo actuar en su sentencia los artículos 934, 935 y 938 del Código de Comercio, y por lo tanto haciendo absoluta abstracción del artículo 1915 del Código Civil, cuya violación

denuncia el cargo por aplicación indebida. Por manera que si para tomar la resolución desestimatoria de las pretensiones de la demandante, el Tribunal de Pereira no aplicó en su sentencia el precitado artículo 1915 del Código Civil, desacertado por completo resulta acusar en este recurso esa resolución por desacato a la voluntad concreta de la ley contenida en dicho precepto frente al caso particular que en verdad resultó probado en los autos, como pretende hacerlo el recurrente en el cargo que aquí se analiza.

4. Pero si es que los anteriores razonamientos no suministran base del todo firme para desechar este cargo tercero, la Corte tendría que decir que si bien es verdad que el tribunal en su sentencia no aludió concretamente a las pruebas determinadas por el recurrente como preteridas por dicho juzgador *ad quem*, tal silencio no implica error fáctico trascendente, con virtualidad para infirmar el fallo impugnado, puesto que el tribunal cimentó su negativa, no en el argumento de que faltase, contractualmente acordada, garantía de cumplimiento a cargo del vendedor de los árboles, que es el fundamento central de esta censura, sino en que dichos árboles no tenían, por la época de la compraventa, vicio oculto alguno capaz de fundamentar seriamente la acción redhibitoria, lo que es bien distinto. Y es lo cierto, pues se impone tal aserción de la lectura del escrito sustentatorio del recurso en su parte correspondiente, que este argumento o razón básica de la sentencia no la ha desvirtuado el casacionista, pues en ninguno de los tres cargos que dicho libelo trae intenta siquiera descalificarlo.

No se trató pues, habría que afirmarlo de contera, de que el tribunal no hubiese visto o tenido en cuenta, o desconocido por falta de observación, las pruebas que el censor señala como pretermitidas en la sentencia que combate, sino que esos medios, tal y como obran en el proceso, no llevan la prueba de la existencia en los árboles de vicio alguno susceptible de calificarlo de oculto. Así concebido el juicio jurisdiccional en cuestión, no puede endilgársele error de hecho, y mucho menos evidente o ostensible y trascendente, porque como lo ha sostenido la Corte, "no se estructura el error de hecho trascendente cuando el sentenciador omite apreciar pruebas inidóneas o ineficaces para justificar determinados hechos, cuando el sentenciador parte de la presencia de dichas pruebas en el proceso, desde luego que no puede presumirse desconocimiento por parte de ellas, pero no las aprecia" precisamente por la ineficacia o inidoneidad que de ellas predica (Sentencia Civil 5 de noviembre de 1973. G. J. Tomo CXLVII, pág. 106).

Así pues, este cargo tampoco 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 12 de noviembre de 1992, proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

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

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

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Humberto Murcia Ballén, Conjuez, *Alberto Ospina Botero*.

Acumulación de Pretensiones / Paternidad Extramatrimonial / Impugnación de la Paternidad

Se admite que, en aras de la economía procesal, ambas acciones se acumulen, la de filiación obviamente condicionada al éxito de la impugnación. De forma que si esta última no tiene éxito, la primera, por más que se hallen demostrados los hechos correspondientes, tampoco podrá abrirse paso.

Congruencia / Error de Hecho / Interpretación de la Demanda

La diferencia entre el error *in procedendo*, tipificador de la incongruencia, y el error de hecho en que se puede caer al apreciar la demanda, propio de la causal primera de casación, no se ha desdibujado a raíz de la innovación introducida al numeral 2 del artículo 368, ya que en el primer evento el juzgador, al considerar los hechos sustentantes de la pretensión, no hace cosa distinta a la de despreocuparse de la demanda para tomar únicamente en cuenta aquellos que, de acuerdo con su personal criterio, resultan dignos de ser valorados. En la segunda hipótesis, por el contrario, el juez parte de obedecer la regla que le habla de la sujeción a los hechos de la demanda, mas cuando pretende fijar el sentido de la misma resulta alterándolos, siendo este el motivo por el cual aquí ya no sea afinado hablar de desatención o preciadencia de la demanda.

Interpretación de la Demanda

Puede suceder que la imprecisión o la oscuridad en los términos caracterizadores de la demanda, sean de una dimensión tal que obstaculicen por completo la averiguación de lo que su autor quiso expresar. En este evento no es posible la interpretación pues la que se intentare vendría, simplemente, a representar una reelaboración del escrito incoativo del proceso por el juez. Cuando la demanda sea tan vaga, que sobre la base acabada de señalar, no permita la indagación de su real sentido, lo que corresponde es que se la desestime como inepta, si en la debida oportunidad no se señalaron los defectos de los que obedecía a fin de que subsanados por el demandante.

Paternidad Extramatrimonial - Reconocimiento / Confesión / Relaciones Sexuales

El reconocimiento entraña una confesión de paternidad. El reconocimiento del hijo natural por parte del padre es un reconocimiento-confesión y no un

reconocimiento-admisión. /Se debe partir de que, conforme a la ley, ha habido un reconocimiento de paternidad y de que tal reconocimiento comporta una confesión de la existencia de relaciones sexuales entre el reconociente y la madre del reconocido durante la época en que, según el artículo 92 del C. C., pudo ocurrir la concepción de éste. Si la cuestión se mire a la luz de los modernos métodos artificiales de fecundación, la confesión ya no recaería propiamente sobre las relaciones sexuales, sino de manera más amplia, sobre la participación en la concepción del reconocido, cualquiera que sea el método adoptado para que al fecundar el óvulo femenino se inicie la gestación.

Demanda Inepta / Demanda en Forma

Es la ineptitud "adjetiva" de la demanda, no así la "sustantiva"; y el factor relevante en este campo, toda vez que es de aquélla y no de esta última donde puede en realidad surgir un verdadero impedimento que haga imposible un pronunciamiento que cierre definitivamente la controversia y obligue al juzgador, mediante la figura malsana y en franca decadencia de la "inhibición por inadmisibilidad de la demanda" a dejar incierta la suerte de los derechos involucrados en el proceso. / La calificación acerca de si una demanda satisface, si o no, este presupuesto procesal -demanda en forma-, ha de hacerse frente a los elementos estructurales de la demanda misma, sin recurrir al mérito de la cuestión controvertida, cuyos elementos y condiciones, atinentes sólo a la decisión de fondo, no pueden tomarse para hacerlos revertir sobre la demanda en orden a descalificarla en su forma y declarar por ello, el sentenciador, una inhibitoria de conocimiento que podría acusar pecado de arbitrariedad. /La sentencia de reemplazo ha debido ser absolutoria en su integridad y no inhibitoria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, Distrito Capital, 15 de octubre de 1993.

Radicación: Expediente número 3527.

Despacha la Corte el Recurso de casación que algunos de los demandados interpusieron en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, el cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), dentro del proceso ordinario seguido por Emma Cenet h Gaviria Vásquez, frente a José María Gaviria, de un lado, y del otro, de Ana Elena, María Isabel y Sergio Alonso Correa Echandía, los dos últimos representados por su progenitora Ana Denis Echandía de Correa; de Oscar Alberto Correa Monsalve, representado por su madre Blanca Margarita Monsalve, y Adrián Alonso Correa Arboleda y Luis Fernando Correa Urrea, todos como interesados en la sucesión de Alonso Correa Uribe, la primera como cónyuge supérstite, y los restantes como hijos del mismo.

ANTECEDENTES

1. En demanda cuyo conocimiento asumió el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, la señora Emma Ceneth Gaviria Vásquez pidió que con citación y audiencia de los demandados ya nombrados y previos los trámites de un proceso ordinario, se dictase sentencia en la que se hiciesen estas pronunciamientos.

"1. Que Emma Ceneth Gaviria Vásquez, hija de Resfa Vásquez, y nacida en la ciudad de Medellín el día 20 de septiembre del año 1956, *no es hija extramatrimonial* del señor José María Gaviria.

"2. Que, en consecuencia, Emma Ceneth Gaviria Vásquez..., *es hija extramatrimonial* de Alonso Correa Uribe, fallecido el día 12 de febrero de 1986 en la ciudad de Medellín.

"3. Que por consiguiente Emma Ceneth Gaviria Vásquez es legitimaria del señor Alonso Correa Uribe y tiene derecho a que en la sucesión de éste sea reconocida como heredera y a que se le adjudique la cuota que por ley le corresponde en la herencia, junto con los respectivos frutos que ha producido desde el fallecimiento del causante.

"4....5....".

2. Esas pretensiones se apoyaron en los hechos que, en lo sustancial, a continuación se transcriben:

"1. En el año de 1954, el señor Alonso Correa Uribe y Resfa Oliva Vásquez, se conocieron en la ciudad de Medellín, en el sector de la calle Palacé con los Huesos.

"2. En el mencionado sector, el señor Alonso Correa Uribe, poseía un almacén de repuesto y vecino al mismo, laboraba Resfa Oliva Vásquez, en el establecimiento conocido como 'Bar Turquestán', en su calidad de salonera.

"3. De este conocimiento nació una relación de amistad, la que se acentuó más debido a que ambos eran solteros, Resfa Oliva era mujer atractiva y de reconocida belleza...

"4. Como consecuencia de esta amistad se dio entre ellos relaciones íntimas, que comenzaron en el año de 1954, y se prolongaron hasta mediados del año 1958.

"5. Estos encuentros íntimos ocurrieron en una pieza que era habitada por Resfa Oliva, en la carrera 60, hoy carrera 65 del barrio Antioquia, hoy barrio Trinidad, pieza que era pagada por el finado Alonso Correa Uribe, también sostuvieron relaciones en una casa de citas denominada 'Jardín Avila", así mismo en otra casa de citas de una señora a la que se le conocía como doña Ligia, y que estaba ubicada en la calle 65 con la carrera 27. Testigos de estas relaciones eran los propietarios de dichos negocios, como también los señores Luis Eduardo Sánchez, Gildardo Castrillón Montoya y Gabriel Orozco.

"6. Fruto de esas relaciones fue la concepción y nacimiento de la señora Emma Ceneth Gaviria Vásquez, quien nació el día 20 de septiembre del año 1956.

"7. Durante el tiempo que tuvieron relaciones sexuales, Alonso Correa Uribe le prestó ayuda económica a Resfa Oliva, atendió los gastos que demandó, de ello son

testigos entre otros, las personas que fueron citadas en el ord. 5, además del señor Luis Carlos González y Jaime Vélez entre otros.

"8. Esta ayuda económica se puede establecer no sólo por medio de las personas que pueden testificar al respecto, sino que además hay prueba documental de ello.

"9. Desde el nacimiento de Emma Ceneth, dio a ésta el trato de hija velando por su bienestar y el de su madre, *hasta que aquélla tuvo un año y medio de edad, cuando se trasladó a mediados del año 1958 a vivir en el municipio de Urrao.*

"10. *Que allí la señora Resfa Oliva, formó hogar con José María Gaviria, a partir del año 1961.*

"11. Posteriormente en el año 1964, la demandante y su señora madre, regresaron a vivir en Medellín, en barrio...Trinidad.

"12. Allí habitaban en una casa construida en terrenos ajenos que eran de Eduardo Escudero, predio éste que posteriormente lo adquirió Alonso Correa Uribe, en el mes de mayo de 1981.

"13. En los días en que el señor Alonso Correa Uribe adquirió dicho lote, y fue a mirarlo, se reencontró con la demandante y la señora Resfa Vásquez, quienes, como se dijo antes habitaban allí.

"14. Desde entonces y hasta su fallecimiento, el señor Alonso Correa Uribe dio a Ceneth el trato de hija, la reconocía como tal ante sus amigos...también ante miembros de la familia de Resfa, como el señor José María Gaviria...

"15. Emma Ceneth, fue bautizada en el mes de octubre de 1956 como hija natural de Resfa Oliva Vásquez, en la Iglesia del Sagrado Corazón de esta ciudad, y como hija de padre desconocido.

"16. *Cuando Emma Ceneth tenía 14 años, con el fin de ingresar a realizar estudios secundarios, fue reconocida por el señor José María Gaviria, como hija extramatrimonial suya y como tal fue registrada en la Notaría 3ª de esta ciudad, pues en esa época cuando ya Resfa Oliva Vásquez..., conformaba hogar con el señor José Mª Gaviria, hogar que aún subsiste.*

"17. Con este reconocimiento, desde entonces Emma Ceneth Gaviria Vásquez, se ha venido identificando como hija de José Mª Gaviria y Resfa Vásquez, con los apellidos de tales.

"18. *De todo lo hasta aquí expuesto, se deduce que el verdadero padre extramatrimonial de Emma Ceneth Gaviria Vásquez es el finado Alonso Correa Uribe, y no José María Gaviria.*

3. Notificados los demandados en la pretensión de filiación extramatrimonial del auto admisorio de la demanda anterior, la respondieron en términos similares, o sea, oponiéndose a las pretensiones de la demandante, para lo cual negaron los hechos en que la misma se apoya. Algunos de ellos propusieron las excepciones que denominaron "Validez que surge del reconocimiento que hizo el señor Gaviria", "Carencia de interés jurídico en el proceso e ilegitimidad sustantiva de la parte pasiva", e "indebida acumulación de pretensiones".

El demandado en la acción de impugnación del reconocimiento, José María Gaviria, guardó silencio.

Adelantado el trámite correspondiente a la primera instancia, el Juzgado le puso término con decisión desestimatoria de las pretensiones de la parte demandante, quien, en consecuencia, interpuso recurso de apelación.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal, tras revocar la decisión del *a quo* y declarar no probadas las excepciones de la parte demandada, declaró que la actora no es hija extramatrimonial de José María Gaviria; que lo es de Alonso Correa Uribe, que la sentencia produce efectos patrimoniales; que se debe corregir el registro civil de nacimiento de la demandante, y que ésta tiene derecho como heredera en la sucesión de Alonso Correa Uribe.

Esas determinaciones las apoyó en las consideraciones que a continuación se resumen.

2. El *ad quem* después de hallar satisfechos los presupuestos procesales, dice que es cierto que de conformidad con el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, el reconocimiento es irrevocable, pero que esta norma se refiere a la revocatoria del padre; que, de otro lado, también es cierto que al tenor del artículo 5 *ib*..., en armonía con el artículo 248 del C. C., el legitimado puede impugnar la legitimación. Que "lo preceptuado por el artículo 406 del C. C. en lugar de ser desventajoso para la demandante, resulta beneficioso y por ende, aquélla en cualquier tiempo puede impugnar el reconocimiento ficticio de que ha sido objeto, sin que le sea oponible fallo alguno".

3. En los dos apartes siguientes alude, de modo general, a la posesión notoria del estado de hija extramatrimonial y a las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, para señalar, respecto de esto último que si la demandante nació el 20 de septiembre de 1956, su concepción tuvo que haberse producido entre el 25 de noviembre de 1955 y el 25 de marzo de 1956.

4. En una sección que denomina "Análisis de la prueba testimonial", el *ad quem* lleva a cabo un recuento de lo que dicen los testigos aportados por la parte demandante, señores Luis Eduardo Sánchez P., Jairo Héctor Casas A., Gabriel José Orozco J. y Luis Carlos González M.; de los recibidos a instancia de la parte demandada, correspondientes a Adolfo Foronda C., Gustavo Echandía Ch., Jaime Enrique Uribe, Nubia de Jesús Arboleda R.; de la declaración de Resfa Oliva Vásquez, y, finalmente, de lo que por iniciativa del Juzgador declararon José María Gaviria y Gildardo de Jesús Castrillón M.

5. Después de advertir que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, así como de reproducir un concepto doctrinal acerca de la crítica de la prueba testimonial, puntualiza que en realidad "se presentan algunas incoherencias con relación a los testimonios solicitados por la parte demandante, pero (que) analizados en conjunto, es forzoso llegar a la conclusión de que todos percibieron los hechos; que todos conservan aún recuerdos de tales hechos y (que) en lo que sí discrepan o se diferencian un poco

es respecto a la versión", lo que explica por el nivel sociocultural de los declarantes y por el considerable espacio de tiempo transcurrido.

Nota que ninguno de esos testigos tiene motivo aparente para mentir y que cada uno explica la razón de su dicho, sin que se puedan desechar por razones de edad o por no estar muy ceñidos a la demanda.

Desestima las razones expuestas por el *a quo* para no acoger las declaraciones y manifiesta que no hay prueba de que se encuentren impedidos física, mental o moralmente, agregando que son responsivos, exactos y completos. Que, en cambio, los testigos citados por la parte demandada sí pueden adolecer de parcialidad, pues en su mayoría son parientes, allegados íntimos amigos o con alguna relación contractual con la parte demandada, y que, por ende, sus dichos no son muy exactos y completos.

6. Pasa a referirse al artículo 7 de la Ley 75 de 1968, para sostener que el indicio proveniente de la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba no puede apreciarse en contra de la demandante, porque no aparece prueba alguna sobre que se hubiera mostrado renuente a la práctica de dichos exámenes, ocurriendo lo propio con relación a su progenitora.

7. Estudia uno a uno los medios exceptivos de la parte demandada para tenerlos como no establecidos.

Particularmente, cuando trata de la indebida acumulación de pretensiones, dice que "la demandante demostró que su progenitora se conoció con el señor José María Gaviria cuando ésta contaba con dos años de edad y por consiguiente, al demostrar este hecho queda desvirtuada la posibilidad de que el citado haya tenido relaciones sexuales con Resfa Oliva Vásquez Castro dentro de la época en que pudo haber ocurrido la concepción de Emma Cenerh Gaviria Vásquez....". Que, en cambio, la demandante sí demostró que durante ese mismo período Alonso Correa sostuvo relaciones con Resfa Oliva Vásquez.

Dice, finalmente, que Emma Cenerh debe ser reconocida como heredera en calidad de hija extramatrimonial de Alonso Correa, o en su defecto se debe rehacer la partición dentro del mismo proceso de sucesión.

LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos plantea en ella la parte recurrente, el primero con fundamento en la causal segunda del artículo 368 del C. de P. C., y los dos restantes con fundamento en la causal primera del mismo precepto. La Sala circunscribirá su estudio al primero por encontrarlo destinado a prosperar.

Cargo primero

1. Se le enrostra en él a la sentencia, no ser congruente con los hechos afirmados en la demanda.

Al fundamentarlo, el recurrente recuerda que en la demanda se acumularon una pretensión de impugnación del reconocimiento de la demandante que hiciera José María Gaviria como hija natural suya, "como pretensión principal", y otra pretensión

de filiación extramatrimonial con respecto a Alonso Correa, "consecuencial y subordinada a la prosperidad de la propuesta como principal...". Que el Tribunal le dio vía a la pretensión principal apoyándose "en que José María Gaviria había confesado que conoció a Resfa Oliva cuando Emma Ceneth ya tenía aproximadamente dos años de edad (página 19 v. del fallo), lo que descarta que Gaviria pueda ser el padre (página 22 del fallo) y en que aunque el reconocimiento de filiación extramatrimonial es irrevocable, el reconocido puede impugnar ese reconocimiento en cualquier tiempo (página 6 del fallo).

2. Arguye entonces que para que ese fundamento fuera de recibo, independiente de su eficacia, "era indispensable que, conforme al principio de la congruencia, correspondiera a la *causa petendi* expuesta en la demanda".

Sostiene un poco más adelante que la sentencia de la que aquí se trata "no está en consonancia con los hechos que se afirmaron en la demanda..., al darle sustentación fáctica a la pretensión de impugnación de la paternidad extramatrimonial propuesta como primordial..." Que, manifiesta en posteriores renglones, "la demanda no habla para nada de que la impugnación del reconocimiento se afinque en que José María Gaviria hubiera conocido a Resfa Oliva Vásquez cuando la demandante ya tenía dos años de edad, que es básicamente lo que el Tribunal toma en cuenta para declarar eficazmente impugnada la paternidad. La verdad monda y lironda -continúa el recurrente- es la de que la demanda no menciona al señor José María Gaviria, entre los hechos que relaciona, sino en el número 10, para informar allí que a partir de 1961 Resfa Oliva Vásquez formó hogar, en la población de Urrao con el citado José María Gaviria; y en el hecho 16, en el que se da a saber que cuando Emma Ceneth tenía 14 años de edad, José María Gaviria la reconoció como hija extramatrimonial suya, y que aparentemente lo hizo sin otro motivo que el de beneficiarla socialmente...", alusiones éstas que nada tienen que ver, como hechos constitutivos de causal de impugnación de la paternidad, con los aducidos por el Tribunal.

3. Expresa que otra manifestación de la inconsonancia sería la de entender que en la demanda no se invocó ningún hecho específico constitutivo de *causa petendi* de la pretendida impugnación de la paternidad, sin embargo de lo cual la sentencia "se inventó una". Observa entonces que "bien vista la demanda es notorio que en ella no aparecen indicados con claridad y precisión hechos de la naturaleza de los que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5º de la Ley 75 de 1968, pueden ser taxativamente invocados como causal de impugnación de la paternidad, esto es, los propios de las causales en ese sentido contempladas en los artículos 248 y 335 del Código Civil, según lo dispuesto por el artículo 5º mencionado. Sin mayor esfuerzo puede deducirse que los hechos 10 y 16 de la demanda, atrás extractados, nada evidentemente tienen que ver con las causales de impugnación previstas en los artículos 248 y 335 del C. C. Y en cuanto a los demás hechos afirmados en la misma demanda, todos ellos son atinentes a la *causa petendi* de la filiación de paternidad extramatrimonial pretendida con respecto a Alonso Correa Uribe".

4. Al concluir, anota que sea que la *causa petendi* en la demanda, sea otra que la tenida en cuenta por el Tribunal, sea porque en la demanda no se afirmó ninguna, es ostensible el vicio *in procedendo* cometido por el Tribunal, quien, si no hubiera caído

en él, habría desestimado la pretensión de impugnación, lo que hubiera cerrado toda vía a la pretensión de filiación con respecto a Alonso Correa.

Se considera

1. *Dado que, como se anunció, este cargo se encuentra llamado a prosperar, el primer aspecto que a la Sala se le impone es el correspondiente al interés que a los recurrentes les asiste para proponerlo, como quiera que él viene enderezado hacia la decisión que acogió la pretensión de impugnación del reconocimiento que, como hija suya, había hecho el codemandado José María Gaviria.*

1.1. *No se desconoce que la precitada acción y la de filiación extramatrimonial instaurada en frente de los herederos de Alonso Correa Uribe, son independientes, característica tanto más descollante en el presente caso cuanto que aquí la impugnación no incide en la condición de hijo legítimo que se tenga respecto de mujer casada.*

De igual manera, no se pierde de vista que si la acción de impugnación del reconocimiento se instaura de manera separada, allí los herederos del presunto padre nada hubieren tenido que hacer; o sea, que esa acción era perfectamente adelantable con prescindencia de los herederos. Y si el punto se hubiera definido por medio de sentencia con fuerza de cosa juzgada, él ya no habría podido ser discutido de nuevo dentro del proceso que luego se instaurara en frente de los sucesores de Correa Uribe.

Mas, correlativamente, tampoco hay lugar a que se pase de largo ante la hipótesis consistente en que si, como el argumento de la independencia de las acciones, se incoa el proceso orientado a obtener la declaratoria de filiación natural sin que previamente se hubiera removido el obstáculo dimanente del reconocimiento preexistente, la excepción que en este sentido se propusiera -o que de oficio se considerara- estaría llamada a prosperar, por la potísima razón de que el estado civil no puede, en un momento dado, ser fraccionado en dos paternidades, justamente por su carácter indivisible (art. 1. Dto. 1260 de 1970). En esta observación, por consiguiente, empieza a evidenciarse el interés de los demandados en la acción de filiación orientado hacia el mantenimiento del status proveniente del reconocimiento.

1.2. *Pero, avanzando un poco más, es tempestivo observar que la demandante acumuló las dos acciones sin que nadie le hiciera reproche alguno, cuando, dentro de una lógica estrictamente geométrica, la pretensión de reclamación de paternidad podría reputarse como despojada de interés actual toda vez que mientras no se deshaga por medio de sentencia definitiva la condición de hijo que se tiene con relación al reconocimiento, ésta sigue produciendo todos sus efectos, uno de los cuales sería cabalmente el impedir que se acometa el examen de la pretensión de filiación sin que ella haya desaparecido. Sin embargo, como en el derecho no son las soluciones provenientes de la recta geométrica las que priman, se admite que, en aras de la economía procesal, ambas acciones se acumulen, la de filiación obviamente condicionada al éxito de la de impugnación. De forma que si esta última no tiene éxito, la primera, por más que se hallen demostrados los hechos correspondientes, tampoco podrá abrirse paso. Es aquí, por tanto, donde con toda nitidez se capta el interés de los sujetos pasivos de la segunda pretensión. Mientras la primera no culmine satisfactoriamente, ellos permanecerán al abrigo de que a su respecto se declare la filiación.*

1.3 *Adicionalmente, observada la cuestión con base en el principio de la igualdad de las partes en el proceso, no se vería cuál sería la razón para que si el demandante puede convocar al debate tanto al autor del reconocimiento cuya impugnación se persigue, como a los herederos de aquél a quien se señala como padre verdadero, disponiendo, por consiguiente, de todas las garantías para que ambos asuntos se diligencien al tiempo sin otra limitación que la antes anotada, estos últimos tuvieran que ver restringido su derecho de réplica a lo que es la materia específica de la pretensión hecha valer en frente de ellos, sin que pudieran oponer válidamente defensas tendientes a la no prosperidad de la otra pretensión cuando su éxito le abriría la puerta a la condicionalmente acumulada.*

1.4 *Por todo ello, entonces, estima la Sala que los herederos de Alonso Correa Uribe sí tienen interés suficiente para debatir lo concerniente a la impugnación del reconocimiento que de la demandante hiciera José María Caviria, y, por supuesto, para formular cargos en casación que apunten hacia la respectiva decisión del Tribunal, ya que de prosperar el ataque, la sentencia no puede mantenerse en la esfera de la declaratoria de filiación, dada la imposibilidad de que coexistan dos estados civiles originados en paternidades diferentes.*

Y no se diga que por el carácter independiente de las acciones, la declaratoria de filiación permanece intocable para la Corte por no haber sido ella materia de cargos específicos, puesto que la verdad es que la impugnación enderezada contra la primera pretensión tiene, per se, la fuerza suficiente para arrastrarla, en virtud de que ésta, no ya formal sino sustancialmente, es una premisa inevitable para poder llegar a aquélla.

Aclarado lo anterior, la Sala entra al examen del cargo.

2. *De acuerdo con el actual artículo 305 del C. de P. C., la sentencia debe hallarse en consonancia con los hechos de la demanda.*

Se erigió allí, pues, una regla de conducta para el juez, a quien, en consecuencia, se le veda sustentar su decisión en hechos distintos de los consignados por el actor en su demanda. Si el juez rebasa esta regla, o sea, si, prescindiendo del esquema factual trazado en el escrito incoactivo del proceso, hace descansar su resolución en una causa petendi, diferente, aún a pretexto de ser ésta la que aparece probada, incurre en incongruencia, la cual, como se sabe, constituye un vicio de actividad, pues aquel habrá desatendido una de las pautas que la ley le señala para el proferimiento de la sentencia.

Ese vicio de actividad, en el específico campo de la falta de consonancia con los hechos de la demanda, es parte integrante de la causal de casación establecida en el actual ordinal 2 del artículo 368 del C. de P. C.

3 *Por otra parte, la Sala tiene presente que el juez, buscando -como es su deber- que el derecho reconocido por la norma de carácter sustancial adquiera una realidad efectiva, puede interpretar la demanda, y, naturalmente, los hechos en ella descritos, mas dentro de un marco que no riña con su objetividad; subsecuentemente, que al acometer la tarea correspondiente puede incurrir en un desacierto, el cual lo podría conducir, a su vez, a la transgresión de la ley; tal desacierto, según el inciso 2 del*

ordinal 1 del mismo artículo 368, sería de hecho, aun cuando, como lo que denotado la jurisprudencia de la Corte, también puede ser de derecho.

4. En el plano teórico, la diferencia entre el error in procedendo, *tipificador de la incongruencia, y el error de hecho en que se pueda caer al apreciar la demanda, propio de la causal primera de casación, no se ha desdibujado a raíz de la innovación introducida al citado numeral 2 del artículo 368, ya que en el primer evento el juzgador, al considerar los hechos sustentantes de la pretensión, no hace cosa distinta a la de despreocuparse de la demanda para tomar únicamente en cuenta aquellos que, de acuerdo con su personal criterio, resultan dignos de ser valorados. En la segunda hipótesis, por el contrario, el juez parte de obedecer la regla que le habla de la sujeción a los hechos de la demanda, más cuando pretende fijar el sentido de la misma resulta alterándolos, siendo éste el motivo por el cual aquí ya no sea aunado hablar de desatención o preseindencia de la demanda.*

5. En el anterior orden de ideas, corresponde, en el presente caso, confrontar la demanda con la sentencia para determinar si, como lo denuncia el recurrente, el Tribunal incurrió en incongruencia, o si, por el contrario, lo que hizo fue interpretar la demanda.

La demanda, según la transcripción que de la misma se verificó atrás, relata en el hecho 9. que Emma Ceneth tenía año y medio de edad cuando Resfa Oliva se trasladó a vivir a Urrao, a mediados de 1958. Que allí, se afirma en el hecho 10 formó hogar con José María Gaviria. Luego, en el hecho 15, anótase que a Emma Ceneth se le bautizó como hija de padre desconocido. En el hecho 16, se manifiesta que cuando ésta tenía 14 años de edad y con el fin de ingresar a realizar estudios secundarios, José María Gaviria la reconoció como hija extramatrimonial suya y como tal se registró en la Notaría 3 de Medellín. Y, finalmente, en el hecho 18, se sostiene que de lo expuesto se deduce que el verdadero padre de la demandante es Alonso Correa Uribe y no José María Gaviria, afirmación ésta que se explica porque los restantes hechos se encuentran destinados a narrar las incidencias de la relación entre Resfa Oliva Vásquez y Alonso Correa Uribe.

La sentencia, por su parte, inicia la parte considerativa con alusión a los presupuestos procesales; de la demanda en particular, anota que no hay reparo que formularle. En seguida se refiere a la irrevocabilidad del reconocimiento de la paternidad natural, según lo define el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, para inmediatamente puntualizar que también es cierto que, conforme al artículo 5 de la misma ley, en armonía con el artículo 248 del C. C., el legitimado puede impugnar la legitimación.

Después, de modo general, comenta la posesión notoria y las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre como causales de investigación de la paternidad natural, dedicando los apartes siguientes a ofrecer un extracto de las pruebas recaudadas por iniciativa de las partes o practicadas de oficio.

Cumplido lo anterior, entra a analizar los medios exceptivos y, dentro de las reflexiones atinentes al primero de ellos, expresa que él fue considerado al estudiar la impugnación de la legitimación (sic) como aspecto previo para entrar a estudiar la filiación extramatrimonial, afirmación que no es cierta porque la verdad es que hasta

ese momento el Tribunal no se había ocupado del mencionado tema. A renglón seguido dice que "de acuerdo con lo probado existe la confesión del codemandado Jesús María Gaviria, en la cual acepta que sólo conoció a la madre de la demandante, cuando ésta ya tenía aproximadamente dos años de edad. Esta confesión -agrega- no aparece en parte alguna infirmada. No se demostró que el señor Gaviria, codemandado, hubiese al menos conocido a la madre de la demandante en la época en que pudo haber tenido lugar la concepción; sino que, por el contrario, la amistad que se le conoció fue con el señor Alonso Correa Uribe", concluyendo que la excepción no prospera.

En otra excepción, la de "indebida acumulación de pretensiones", señala:

"Dentro de la litis, la demandante demostró que su progenitora se conoció con el señor José María Gaviria cuando ésta contaba con dos años de edad y por consiguiente, al demostrar este hecho queda desvirtuada la posibilidad de que el citado haya tenido relaciones sexuales con Resfa Olivia Vásquez Castro durante la época en que pudo haber ocurrido la concepción de Emma Ceneth Gaviria Vásquez...".

6. Comparadas una y otra, demanda y sentencia, sin esfuerzo se descubre que los hechos en los que el juzgador apoyó la pretensión de impugnación del reconocimiento no aparecen consignados en el escrito incoactivo del proceso. Como ya se ha puesto de relieve, en ese escrito la actora se reduce a decir que en Urrao, Resfa Oliva Vásquez formó hogar con José María Gaviria cuando Emma Ceneth contaba con un año y medio de edad aproximadamente; que cuando ésta tenía 14 años e iba a ingresar a la secundaria, Gaviria la reconoció como hija suya, y que esos hechos, unidos a los que conciernen a la paternidad de Alonso Correa demuestran que éste es el padre y no aquél.

Allí, pues, en parte alguna, se afirma que Gaviria únicamente conociera a la madre de la demandante cuando ésta ya tenía aproximadamente dos años de edad; menos, que por esa falta de conocimiento hubiese quedado desvirtuada la posibilidad de la existencia de relaciones sexuales entre Resfa Oliva y Gaviria.

La conclusión es, por tanto, obvia: el Tribunal se basó en hechos distintos a los descritos en la demanda para el examen propio de la pretensión de impugnación.

7. Independientemente de que fuera acertada, o no, la Sala no desecha que a la estimación de esos hechos se podía llegar por medio de una interpretación de la demanda. Mas la verdad, a todas luces aprehensible, es que el ad quem guardó completo silencio al respecto; no dijo él que en la demanda se sugería un conocimiento tardío entre Resfa Oliva y Jesús María, el cual, a su vez, podía dar a comprender la imposibilidad de las relaciones durante la época de la concepción, ni nada semejante. De hecho, cuando enfrentó el análisis de fondo del problema, se olvidó totalmente de la demanda, para concentrarse en el repaso del material probatorio, y luego examinarlo a la luz de las excepciones propuestas, sin que al libelo demandador le dedicara ni siquiera la más modesta nota en pos de fijar el sentido que, como era de esperarse, le debía merecer.

Y de lo acabado de decir surge una razón adicional para sostener que las conclusiones del Tribunal relacionadas con la pretensión de impugnación del reconocimiento no fueron el fruto de un cierto entendimiento brindado a la demanda.

En realidad, si a la cuestión le dedicó su atención como parte del análisis propio de las excepciones de la parte demandada, fue porque lo tuvo completamente sin cuidado lo que al respecto se hubiese expresado en la demanda, así como el alcance que a ello le fuera atribuible.

El Tribunal, en consecuencia, cayó en la incongruencia que en este cargo le enrostra la parte recurrente, por lo cual será casada su decisión, sin que, como en un comienzo se anotó, haya lugar a mantener las determinaciones atañederas a la filiación extramatrimonial, las cuales únicamente podrían ser consideradas en el supuesto de la prosperidad de la impugnación del reconocimiento.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. *En tratándose de error* in procedendo *proveniente de incongruencia, la sentencia de reemplazo debe, primordialmente, encauzarse hacia la eliminación de dicho vicio. Y, con tal propósito, en la especie de esta litis lo que entonces procede es averiguar si la demanda contiene los suficientes elementos de juicio que permitan su interpretación en lo relacionado con la acción de impugnación del reconocimiento cumplido por Jesús María Gaviria.*

2. *En torno a la interpretación de la demanda, la Corte, en sentencia que data del 23 de abril de 1987, dijo lo que a continuación se reproduce:*

Ninguna discusión se puede suscitar en torno a que la demanda, como pieza fundamental del proceso, necesita ser interpretada por el fallador, lo que, de modo general, emergerá cuando en aquélla estén ausentes la debida clasificación y determinación de los hechos, o la expresión clara y precisa de lo que se pretende, todo de conformidad con las exigencias de los ordinales 5 y 6 del artículo 75 del C. de P. C.

Empero, la idea anterior, no obstante su claridad, requiere de un ulterior y doble acotamiento. En primer lugar, puede suceder que la imprecisión o la oscuridad en los términos caracterizadores de la demanda, sean de una dimensión tal que obstaculicen por completo la averiguación de lo que su autor quiso expresar. En este evento no es posible la interpretación, pues la que se intentara vendría, simplemente, a representar una reelaboración del escrito introductivo del proceso por el juez, *lo que es a todas luces inadmisible por cuanto ello encubriría que el sentenciador estaría sustituyendo al sujeto activo de la pretención en el cumplimiento del primordial cometido que a éste le es adscrito por la ley.*

"De ahí que cuando la demanda sea tan vaga que, sobre la base acabada de señalar, no permita la indagación de su real sentido, lo que corresponde es que se la desestime como inepta, si en la debida oportunidad no se señalaron los defectos de los que adolecía a fin de que subsanados por el demandante.

En lo dicho se encuentra, por tanto, un primer confín a la interpretación judicial de la demanda" (G. J. T. CLXXXVIII, 2ª semestre, p. 169).

3. *Pues bien, mirada la demanda de la que aquí se trata, en el ámbito propio de la impugnación del reconocimiento, de ella lo único que brota es la más completa*

vaguedad: la parte actora orientó todo su esfuerzo hacia la descripción de los hechos caracterizadores de la filiación impetrada respecto de Alonso Correa Uribe, y únicamente de modo tangencial mencionó lo que podría ser la base de la otra pretensión, alusión que en sentir de la Sala es absolutamente insuficiente para la configuración fáctica por la que se inquiere, habida cuenta de lo que en los párrafos siguientes se explica.

4. Premisa fundamental de todo el análisis es la de que el reconocimiento de Emma Ceneth por parte de José María Gaviria se cumplió conforme a la ley y que, por lo mismo, él define un estado civil. Y como quiera que es la pérdida de su eficacia lo que se persigue, lo primero que hay que averiguar es qué se encuentra tras el reconocimiento, abstractamente considerado, y qué consecuencias afronta quien lo hace.

4.1 El primero de estos dos puntos se despeja recordando que el conocimiento entraña una confesión de paternidad, es decir, que no se está ante un acto merced al cual, con prescindencia de los sucesos naturales que dan origen, se le otorga al reconocido la calidad de hijo del reconociente. Si así fuera, o sea, si el reconocimiento no constituyera una confesión de haberse participado en la concepción del hijo, sino que simplemente se tratara de una admisión de ese estado civil, la filiación extramatrimonial por el aspecto paterno en nada se diferenciaría de la adopción, y, desde luego, el sistema creado a partir de la Ley 45 de 1936 estaría pecando por incongruencia puesto que la investigación judicial de la paternidad natural, allí también establecida, sí se basa, de manera directa o indirecta, en la presencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre.

Pero es que, además, es la propia Ley 45 la que diseña todo el sistema de filiación natural sobre la base de la unión sexual entre la madre y el presunto padre, cuando en su artículo 1° establece:

"El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. *También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento" (Se destaca).*

De modo que, como de antiguo lo han dicho jurisprudencia y doctrina, el reconocimiento del hijo natural por parte del padre es un reconocimiento-confesión y no un reconocimiento-admisión.

4.2 Para quien hace el reconocimiento, éste, según la ley, se torna irrevocable (art. 1, Ley 75 de 1968), punto claro de por sí:

Mas cosa distinta de su irrevocabilidad es la de su impugnabilidad, está sí autorizada por el ordenamiento. En efecto, el artículo 5° de la Ley 75 de 1968 (cuyo antecedente legislativo se halla en el artículo 58 de la Ley 153 de 1887, por la vía de la derogación parcial que a éste le introdujo el artículo 30 de la Ley 45 de 1936), dispuso que "...solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil".

5. Ahora bien, sobre qué bases factuales, estimadas de modo general, procede la impugnación del reconocimiento.

En el ordinal 1 del artículo 248 del C. C. se prescribe que es causa para impugnar la legitimación consistente en que "el legitimado no ha podido tener por padre *al legitimante" (Se destaca).*

La dilucidación del sentido de esta norma plantea que se defina qué y cómo es lo que debe probarse, y con miras a despejar estos puntos se deben tener presente los factores arriba destacados, cuya incidencia en la cuestión es definitiva.

Ciertamente, se debe partir de que, conforme a la ley, ha habido un reconocimiento de paternidad y de que tal reconocimiento comporta una confesión de la existencia de relaciones sexuales entre el reconociente y la madre del reconocido durante la época en que, según el artículo 92 del C. C., pudo ocurrir la concepción de éste.

Aun cuando, no está por demás decirlo, si la cuestión se mira a la luz de los modernos métodos artificiales de fecundación, la confesión ya no recaería propiamente sobre las relaciones sexuales, sino, de manera más amplia, sobre la participación en la concepción del reconocido, cualquiera que sea el método adoptado para que al fecundar el óvulo femenino se inicie la gestación.

Así mismo, no se ha de perder de vista que, como ya se anotó, ese reconocimiento es irrevocable, o sea, que el reconocimiento motu propio, *no puede dejarlo sin piso.*

6. Alindado de tal manera el significado jurídico del reconocimiento y de sus consecuencias para quien lo hace, hay entonces que manifestar, a renglón seguido, que la prueba de la imposibilidad de que el reconocido haya podido tener por padre al reconociente, a la que se alude en el numeral 1 del artículo 248 del C. C., en armonía con el artículo 5º de la Ley 75 de 1968, tiene que apuntar de manera certera, en correlación con lo antes expresado, a desvirtuar la confesión de que el reconociente participó en la concepción del reconocido, lo cual sólo se logra afirmando, primero, y estableciendo después, los hechos idóneos que pongan de presente la imposibilidad en que el reconociente se hallaba para contribuir a la fecundación del óvulo femenino.

Vistas así las cosas, queda patentizada la insuficiencia de la demanda en punto de los hechos atañederos a la pretensión de impugnación, insuficiencia que, dado su carácter radical, hace imposible su interpretación. Ningún hecho se relata en ella que permita siquiera vislumbrar que Emma Cenith no pudo tener por padre a José María Gaviria. No tienen esa característica los que se refieren a las relaciones de Resfa Oliva con Alonso Correa durante la época de la concepción de aquélla, pues éstos, aparte de concernir a la otra pretensión, no conducen a excluir la paternidad del reconociente. Tampoco la poseen los que de manera tan parca se exponen con el propósito tantas veces citado, porque la verdad es que no conllevan ninguna afirmación -abierta o velada- en el sentido de que antes de establecerse en Urrao, Resfa Oliva no hubiera conocido a José María. Incluso, no es descaminado afirmar que se evitó realizar cualquiera aseveración de este tipo, la cual únicamente vino a aflorar en el período probatorio. Esa afirmación de ausencia de conocimiento previo venía a ser de importancia capital para la interpretación de la demanda en su causa petendi. De ahí que suponerla porque en el hecho 10 se hubiese dicho que en Urrao, Resfa Oliva formó hogar con José María Gaviria, es adicionar el texto de manera arbitraria porque hasta allá no puede extenderse la facultad interpretativa del juzgador. Y no ayuda en nada

el que la pretensión sea de impugnación del reconocimiento porque al estar ella basada en hechos, el juez no puede suponerlos, menos cuando la ley ha venido a establecer la congruencia entre la sentencia y los hechos de la demanda.

8. Concluyendo, la parte actora no le dio cumplimiento al ordinal 6 del artículo 75 del C. de P. C., toda vez que los hechos informadores de la pretensión de impugnación del reconocimiento no se presentaron "debidamente determinados, clasificados y numerados", por lo cual su demanda resulta formalmente inepta. Esta ineptitud conduce a una decisión inhibitoria por ausencia del presupuesto procesal de la demanda formalmente apta, decisión que, a su vez, cobija no sólo a la pretensión respecto de la cual el defecto es advertible, sino también a la acumulada, a causa de que al no poderse proferir decisión de mérito en relación con la primera, no se abre el camino para el estudio de la segunda.

Como el Juzgado desestimó todas las pretensiones, la Sala revocará su fallo para, en su lugar, proveer conforme con lo que se ha expuesto.

DECISION

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, que lleva fecha cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso seguido por Emma Cenedh Gaviria Vásquez en frente de José María Gaviria y de los herederos de Alonso Correa Uribe ya nombrados, y, actuando en sede de instancia,

RESUELVE:

1. *Revocar* la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín.

2. *Inhibirse* para decidir de mérito en relación con las pretensiones acumuladas.

3. Costas del proceso, en ambas instancias, a cargo de la parte demandante. Tásense por quien corresponda en la debida oportunidad.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Salvamento de Voto

Referencia: Expediente número 3527.

Con el respeto que es debido por la opinión de la mayoría y en cumplimiento de un deber impuesto por la ley, pongo a salvo mi voto en la anterior sentencia, por considerar que aun cuando es acertada la confirmación del fallo de instancia puesto que

en realidad adolece del defecto de incongruencia denunciado por los demandados recurrentes en casación, resulta sin embargo, equivocada y por lo tanto inaceptable, la tesis fundamental en que se apoya la decisión inhibitoria adoptada para ponerle fin al proceso en sede de apelación. Sonteramente paso entonces a dejar consignadas por escrito las razones que recogen mi concepto personal sobre el tema y que en su momento fueron expuestas a espacio para ser discutidas en la Sala.

1. De suma importancia ha sido siempre no escatimar esfuerzos en la tarea de diferenciar con exactitud, justamente por las fecundas consecuencias que en el ámbito del proceso civil trae el hacerlo de ese modo, entre la demanda entendida como elemento causal de una futura decisión judicial de mérito estimatoria o desestimatoria de las pretensiones a través de ella incoadas, evento en el cual se dice que es el alma del juicio, pues es allí donde el actor expone el derecho, el interés y la cualidad que estima le asisten, y la demanda vista como acto preponderantemente formal cuya función en cuanto presupuesto que es para la constitución regular de la relación jurídico-procesal, consiste en impulsar la actividad del órgano jurisdiccional permitiéndole emitir una resolución definitiva acerca de la sustancia de la controversia planteada, abstracción hecha por lo tanto del contenido favorable o desfavorable del pronunciamiento en que dicha resolución se manifieste. Ambos perfiles tienen sin duda mucho en común, pero es preciso separarlos precisamente en el punto en que, en el caso presente y por la obra de la abstención a que esta salvedad hace referencia, terminaron por unirse en deletérea mixtura, habida cuenta que el primero de ellos no puede ser tenido en consideración sino en el momento de proferir el fallo de mérito, mientras que por definición el segundo contempla la fase inicial del proceso y a ella invariablemente tendrá que remitirse el estudio de los principales efectos que le son inherentes, lo que en últimas quiere significar que en guarda de estos valiosos conceptos, forjados hace más de sesenta años por la doctrina jurisprudencial en el país, no queda alternativa distinta a tener que apartarse de una teoría que, haciéndolos de lado sin razón valedera, conduce a sostener que la errónea calificación de las acciones en las escritos de demanda correctamente presentados y el desacierto en el señalamiento de los hechos de los que depende la configuración jurídica sustancial de las mismas acciones, son defectos que inciden sobre el presupuesto procesal llamado de "demanda en forma" y que de no ser subsanados por los medios adecuados desde el comienzo de la actuación, impiden que la relación procesal correspondiente nazca y se desarrolle en condiciones que la hagan viable hasta el punto de permitir que, respecto del litigio, recaiga una sentencia de mérito.

2. En efecto, para comprender a cabalidad el genuino significado que tiene el aludido presupuesto procesal y evitar por consiguiente abrirle de nuevo paso a lamentables confusiones de vieja data superadas, nunca debe perderse de vista que en los procesos contenciosos de carácter declarativo comunes y corrientes, las exigencias componentes de dicho presupuesto no se refieren en manera alguna al fondo o la "justicia" de la pretensión objeto de la demanda entablada, sino que su materia propia es la forma externa de esta última, representada como se sabe por los requisitos y solemnidades que la ley prescribe para que pueda tenérsela por presentada de la manera debida. En otras palabras, es la ineptitud "adjetiva" de la demanda, no así la "sustantiva", el factor relevante en este campo, toda vez que es de aquélla y no de esta

última de donde puede en realidad surgir un verdadero impedimento que haga imposible un pronunciamiento que cierre definitivamente la controversia y obligue al juzgador, mediante la figura malsana y en franca decadencia de la "inhibición por inadmisibilidad de la demanda", a dejar incierta la suerte de los derechos involucrados en el proceso con la condigna zozobra que experimentan en casos de este linaje las garantías esenciales de seguridad jurídica, en particular las que tocan con el principio de la cosa juzgada, criterio por cierto acogido sin reservas por esta corporación al decir del "presupuesto procesal de demanda en forma" que, como lo reza su propio nombre, "...es un predicamento que consiste en que la demanda, como petición que es con la cual se inicia un juicio, reúna ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del Código Judicial -hoy artículos 75, 76 y 77, 82 y 85 del Código de Procedimiento Civil vigente-. De donde resulta que el juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales; que la parte demandada pueda proponer oportunamente, *in limine litis*, la excepción dilatoria de inepta demanda; y que si no se ha hecho uso de estos remedios y el juez en el momento de ir a fallar el litigio, encuentra que la demanda adolece de defectos tales, de forma que le impiden proferir un pronunciamiento de fondo, debe declarar su inhibición al efecto, por causa de semejante obstáculo procesal...", lo que quiere decir, prosigue la Corte, "...que la calificación acerca de si una demanda satisface, sí o no, este presupuesto procesal, ha de hacerse frente a los elementos estructurales de la demanda misma, sin recurrir al mérito de la cuestión controvertida, cuyos elementos y condiciones, atinentes sólo a la decisión de fondo, no pueden tomarse para hacerlos revertir sobre la demanda en orden a descalificarla en su forma y declarar por ello, el sentenciador, una inhibitoria de conocimiento que podría acusar pecado de arbitrariedad..." (G. J. Tomos CXIX, pág. 297 y LXXVIII, pág. 349).

3. Pues bien, es suficiente la cuidadosa lectura de la providencia sustitutiva aprobada por voto de mayoría para colegir que en la especie de la que estos autos dan cuenta, es esa situación anormal recién descrita la que aquí se presenta, puesto que muy a pesar de la mención que se hace del numeral 6º del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y la supuesta falta de claridad que a la demanda se le imputa en cuanto hace a la exposición de los hechos "...debidamente determinados, clasificados y numerados...", la escueta verdad es que los argumentos cardinales esgrimidos para justificar esa "oscuridad" se toman del numeral 1º del artículo 248 del Código Civil en armonía con el artículo 5º de la Ley 75 de 1968, brotan ellos sin duda alguna de la configuración jurídica sustancial de la acción de impugnación de estado que este último precepto consagra para desvirtuar el reconocimiento de la filiación paterna extramatrimonial, y por lo tanto la inhibición declarada carece por entero de fundamento legal, en tanto descansa en un supuesto evidente de ineptitud "sustantiva" de la demanda transformado sin mediar explicación convincente en impedimento adjetivo, dotado por lo demás del singular atributo de hacer estéril en absoluto todo un proceso judicial ventilado por varios años.

En resumen, siendo idónea la demanda que al presente proceso le dio entrada, pues con creces cumple los requisitos externos que señalan los artículos 75 y 82 del Código de Procedimiento Civil, y si el vicio interno o de fondo existente lejos de permitir descalificar esa idoneidad a lo que conduce es al fracaso de la pretensión deducida en

concepto de principal y a la vez subordinante de la acumulada para obtener la declaración judicial de paternidad respecto de persona distinta a quien efectuó el reconocimiento impugnado, la sentencia de reemplazo ha debido ser entonces absolutoria en su integridad y no inhibitoria, tesis en la que se basa esta salvedad de voto que con la mayor consideración me permito dejar explicada en los párrafos precedentes.

Fecha, *ut supra*.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / RELACIONES SEXUALES

El inciso 2º, numeral 4, artículo 6º, Ley 75 de 1968, no puede entenderse en el sentido de que las relaciones sexuales sólo puedan darse por acreditadas cuando se prueba el trato personal y social de los amantes, en la época de la concepción del hijo, con las características expresadas en dicho texto legal, sino que en atención a que muy frecuentemente es imposible aportar pruebas que permitan demostrar directamente esas relaciones, el legislador expresamente permitió inferirlas de dicho trato personal y social, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad, pero sin restringir la prueba, ora directa, ya indirecta, del trato sexual que puede ser demostrado por prueba documental, testimonial, indiciaria, y desde luego, por confesión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3801

Decídese el recurso extraordinario de *casación* interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Valle) en este proceso ordinario de Nercy Torres contra la cónyuge sobreviviente y los herederos de Raúl Triana Rengifo.

I. ANTECEDENTES

1. Demandose por Nercy Torres a Ana Estrella Gómez de Triana, César Augusto, Angela María, Rodrigo Antonio, Juan Carlos, Marta Lucía y María Victoria Triana Gómez, y a Edna Rocío Triana Zapata, la primera en calidad de cónyuge sobreviviente, y los restantes como hijos legítimos y natural del causante, para que con su citación y audiencia y previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se le declarase hija extramatrimonial del *de cujus* Raúl Triana Rengifo, y como tal, con vocación hereditaria para sucederle y recoger la herencia en la cuota parte que le corresponde,

con igual derecho que el de los sucesores reconocidos, a quienes se les condenará a restituir los frutos civiles y naturales que los bienes herenciales hubiesen producido, lo mismo que a rehacer la partición, si ésta ya se hubiere efectuado o a que se declare que la misma le es inoponible; por último que se ordene la inscripción de la sentencia en el respectivo registro civil de nacimiento de la reconocida.

2. Para sustentar las anteriores pretensiones, la demandante relató los siguientes hechos:

a.- Su madre, Fabiola Torres, inició relaciones con Raúl Triana, aproximadamente en el año 1959, "...las cuales alcanzaron un carácter marital y cada día fueron más notables, notorias, conocidas por los pobladores del Municipio de Obando (Valle), y por los familiares de ambos concubinos", relaciones que duraron aproximadamente siete años y de los cuales nació, el 27 de marzo de 1962, sin haber sido reconocida por su padre, razón por la cual recurre ahora a la presunción de paternidad natural descrita en los numerales 4°, 5° y 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968;

b.- Saúl Triana le dispensaba a su madre "...todos los cuidados y atenciones necesarias (sic) durante el embarazo y después de él, hechos de los cuales eran testigos los pobladores de Obando (Valle) y los familiares de ambos concubinos", además, durante el tiempo que duraron las relaciones concubinarias entre su madre y Raúl Triana aproximadamente siete años, éste "...veló económicamente por el sostenimiento de la señora Fabiola Torres y de su hija Nancy Torres",

c.-Siendo fruto de las relaciones maritales "...estables, notorias y públicas..." entre su madre y Raúl Triana, dispone de la presunción de paternidad extraconyugal establecida en la Ley 75 de 1968 y, además tiene, respecto de éste, "...la posesión notoria del estado de hija natural que se infiere del conocimiento público que se tiene de ello y del tratamiento que en vida le prodigó su presunto padre natural...";

d.- Raúl Triana, quien no hizo reconocimiento voluntario de su paternidad, murió el 15 de marzo de 1988, en el corregimiento de Zaragoza (Cartago), y en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago se radicó y abrió el correspondiente sucesorio a instancia de los aquí demandados.

3. En su oportuna respuesta a la demanda, los demandados se opusieron rotundamente al despacho favorable de las súplicas impetradas por la actora en el libelo demandatorio; negaron todos los hechos, salvo los relacionados con la muerte del causante Raúl Triana Rengifo y con la relación de los bienes que integran el patrimonio herencial.

4. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), que fue el del conocimiento, clausuró la primera instancia con sentencia de 4 de septiembre de 1990, mediante la cual se accedió a la declaración de filiación extramatrimonial deprecada, junto con los demás ordenamientos consecuenciales a dicha situación, decisión que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga confirmó mediante sentencia de 7 de noviembre de 1991, proferida al desatar el recurso de alzada interpuesto por los demandados.

5. Contra esta última determinación los demandados interpusieron recurso de casación, impugnación que por encontrarse debidamente rituada, pasa ahora a decidirse por la Corte.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA Y SUS MOTIVACIONES

Resumidos los antecedentes del litigio, sintetizada la actuación surtida en primera instancia y consignados las razones de la apelación, el Tribunal aborda el tema de la controversia, poniendo de presente delanteramente que no existe vicio procesal capaz de invalidar lo actuado y que concurren cabalmente los presupuestos requeridos para proferir sentencia de mérito, incluido el de demanda en forma, sobre el cual la parte demandada formuló algunos reparos.

Ubicado, entonces, el *ad quem* en el ámbito de la filiación extramatrimonial, afirma que la declaración respectiva, elevada por Nercy Torres frente a la cónyuge sobreviviente y a los herederos de Raúl Triana Rengifo, encuentra sustento en las presunciones de paternidad natural contenidas en los numerales 4º, 5º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, y que el buen suceso de la gestión no requiere que se demuestren todas las causales alegadas, sino al menos una de ellas, razón por la cual se detiene en el estudio de la que dice: relación con las relaciones sexuales extraconyugales.

Y tras describir los elementos configurativos de la expresada presunción, el sentenciador de segundo grado discurre sobre el preciso tópico del trato sexual, en la siguiente forma:

"Dada la intimidad en que por lo común se dan las relaciones sexuales, que no permite su demostración directa el legislador atemperándose a tal circunstancia, faculta para que ellas se demuestren mediante indicios.

"Es así como el inciso 2º del numeral que se viene comentando preceptúa que las relaciones sexuales podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según su naturaleza, intimidad y continuidad.

"La doctrina y la jurisprudencia han sostenido reiteradamente que cuando de prueba testimonial se trata para demostrar la causal 4ª que se viene comentando, no es necesario que los testigos hayan apreciado la intimidad o realización de las relaciones sexuales, ni que expresen necesariamente el día preciso en que ellas principiaron o terminaron, ya que éstos pueden ignorar tal circunstancia con exactitud, mas, forzosamente, al referir la época en que se dio el trato personal y social entre la madre y el presunto padre, del cual se infiere su trato carnal, ésta debe coincidir en parte o en cualquier día con los 120 días en que conforme al Código Civil se presume que hubo de ocurrir la concepción que, en el presente asunto, se establece entre el 31 de mayo y el 28 de septiembre de 1961 (ni menos de 180 ni más de 360 días cabales, contados hacia atrás desde la media noche en que principia el alumbramiento).

"Anotado lo anterior corresponde pues, analizar los testimonios allegados para determinar si entre Raúl Triana Rengifo señalado como presunto padre de la actora y Fabiola Torres, madre de ésta, existieron relaciones sexuales y en caso afirmativo, si lo que dicen los testigos concuerda con la época de la concepción de Nercy Torres.

"Pues bien, sobre esta causal de relaciones sexuales, sólo existen los testimonios rendidos por Elvio Tulio Benavides Daza y Fabiola Torres, del análisis que la Sala ha hecho del acervo probatorio.

"Elvio Tulio Benavides Daza (folio 5 fte. a 7 fte. edno. de pruebas de la parte demandante). Rinde su declaración el 30 de agosto de 1989. Varón de 53 años de edad, natural de Bolívar (Cauca), residente en Obando, de profesión zapatero ambulante con sede en Roldanillo (Valle). Señala que hace aproximadamente 29 o 30 años (1959 o 1960) residió como inquilino en casa de la mamita de Fabiola Torres permaneciendo en dicho sitio por espacio de 8 años (hasta 1967 o 1968) y por ello le consta que el señor Raúl a quien le realizó trabajos de zapatería, iba a visitar a Fabiola y ésta y aquél se encerraban todo el día en la pieza que aquélla ocupaba, sin constarle a qué se dedicaban y que incluso Triana dormía con ésta; que Raúl le proporcionaba a Fabiola comida, ropa y cosas de casa, y que con él mismo le enviaba carne, ya que su oficio era carnicero; que en muchas ocasiones el causante le comentó de sus relaciones amorosas que sostenía con Fabiola y durante la gestación de Nercy veía cómo Raúl le proporcionaba a aquélla todo lo necesario, que cuando Fabiola iba a dar a luz a Nercy a él le tocó llamar a una partera que respondía al nombre de Flor; que cuando nació Nercy el señor Triana le dijo que ésta era su hija; que durante el tiempo que tal pareja sostuvo relaciones no le vio a Fabiola otro hombre ni vio que ningún otro la visitara; que teniendo la actora 3 o 4 años fue que Fabiola se consiguió otro compañero de nombre Gerardo Herrera, señala también que Triana le comentó que la muchacha Fabiola era de él (sic) y mucha gente en Obando se dio cuenta de la relación que éstos sostuvieron ya que ello fue de público conocimiento.

"Fabiola Torres. Rinde su declaración el 16 de julio del año en curso, de 48 años de edad, soltera, dedicada a las labores de hogar, cedulada en Obando (Valle) y natural de Cartago, madre de la demandante manifiesta que en el año de 1959 el señor Raúl Triana empezó a cortejarla y la sacó a vivir inicialmente en una residencia ubicada en Cartago, posteriormente en una pieza que aquél tenía alquilada en Obando de propiedad de un señor Manuel Valencia a quien le cancelaba el arrendamiento, posteriormente estuvieron viviendo en una que Triana compró en Obando, ubicada en la carrera (sic) 3ª, entre calles 3ª y 4ª, donde como en la pieza también duraron viviendo poco, ya que por último se trasladaron a vivir a una casa de la mamita de ella, también vivía en calidad de inquilino un señor llamado Elvio Benavides; que cuando Triana se casó continuó llendo (sic) a verla pero eso sí, ya en horas de la noche, entre las 11 y las 2; que durante la época de gestación de Nercy, el causante la trataba muy bien y cuando dio a luz ayudada por una partera llamada Flor Quintero, éste le canceló sus servicios y le compró ropa a Nercy e incluso hasta que ésta tuvo 7 años, Triana le ayudaba económicamente, que cuando Nercy tenía 6 años y ya ella se había separado del causante empezó relación marital con Gerardo Torres, con quien procreó dos hijos que se encuentran reconocidos; que cuando matriculó a Nercy en el colegio de La Victoria (Valle), teniendo ésta unos 9 años, para cumplir una formalidad expresó que Gerardo era el padre pero que ninguno de los papeles que allí le extendieron a su hija quedó con otro apellido que no fuera el suyo, Torres.

"La señora Alicia González vda. de Rojas (fls. 30 fte. a 31 vto. edno. No. 4), conoció a Fabiola cuando ésta se encontraba en embarazo, que nada le consta de las relaciones que sostuviera con Raúl Triana pero que era de conocimiento de muchos pobladores de Obando de ellas y eran tenidos como marido y mujer; que conoció al causante en una carnicería que él tenía y a donde ella acudía a comprar, habiéndole escuchado por manifestación directa que a ella éste le hiciera, que Nercy era su hija más nada le consta

de que le brindara ayuda económica; que supo que la pareja compartía una pieza, pero no sabe la época.

"Daniel Rebellón Chamarro (fls. 31 vto. a 33 fte.), manifestó conocer al causante desde 1950 y que por comentarios supo que Raúl y Fabiola Torres compartían un mismo techo; que las gentes en el pueblo comentaban que la pareja tenía amores y cuando Fabiola quedó en embarazo se decía era fruto de las relaciones con Triana; que cuando nació Nercy era de público conocimiento el trato que como hija le dispensaba el causante.

"Elías Antonio Henao Cortés (fls. 42 fte. a 43 fte. cdno. No. 4), nada sabe sobre la relación existente entre el causante y la madre de la actora; señala que a Fabiola Torres le conoció dos maridos uno de nombre Sair Botero y otro de apellido Osorio; que conoció a Fabiola 33 años atrás a su declaración ya que ésta vivió diagonal a su casa y al causante porque era carnicero y tenía un puesto en la galería de Obando; que no volvió a ver a Fabiola porque ésta se fue a vivir a Cali y cuando regresó le conoció una hija ya que cuando la conoció en Obando ésta no tenía hijos.

"Analia Ortiz Caicedo (fls. 43 fte. a 44 fte., cdno. No. 4) nada sabe de la relación existente en alguna época entre el causante y la madre de la actora; que conoció a Fabiola a unos 15 años antes de su declaración (1974).

"José Artemo Rivas Buitrago (fls. 29 fte. y vto., cdno. No. 4), cuyo testimonio no fue objetado oportunamente y se tuvo la oportunidad por parte del apoderado de interrogarlo, rindió declaración de 28 de agosto de 1989, señalando que conoció a Fabiola 18 o 20 años atrás (1969 o 1971) y a Raúl Triana 18 años (1971), con quien sostuvo negocios y aun cuando nada le consta de la relación que entre éstos existiera en alguna época, el causante sí le comentó que tenía una hija en Fabiola.

"El testimonio de Elvio Tulio Benavides Daza, se ve corroborado con la declaración rendida por Fabiola Torres y es por ello, que si bien es el único que se refiere al trato dado por el causante a la madre de la actora, durante la época anterior a su gestación, durante el embarazo y el parto, ciertamente indicativos del trato carnal que entre aquéllos existió por la época en que la actora fue concebida.

"Los demás testimonios si bien nada aportan probatoriamente para establecer la causal 4ª, sí robustecen el dicho del testigo Elvio Tulio Benavides Daza, que merece credibilidad y por ser responsivo, exacta (sic) y dar la razón de la ciencia de su dicho es suficiente para concluir que la causal de relaciones sexuales existentes entre el causante y Fabiola Torres se daban por la época en que se presume la concepción de la actora.

"Y es que la versión dada por este declarante para señalar lo que él presenció y vislumbró en la época previa al embarazo, es de suprema importancia para determinar cuál era el lazo afectivo que unía a Raúl Triana con Fabiola; por la inmediación que tuvo de lo que vio, oyó y vislumbró, por la falta de impedimentos o inhabilidades que hagan desmerecer su dicho, constituye como ya se dijo, a no dudarlo, un testimonio con grado sumo de credibilidad, sobre este trato personal que existía entre Fabiola y Raúl, del cual se infieren relaciones sexuales.

Precisando que los testimonios rendidos a solicitud de los demandados e, incluso, las versiones dadas en el interrogatorio de parte de Ana Estrella de Erazo y Juan Carlos

Triana Gómez "...no desvirtúan en nada, lo expresado por el testigo Elvio Tulio Benavides, a pesar de que manifestaron no saber nada de la relación existente entre Fabiola Torres, madre de la actora, y el causante, aun cuando Faber Triana Flórez, sí señala que ha escuchado comentarios de la gente que dice que ellos tuvieron una hija, más nada sabe o le consta de que sostuvieran o hubiera sostenido relaciones; que entre las personas a quienes les escuchó el comentario está el señor Daniel Rebellón..." el Tribunal concluye que "...siendo suficiente para declarar judicialmente la paternidad que se encuentre acreditada una cualquiera de las causas (sic) de presunción de la paternidad contempladas por el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, que en el caso bajo examen es la concerniente a la causa 4ª arriba analizada en todo su contexto sustantivo y probatorio, la Sala se abstiene de analizar las demás aducidas por la parte actora, esto es, las referidas a las causas 5ª y 6ª".

Así definida la situación principal del aspecto litigado, el fallador de segunda instancia emprende el análisis de la pretensión acumulada de petición de herencia y las consecuencias que resultan de su prosperidad, dándole, por encontrar suficientemente acreditados los supuestos fácticos que las estructuran, despacho favorable a las restantes peticiones contenidas en la demanda introductoria del proceso.

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos componen la demanda de casación que los demandados presentan contra la sentencia precedentemente resumida, situados en el campo de la causal primera de casación prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los que la Corte despachará conjuntamente, por las razones que en su momento se expondrán.

Cargo primero

Acúsase la sentencia de quebrantar los artículos 1º de la Ley 45 de 1936 y 4º de la misma ley en versión del artículo 6º, numeral 4º, incisos 1º y 2º de la Ley 75 de 1968 y art. 10 de la misma Ley 75 de 1968;...1º, 2º, 4º y 9º de la Ley 29 de 1982;...92, 961, 962, 965, 1321, 1322, 1323 del Código Civil...", por aplicación indebida, con infracción medio de los artículos 66 del Código Civil y 176, 187, 248 y 228 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de "...errores evidentes y manifiestos de hecho en la apreciación de los testimonios de Elvio Tulio Benavides Daza "...corroborando con la declaración rendida por Fabiola Torres..., que condujeron a la vez a la apreciación contraevidente y fracturada de la inferencia del indicio que dedujo las relaciones sexuales, para la época de la concepción de Nercy Torres, entre Raúl Triana Rengifo y Fabiola Torres, distorcionaNdo (sic) finalmente el hecho así mismo indicador de la presunción de paternidad natural en Raúl Triana Rengifo...".

Advirtiendo que de las causas de filiación extraconyugal aducidas por la demandante para obtener la correspondiente declaración, el Tribunal seleccionó la atinente a las relaciones sexuales entre la madre de la actora y el causante Raúl Triana, los recurrentes enderezan su actividad a demostrar el yerro denunciado en el cargo, cometido por el sentenciador de segunda instancia al apreciar los testimonios "...rendidos por Elvio Tulio Benavides Daza y Fabiola Torres..." con la posterior aclaración que sólo insacula como elemento probatorio primario, la declaración de

Benavides Daza y deja a Fabiola Torres como elemento corroborante de la versión del varón: "El testimonio de Elvio Tulio Benavides Daza, se ve corroborado con la declaración rendida por Fabiola Torres y es por ello, que si bien es el único que se refiere al trato dado por el causante a la madre de la actora, durante la época anterior a su gestación, durante el embarazo y el parto, ciertamente indicativos del trato carnal que entre aquellos existió por la época en que la actora fue concebida" (folio 139 frente, cuaderno No. 6).

Así ubicado el blanco de la crítica probatoria, la censura comienza por afirmar que "...la prueba testimonial declarada idónea por la Sala de la instancia no se arrima directamente para la formación del convencimiento, sino que apenas oficia de medio instrumental para deducir inferencias o indicios, como apenas un hecho *indicador* (inc. 2° numeral 4° art. 6° Ley 75 de 1968: Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre..."), y redondeado el *indicio*, éste tampoco asoma directo sino que se coloca igualmente como otro hecho indicador para de allí reflexionar deductivamente con la presunción ('se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente' art. 6°, Ley 75 de 1968, versión actual del artículo 4° de la Ley 45 de 1936), con la obligada observancia por parte del juzgador, en mesiánica definición, que los hechos indicadores deben demostrarse inequívocamente ciertos para que la inferencia y la presunción acometan su objetivo probatorio. El testimonio se ubica como hecho indicador de la inferencia, y ésta a la vez posiciónase como hecho indicador de la presunción. Por resultado sin (sic) con testimonio torticero y manifiestamente erróneo se aproxima como hecho indicador para la inferencia, ésta se torna contraevidente que incide en forma real para la fractura definitiva de la presunción final del argumento eslabonado de orden probatorio".

Así las cosas, prosigue la censura, la situación últimamente descrita es la predicable para el caso *sub judice*, "...por que con testimonio insular, deteriorado y opaco en certidumbres, se pretende montar un hecho indicador de las relaciones sexuales sedicentes, no completo no pleno y sobre este entendido precario se aspira obtener deducciones presuntivas de naturaleza legal en los términos del artículo 6° de la Ley 75 de 1968", pues el testimonio de Elvio Tulio Benavides Daza "...jalón inicial del totalizador paquete probatorio, resiste holgadamente una crítica testimonial que no lo habilita para su posición de eje y matriz de todo el entorno probatorio de las relaciones sexuales causadas entre el presunto padre, Raúl Triana Rengifo, y la madre Fabiola Torres. Desde la óptica subjetiva y objetiva dicho testimonio desmerece y sólo oquedades deja al final de su análisis".

Y en punto concreto dicen los recurrentes que "Elvio siempre ha ofrecido la zapatería como su profesión y arte. Antaño y hogaño funge de 'zapatero ambulante'...trabajo zapatería ambulante, ésta es mi profesión...(fl. 5, cdno. 4) y el propio Raúl Triana usó de sus servicios por la época que son objeto del proceso: '...él me llevaba trabajos para hacerle allí, de zapatería, él me llevaba trabajos..." (fl. 5 vto.). Bien. Un zapatero ambulante, como su nombre expresa, es quien en una ciudad atiende los trabajos de casa en casa, ofreciendo a viva voz sus servicios. Mas, cuando este zapatero ambulante, en Obando, hacia los años de 1959 a 1963, ejercía su profesión, parece ser que se dedicara a hacer el seguimiento de los amoríos supuestos entre Raúl y Fabiola y este seguimiento era constante y continuo, desde punto panóptico: la casa

de Fabiola Torres, para decir: '...yo veía que él entraba y salía de ahí...él iba durante el día...me daba cuenta...*a qué horas entraba, a qué horas salía*...él entraba a dormir...y durante el día se encerraba con ella...' (fl. 6). El 'zapatero ambulante' de Obando (Valle) siempre se enteró, en forma continua y persistente. No se entiende cómo con un oficio 'ambulante' se enterase minuciosa y con horario persistente las entradas y salidas de Raúl. Vivía, según el testigo, en dicha función. Era un boyerista abierto del acontecer idílico que según el testigo, sucedía entre Raúl y Fabiola. Vigilaba estrechamente esos movimientos y parece que su profesión nada interesaba. Y si Fabiola Torres afirmaba que: '...y antes de casarse *sí vivía conmigo permanentemente* tanto en la pieza, como en la casa que compró, *como donde mi mamita*...' (fl. 86 vto., cdno. No. 6), no se comprende que el testigo, 'zapatero ambulante' no la vea 'viviendo permanentemente' sino en forma episódica y aislada: '...él entraba y salía de ahí...él iba durante el día...', con el supuesto que Elvio vivía como inquilino en la misma casa de la mamita de Nercy y madre de Fabiola, Rosario Torres. Si Elvio afirma verdad en el suceso, Rosalba (sic) que 'corrobora con la declaración...' las afirmaciones de Elvio, según el Tribunal, miente. Y si Rosalba (sic) es la tercera de la verdad, miente Elvio '...el único que se refiere...del trato carnal que entre ellos existió por la época en que la actora fue concebida...' a decir igualmente del Tribunal. Y si de corroboración se trata, es de intuir que si Raúl: '...pero cuando ya se casó empezó a ir de noche...él ya entraba era de noche...y él entraba tipo 11 o 12 de la noche que ya no lo vieran...(fl. 86 vto. *ibidem*) y como Elvio: '...me daba cuenta...a qué horas entraba, a qué horas salía...', conclusión es que hasta en las horas nocturnas Elvio era vidente de los ingresos nocturnos de Raúl a casa de Fabiola, empece Fabiola dijese que en esas horas '...ya no lo vieran...', el solícito Elvio sí veía".

Agregan los impugnantes que en otros puntos "...la versión 'única' de Elvio Benavides es equívoca...", pues dice que buscó a la partera Flor Quintero al momento del nacimiento de Nercy, mas Fabiola Torres, la propia madre de Nercy, afirma que dicho acto fue realizado por su mamita (confrontar versiones en los folios 5 vto. cdno. No. 4 y fl. 86 vto. cdno. No. 6); de acuerdo con el itinerario de los acontecimientos amorosos entre Raúl y Fabiola, en versión de ésta, se tiene que en el año de 1959 "...me salí de la casa...cuando yo me fui con él, fue de mi casa...", y se fue para Cartago con él; "...él me dejó viviendo en una residencia...". Elvio al declarar en el Juzgado Civil Municipal de Roldanillo el día 30 de agosto de 1989, responde a pregunta del señor Juez: "*Preguntado.* Manifieste al despacho en qué época vivió usted en la casa de la madre de la señora Fabiola Torres. Contestó: 'Eso hace aproximadamente de *veintinueve a treinta años*...' El conteo terminal ubica, entonces, a Elvio viviendo en casa de la mamita de Fabiola, lugar de los acontecimientos capitales, hacia 1959 y 1960, fechas que coinciden con los primeros momentos amorosos de Raúl y Fabiola, cuando él la 'saca de su casa'. Mas en este período Fabiola no podía encontrarse en el período de la concepción, porque si Nercy Torres nació el día 27 de marzo de 1962, la concepción debió sobrevenir entre los meses de mayo a septiembre de 1961, y el testigo Benavides, señala sus percepciones precisamente hacia los momentos de su ingreso a la casa de la familia Torres en Obando. Ahora bien; si siguiendo el itinerario narrado por Fabiola, después de su estancia en Cartago regresó a Obando '...a vivir en una pieza que él tenía en la calle 6ª entre 2ª y 3ª...' (fl. 86) en esa pieza, la testigo Alicia González viuda de

Rojas -postulada por la parte demandante- asevera ver a la pareja compartiendo un mismo techo: '...recuerdo que ellos sí compartían una misma pieza...' (fl. 3 vto. cdno. No. 4) y en ese sitio, la pieza a que se refiere Fabiola, conoció la testigo a Fabiola: '...yo conocía a Fabiola cuando estaba en embarazo...' (fl. 30 frente). Si Fabiola estaba en embarazo cuando ocupaba un mismo techo con Raúl, en la pieza de la calle 3ª de Obando, no pudo Elvio apreciar las relaciones sexuales, a través de los hechos que él mismo menciona, porque cuando Fabiola llega a la casa de su mamita, donde reside Elvio, entonces, ya venía en estado de embarazo. Recuerdo que la testigo Alicia González viuda de Rojas es testigo convocada por la parte demandante, es oriunda de Obando, con 69 años de edad, evaluada en el fallo del Tribunal al fl. 138: 'Pues bien, sobre esta causal de relaciones sexuales, sólo existen los testimonios rendidos por Elvio Tulio Benavides Daza y Fabiola Torres, del análisis que la Sala ha hecho del acervo probatorio' (fl. 136, cdno. No. 6), y el testimonio de Elvio Tulio Benavides Daza, se ve corroborado con la declaración rendida por Fabiola Torres..." (fl. 139), son conceptuaciones críticas positivas de la Sala sobre el insular soporte probatorio de la existencia de relaciones sexuales entre Raúl Triana y Fabiola Torres para la época de la concepción de Nercy Torres".

Afirman, en consecuencia, los recurrentes que, revisada "...esa unidad testimonial y corroboración recíproca '...apenas' asoma...supuesto en deterioro y oscurecimiento de lo que el Tribunal ve solidario y claro...", que explican de la siguiente manera:

"1ª Reseñábamos atrás la versión de las relaciones sexuales deducidas por Benavides con el carácter episódico, temporal y accidental entre Raúl y Fabiola, en 'casa de la mamita' y su estado de permanencia y bajo un mismo techo con Fabiola Torres. Esta situación debe ser entendida en toda su dimensión fenoménica pues no es instrascendente que mientras Elvio afirme: 'El entraba y salía de ahí...él iba durante el día...a qué horas entraba, a qué horas salía...' Fabiola habitante de la misma casa diga: '...y antes de casarse sí vivía conmigo permanentemente tanto en la pieza, como en la casa que compró, *como donde mi mamita*...'. Preguntada la testigo sobre esta contradicción por el funcionario instructor de la causa, contestó: 'El señor Evelio Benavides dice que el señor Raúl Triana me visitaba de día cuando Raúl estaba soltero, pero cuando se casó empezó a ir de noche para que la gente no lo viera...' (fl. 86 *in fine* y 87 vto.). Su respuesta se observa evasiva: de un lado, no aparece que el testigo haga las diferencias, y de otra parte, con la aclaración de la testigo otorga razón al testigo, pues precisamente éste declara sobre ingresos accidentales y periódicos de Triana y no declara sobre la permanencia de trato en la casa de Rosario Torres, como sí lo hace Fabiola Torres.

"2ª. La partera Flor Quintero es llamada por Elvio al momento del parto y para Rosalba (sic) dicha labor corresponde a su abuela Rosario Torres. Esta diferencia, aparentemente sutil, no lo es porque corresponde a un hecho crucial de los sucesos y no puede dar al traste con el elemento evocador y del recuerdo en la memoria. Y si el Tribunal habló de corroboración, Elvio no se encuentra corroborado en este punto por Fabiola. El desfase sólo es posible sutil, pero unido al factor anterior acrece de calidad para mudarse en diferencia seria. Incidental es de reseñar que este dato llega de improviso porque el sentido de la pregunta era otro (ver fl. 5 vto.), y el testigo, marginalmente, vacía la información.

"3. Fabiola Torres afirmó para el proceso: '...y pues él (Raúl Triana) me ayudaba así a escondidas...' (fl. 86 frente). De esa ayuda a 'escondidas' parece escapó el diligente zapatero quien a '...*contrario sensu*'...dice: 'pues conmigo le mandaba así cuestión de comida, carne, mercado...le daba comida, ropa y muchas cositas...' (fl. 5 vto.). Pero adelante ambos declarantes contradicen sus propias afirmaciones. Fabiola dice:...o con un empleado que él tenía en ese tiempo llamado Oscar López, me mandaba también la carne o algo que fuera a mandar...' (fl. 87 vto.), sin mencionar en este caso a Elvio. Y el testigo capital, respecto del mismo tema, ya dice otra cosa: 'para darle todo lo necesario, no puedo decir...' (fl. 6 fte.). Y el acto de Raúl no era tan 'escondidas' como el testigo Daniel Rebellón afirma: '...ella sí comentaba que le ayudó los primeros días...'' (fl. 32 fte.)".

A renglón seguido los recurrentes puntualizan que las acotadas "corroboraciones" "...entran en penumbra cuando la testigo 'corroborante' introduce en su declaración un grupo de inconsistencias e irregularidades que necesariamente se trasladan sobre el testimonio capital de Elvio, en el criterio de la Sala de Familia", pues las "cuotidianas entrevistas amorosas de Triana y Fabiola, en observación exclusiva del 'zapatero ambulante' no aparecen anotadas por los otros declarantes. Daniel Rebellón Chamorro 'conviviente' como dice el testigo en Obando con Fabiola Torres a quien conoció 'desde su nacimiento' nada informa en este orden. Blanca Nidia Gómez Vinasco, quien vivió al frente de la casa de Fabiola, no menciona el hecho, como tampoco lo hizo el otro vecino, Elías Antonio Henao"; agregan, además, otras "...inconsistencias...", como las siguientes:

a) Se refiere al momento de clausura de los encuentros entre Raúl Fabiola, disminuidos con ocasión de su matrimonio con la señora Estrella Gómez. "Pero cuando se casó empezó a ir de noche para que la gente no lo viera...si salía en el carro me hacía esconder y entonces a mí ya no me gustó ese juguito..." (fl. 87 vto.). Mas ocurre que según cálculos temporales ese "juguito" duró tres (3) años, porque si en 1959 se iniciaron los escarceos amorosos y duraron siete años, es decir, se extienden hasta el año de 1966, al casarse Raúl Triana en 1963, la diferencia para llegar a 1966 sería de tres (3) años y ese sería el tiempo de no gustar "ese juguito";

b) En punto de ayudas de Raúl para con Nercy aparece esta divergencia: "Ella (Nercy) recibió ayuda de Raúl hasta los siete años que yo (sic) nos fuimos para Cali..." (fl. 87 fte.) y enseguida contradice: "Hasta que nos fuimos para Cali, tenía Nercy más o menos once años...";

c) Volviendo al casamiento de Raúl Triana y la penumbra de sus amores con Fabiola, dice ésta al folio 86 fte.: "...y entonces yo de ver que él se casó, *yo no seguí haciendo vida con él...*", y ya atrás se hizo la cita contraria: "...Pero cuando él se casó empezó a ir de noche para que la gente no lo viera..." (fl. 87 vto.);

d) Un punto de suma importancia en el demérito de las versiones globales de Fabiola Torres y que riegan su mandato sobre todo el procesamiento y por consecuencia sobre la veracidad de sus dichos, se da cuando en el colegio de La Victoria (Valle) la propia Fabiola Torres expresa en el acto de matrícula de su hija Nercy como padre de la misma a su posterior concubino Gerardo Herrera (fl. 63 fte. cdno. No. 6) y cuando en matrícula de años anteriores ante el mismo colegio en nada mencionó la señora

Torres esta circunstancia. Si es cierto que este documento no oficia como medio probatorio en los términos de la ley procesal, debe tenerse encuentra, toda vez que en el interrogatorio que la Sala sometió a Fabiola Torres, una de las preguntas hizo referencia a este episodio, con respuesta, como siempre, evasiva de la testigo, y amén que el espíritu actual de la materia probatoria vertida en el Decreto 2651 de 1991, en su capítulo III, artículos 21 y siguientes, es abrir campo a todo medio probatorio de tipo documental emanado de terceros, aligerándolo al proceso, empecé la ausencia y omisión de las formas propias de su recaudo. Estimo que este factor debe ser tenido muy en cuenta desde la perspectiva crítica del testimonio que se glosa".

Concluye la censura, de consiguiente, que "...la insulabridad testimonial de Elvio Tulio Benavides Daza con precaria corroboración del testimonio de Fabiola Torres, es finalmente un hecho y carga negativos para su examen que se suma y agrega a sus tamaños vacíos, vaguedades, dubitaciones...", pues con un testimonio "...de su yo débil y susceptivo de cuestionamientos e interrogantes, no puede la jurisdicción decir el derecho, en materia de derecho cogente y de orden público como es el estado jurídico familiar y en especial las relaciones parento-filiatorias...", razón por la cual el *ad quem* "...cometió error de hecho al otorgar plenitud y convicencia (sic) a testimonios frágiles y efímeros, incurriendo en su apreciación en manifiesto yerro que reviste, por consecuencia, trascendencia inusitada para la litis...", yerro que, aseveran los recurrentes, "...se agiganta y crece cuando no es la prueba testimonial endilgada de falaz, un material directo de aproximación a la verdad, sino que apenas es un peldaño de una continuada sucesión probatoria, y toda vez que aquel testimonio se sitúa, como atrás se dijo, como hecho indicador de las inferencias a que se refiere el inc. 2º del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968. Y los hechos indicadores de una inferencia, necesarios en los términos del artículo 248 del Código Procesal Civil...La vieja tarifa y dosimetría del medio probatorio de la 'plena prueba' renace, para exigir tamaña calidad al hecho indicador del indicio. Y allí no para la exigencia, porque a su turno, la inferencia que arroja el testimonio ubicado como hecho indicador de la misma, a la vez preocupa la posición de hecho indicador para la presunción a que se refiere la norma sustancial que contiene el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en los mandatos del artículo 176 del mismo Código Procesal Civil...".

Cargo segundo

En éste, denúnciase la sentencia como violatoria de los artículos 1º y 4º de la Ley 45 de 1936; 1º, 2º, 4º y 9º de la Ley 29 de 1982; 6º, numeral 4º, incisos 1º y 2º de la Ley 75 de 1968 y 10 de la misma ley; 92, 961, 962, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil "...a causa de error de derecho, por violación de las normas probatorias de los artículos 217 y 218 del Código Procesal Civil".

En el desenvolvimiento del cargo, la censura recuerda que el estudio del Tribunal se redujo a la causal de presunción de paternidad contemplada en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, la que acogió, por cuanto "...encontró evidencias definitivas del hecho indicador de la presunción del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en cuanto al insuceso de las relaciones sexuales en comento...", con fundamento en "...la bondad estimativa de dos declaraciones; las versiones de los testigos Benavides Daza y Fabiola Torres..."; y que esta última declaración no fue apreciada por el Tribunal con

la severidad requerida por la ley, no obstante tratarse de una persona sospechosa para declarar, al tenor del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, por ser la madre de la demandante.

En efecto: los recurrentes afirman que "...la apreciación con severidad del testimonio de Fabiola Torres, madre del Nercy Torres, quien aspira a calificar filiación extramatrimonial del causante Raúl Triana, no aflora a superficie alguna. Ni siquiera en el tratamiento y estudio del testimonio se mencionó el parentesco. Sin rigor científico el testimonio fue vertido, inconsistente y precariamente, seriado de vacíos y vaguedades echados de menos en el cargo primero de esta demanda y que para el segundo cargo reproducimos. Y sin rigor científico el juzgador estimó dicho testimonio. Y sin rigor, ni siquiera la Sala hizo comentario así fuese accidental y marginal sobre el tremendo parentesco".

Siguiendo el hilo de la acusación, la censura observa que "...el interés en la declaración jurisdiccional de paternidad es manifiesto en Fabiola Torres y quien ahora aspira a corregir su constante advertencia en el 'dubio' de '...yo no le reclamaba a él el apellido para ella por descuido...y cuando pensé decirle del apellido me di cuenta que lo habían matado...'. Y su interés no es sólo de llenamiento de un 'descuido' sino que por obvias razones, traslada al campo económico, como que anexa a la acción y pretensión principales se ha golpado la acción de petición de herencia con introducción oportuna y temporal. Y estos intereses afectan su credibilidad e imparcialidad 'como lo entiende la norma rectora de la sospecha".

Puntualizan los recurrentes que la declaración de Fabiola Torres "...en apreciación del juez de la instancia jerárquica, no fue fútil, baladí o sencilla. Sobre ese testimonio montó la prueba del hecho indicador de las relaciones sexuales entre Raúl y la misma Fabiola e hizo solidaridad de su versión con el dicho del testigo Elvio Tulio Benavides Daza. Y así, con este dúo testimonial, en reducida y torcida apreciación, no pudo menos que decir el derecho como aspiraba la hija demandante de la testigo Fabiola Torres".

- Afirman los demandados que "...en el procesamiento no se usó el mecanismo de la tacha que permisivamente diseña el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil...", pues de una parte, "...el factor del parentesco oficiaba en el proceso, debida y legítimamente incorporado como medio documental idóneo..." y de otro, "...no era menester la apertura de tal incidencia cuando la misma declarante reseñaba en su declaración jurada del día 16 de julio de 1991: 'Y soy la madre de la demandante...' (fl. 86 fte., cdno. No. 6), motivo por el cual "...la preterición de la severidad en la apreciación del testimonio sospechoso de Fabiola Torres y antes por el contrario su festinación evaluativa de parte de la Sala, arrimadas a la vez de una serial de ligerezas, indeterminaciones y levedades que arroja el análisis objetivo de dicho testimonio y tal como tuvimos oportunidad de resaltar en la presentación del primer cargo de la demanda de casación, conducen a calificar que el juzgador incurrió en error manifiesto de derecho, y toda vez que el punto objeto de este segundo cargo permite la acusación por este sendero".

Consideraciones

1. Dentro de las causales que dan lugar a presumir la paternidad extramatrimonial, reserva la Ley 75 de 1968 lugar especial para la que está dada por el hecho de que el

pretendido padre haya accedido carnalmente a la madre del hijo, en el tiempo en que pudo ocurrir la concepción de éste (numeral 4º, artículo 6º), época que tiene definida el artículo 92 del Código Civil mediante el establecimiento de una presunción que repulsa prueba en contrario (art. 66, *in fine*, ibidem); pero *ante la evidentísima realidad de la dificultad probatoria que implicaba la demostración directa de un acto de naturaleza asaz íntima y reservada como lo del trato carnal, el legislador de 1968 permitió que relaciones de tal estirpe también pudieron demostrarse a través de la inferencia, como quiera que de manera expresa preceptuó que dichas relaciones sexuales "...podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad" (inciso 2º, numeral 4º, art. 6º, Ley 75 de 1968), normatividad plasmada con el inocultable propósito de atemperar, en cierto modo, la severidad probatoria hasta entonces predicada en frente de la Ley 45 de 1936.*

2. Sin embargo, en este último aspecto es conveniente advertir que tal inciso no puede entenderse en el sentido de que las relaciones sexuales sólo puedan darse por acreditadas cuando se prueba el trato personal y social de los amantes, en la época de la concepción del hijo, con las características expresadas en dicho texto legal, sino que en atención a que muy frecuentemente es imposible aportar pruebas que permitan demostrar directamente esas relaciones, el legislador expresamente permitió inferirlas de dicho trato personal y social, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad, pero sin restringir la prueba, ora directa, ya indirecta, del trato sexual que puede ser demostrado por prueba documental, testimonial, indiciaria, y desde luego, por confesión, pues "cuando la Ley 75 de 1968 en su artículo 6º, al señalar taxativamente los casos que dan lugar a presumir la paternidad natural, dispuso, en el inciso segundo del numeral 4º, que las relaciones sexuales podrían "inferirse del trato personal o social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad, no con ello preceptuó que para dar por demostradas esas relaciones, "siempre" sea necesario demostrar que los progenitores se trataron de tal manera, ya personal, ya socialmente, que la naturaleza, intimidad y continuidad de ese trato permita sacar la inferencia de paternidad. El querer del legislador fue otro: permitir dar por demostrada la existencia de relaciones sexuales durante la época en que se presume haber ocurrido la concepción del demandante, cuando los antecedentes y el comportamiento de los amantes durante tal período permite inferir, por la naturaleza, intimidad y continuidad del trato que han prodigado personal o socialmente en ese lapso, que entre ellos existieron relaciones sexuales..." (CXLIII, 190).

3. En el caso de la presente litis, el sentenciador de segunda instancia, según se vio del resumen de la sentencia, accedió a la declaración de filiación paterno-natural deprecada por la demandante, al amparo de la causal de relaciones sexuales, deducidas del trato personal y social que, según el testimonio de Elvio Tulio Benavides Daza, se prodigaran la madre de la demandante, Fabiola Torres, y el presunto padre natural Raúl Triana Rengifo, por la época de la concepción de Nercy Torres, cuando para arribar a la susodicha conclusión, sentó la siguiente reflexión:

"Y es que la versión dada por este declarante para señalar lo que él presenció y vislumbró en la época previa al embarazo, es de suprema importancia para determinar cuál era el lazo afectivo que unía a Raúl Triana con Fabiola; por la inmediación que tuvo de lo que vio, oyó y vislumbró, por la falta de impedimentos o inhabilidades que hagan desmerecer su dicho, constituye como ya se dijo, o no dudarlo, un testimonio con grado sumo de credibilidad, sobre ese trato personal que existía entre Fabiola y Raúl, del cual se infieren relaciones sexuales".

4. De consiguiente, la censura, como también acaba de verse de la síntesis de los cargos, especialmente del primero, enfila toda su gestión impugnaticia a demostrar el error de hecho en que incurrió el Tribunal cuando dedujo del precitado testimonio ese particularísimo trato personal y social entre la madre de la actora y el pretenso padre natural Raúl Triana, que lo llevó a tomar tal trato como hecho indicativo de relaciones sexuales entre ellos, y a presumir, con soporte en las mismas, la paternidad natural de Raúl Triana en relación con la demandante Nercy Torres, y así declararlo judicialmente.

5. Es pertinente recordar que ha sido doctrina constante de esta Corporación la de que, la sentencia de instancia sube a la Corte amparada por la presunción de acierto, tanto en lo relativo a la aplicación del derecho sustancial, como en lo que atañe a la estimación y valoración del haz probatorio; y que, como el sentenciador de instancia es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en este recurso extraordinario, mientras no se demuestre por el impugnante que aquél, al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado en los autos o en infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y eficacia de los medios probatorios.

También ha dicho exhaustivamente la jurisprudencia de la Corte que *la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o 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, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.*

Además, respecto de la prueba indiciaria también ha dicho reiteradamente esta Corporación que tratándose "...fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por la ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza" (LXXXVIII, 176; CXLIII, 72).

6. Pues bien: como fácilmente se observa de la formulación del primer cargo, la censura se muestra desapacible en sujetar su reparo a lo que, en casación, son los yerros de apreciación probatoria, y más concretamente de los de facto, que constituyen el fundamento de la acusación, pues aparte de tildar el testimonio de Elvio Tulio Benavides Daza de vacío, vago y dubitativo, que son en síntesis las objeciones que se le hacen a la mencionada declaración, especialmente porque en sentir de los recurrentes no acompasa perfectamente con lo narrado por la madre de la demandante en su declaración, ningún ensayo serio se advierte para demostrar, como terminantemente lo exige el inciso segundo (2º) del numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, el yerro de facto en que incurrió el Tribunal al apreciar el referido testimonio, es decir, que el trato personal y social entre la madre de la actora y el presunto padre Raúl Triana, por la época de la concepción de la demandante, deducido por el Tribunal del testimonio de Elvio Tulio Benavides, constituye una suposición o adición que contradice frontalmente lo dicho por el mencionado declarante, incurriendo el *ad quem*, por tanto, en una conclusión totalmente arbitraria y contraevidente y, por consiguiente, en manifiesto y evidente error de hecho en la apreciación de la mentada prueba; en cambio, es visible el empeño de los recurrentes en exponer sus puntos de vista, acerca de lo que debió ser el examen probatorio de aquella declaración, tomando pasajes aislados de su dicho y confrontándolos, también con segmentos de la versión de Fabiola Torres, para demostrar, no el yerro de facto denunciado en el encabezamiento del cargo, sino las dudas que abrigan en torno al trato social y personal que el pretenso progenitor Raúl Triana le hubiese prodigado a Fabiola Torres, madre de la actora, por la época de la concepción de aquélla, como si se estuviera en una instancia más del proceso, y como si a la Corte le fuera dable, sin más preámbulos, creerles a ellos y no a la sentencia de instancia, cuando ésta, como se sabe, ingresa a la casación asistida de presunción de acierto.

Adviértese, también, que algunos reparos carecen de trascendencia en frente de la causal que le sirvió al Tribunal de apoyo para declarar la paternidad natural de Raúl Triana en relación con Nercy Torres, como sucede con el que se refiere a la persona que llamó a Flor Quintero para que asistiera al parto de Fabiola Torres, puesta la circunstancia resulta inane para afirmar o desvirtuar, de manera categórica, que entre la madre de la actora y el presunto padre, existieron o no relaciones sexuales, por la época en que se presume ocurrió la concepción de la demandante.

7. Pero ni aún pasando por alto la deficiente formulación del cargo en estudio es posible descubrir yerro de facto alguno en el establecimiento de la inferencia de relaciones sexuales entre los precitados amantes, durante la época de la concepción de Nercy Torres, por cuanto la declaración de Elvio Tulio Benavides Daza no solamente pone de presente el aludido trato personal y social, como presupuesto de relaciones sexuales entre los padres naturales de la demandante, sino como prueba indirecta de ellas, es decir, de lo que el testigo vio y narró, como fruto de sus percepciones directas en la casa de la mamá de Fabiola Torres.

En efecto:

Elvio Tulio Benavides Daza, natural de Bolívar (Cauca), de 53 años de edad para la época de la declaración (1989), residente en Obando y Roldanillo (Valle), zapatero, dijo, al responder la pregunta sobre el motivo por el cual había sido llamado a rendir

declaración, que lo habían llamado para "...averiguarme el problema del finado Raúl Triana, sobre una muchacha que tenía natural por allá en Obando, y yo pues hago constar que lo poco que sé es que él me comentaba que sí era en realidad hija de él, porque yo hasta viví en la casa de ellos, en la casa de la madre de la muchacha, la madre de la muchacha llamaba Fabiola Torres, y yo viví en esa época en la casa de ellos que era de la mamita, yo viví como inquilino ahí y él pues conmigo le mandaba así cuestión de comida, carne, mercado, no tengo que manifestar más"; sin embargo, a instancia de mandatario judicial de la parte actora, precisó que vivió en la casa de la madre de Fabiola Torres "...aproximadamente de veintinueve a treinta años, viví ocho años en esa casa"; expresó que tuvo negocios con Raúl Triana, pues "...sí tuvimos amistad y él me llevaba trabajos para hacerle allá, de zapatería, él me llevaba trabajos..."; manifestó que el señor Triana reconocía a Nercy Torres como a su hija porque "...él me comentaba eso, que esa muchacha era hija de él...", y que en la población de Obando existía tal creencia porque "...a mí me tocó ir a llamar a la partera que era una señor Flor, no recuerdo el apellido, mucha gente considera que era hija de ese señor, como él estuvo viviendo con Fabiola Torres..."; que el trato de Raúl para con Fabiola era "...bueno, la trataba sumamente bien, le daba la comida, la ropa y muchas cositas de casa..."; afirma que conoce a Ana Estrella Gómez de Triana y agrega que "...ella ahora últimamente hace como dos meses fue a preguntarme que si a mí me habían buscado como testigo para este negocio y entonces yo le dije de que yo me daba cuenta". Y por cuestionario del apoderado judicial de los demandados sobre si la afirmación de que Nercy Torres era hija de Raúl Triana, descansaba simplemente en la amistad que tenía con aquél o porque le constara que "...el señor Triana hizo vida marital con la madre de ésta, Fabiola Torres", contestó: "Pues sí, porque como ahí vivíamos en la misma casa yo veía que él entraba y salía de ahí y él me comentaba como amistad y toda esa vaina que esa mucha era de él"; agrega que Fabiola Torres tuvo más amigos o conocidos, pues "...con el tiempo vivió con un señor que llamá Gerardo Herrera, a los años de que el finado Raúl vivió con ella, Nercy tenía unos tres o cuatro años cuando ya buscó otro marido"; que cuando Raúl se casó con Ana Estrella Gómez, Fabiola Torres vivía en Obando; que Raúl Triana mantenía a Fabiola Torres "pues él lo necesario sí le daba, la casa donde ella vivía era de la mamita de Fabiola Torres. él así como cuando uno saca una mujer como para vivir con ella, para darle todo lo necesario, no puedo decir. El le ayudaba, él entraba a dormir con ella, él iba durante el día, y durante el día se encerraba con ella". E invitado a concretar si el señor Triana "...tan de ser de usted amigo le comentaba de que tuviera relaciones amorosas y sexuales en forma notoria, permanentes, con la señora Fabiola Torres", respondió: "Sí señor, porque como yo vivía en la misma casa me daba cuenta cuando entraba, a qué horas entraba, a qué horas salía. No me comentaba qué se metía a hacer a la pieza con ella, de que tenía relaciones amorosas con ella, sí me decía"; advierte que, a pesar de que Raúl Triana era aficionado al licor y "mujeriego", no le consta de otras mujeres o amigas, pero manifiesta que "...por ahí dicen que tiene o que dejó dos hijas así por fuera del hogar legítimo". Averiguado acerca de si Raúl Triana fue uno o único de los concubinos de Fabiola Torres, mientras vivió Triana, contestó que "...cuando vivió ella con él, ahí donde vivía ella yo no vi entrar más hombres, yo no sé por fuera". Sobre el trato dispensado por Raúl Triana a Fabiola Torres mientras estuvo en embarazo, dijo que "...fue bueno porque él le ayudaba en todo lo que necesitaba"; finalmente expresó, porque así se lo preguntó el mandatario judicial de los

demandados, que Raúl Triana nada le había comentado acerca de la razón por la cual no había reconocido voluntariamente a la actora" (folios 5 a 7 vto. cdno. No. 4).

8. Resulta de lo expuesto, que el punto de partida de la operación dialéctica realizada por el Tribunal para inferir la existencia de las relaciones sexuales entre la madre de Nery Torres y el presunto padre natural Raúl Triana, por la época de la concepción de ésta, deducidas del trato personal y social que tales personas se prodigaron por el precitado tiempo, o sea, la existencia de hechos indicadores de relaciones sexuales, ha quedado en firme, merced a la inanidad del ataque que por error de hecho en el punto se le formuló al fallo impugnado. Y por lo que al segundo paso de que tal operación concierne, o sea, la inferencia que hizo el sentenciador para desembocar en la presunción de paternidad extramatrimonial atribuida a Raúl Triana, con fundamento, a su vez, en la existencia de relaciones sexuales con la madre de la demandante por la época de su concepción, cabe observar que ella es respetable para la Corte, por encontrar firme asidero en los poderes discrecionales de que goza el juzgador de instancia, a menos que al ejercitarlos hubiera incurrido en arbitrariedad manifiesta frente a la evidencia que arrojaba la cuestionada prueba testimonial, atropello que, como ya se vio, no ocurrió en el presente caso; la doctrina de la Corte, en el punto, ha sido constante en expresar que "...basta así...para que el juicio del sentenciador no admita censura en casación que no degenere, según viene expuesto, en arbitrariedad, por situarse ostensiblemente fuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios más profundo o sutil, más severo, más lógico, o de mayor juridicidad en sentir de la crítica. Aun en el evento de que el nuevo estudio produjera vacilaciones más o menos intensas, no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza y no en la duda" (CVII, 289; CXLIII, 73 y 74).

9. Obviamente que, de lo discurrido, también resulta inocuo el reparo que se le hace al fallo impugnado en el cargo segundo, edificado, como ya se vio, en el yerro de *iure* en que incurrió el Tribunal al otorgarle mérito suasorio al testimonio de Fabiola Torres, sin someterlo a una crítica probatoria más severa, como quiera que siendo la madre de la demandante su interés en las resultas del proceso era evidente y, por lo tanto, sospechoso, por cuanto permaneciendo intangible el reconocimiento de la filiación paterno-natural con fundamento en la versión testimonial de Elvio Tulio Benavides Daza, su demostración, en el evento de que el *ad quem* hubiese incurrido en él, carecería de trascendencia, pues como lo advierte el fallo recurrido y lo acepta la censura, la declaración de la madre de la actora no constituyó el soporte probatorio del reconocimiento combatido, sino apenas un elemento ratificador o confirmador de lo relatado por Benavides Daza; lo anterior, sin contar que, siguiendo el planteamiento de los recurrentes, el cargo se muestra incompleto, pues en ese orden de ideas también ha debido reprocharse la apreciación o valoración de los testimonios de Alicia González vda. de Rojas, Daniel Rebellón Chamorro, Elías Antonio Henao Cortés, Analia Ortiz Caicedo (sic) y José Artemo Rivas Buitrago, los que según el Tribunal: "...si bien nada aportan probatoriamente para establecer la causal 4ª, *sí robustecen* el dicho del testigo Elvio Tulio Benavides Daza, que merece credibilidad y por ser responsivo, exacta (sic) y dar la razón de la ciencia de su dicho es suficiente para concluir que la causal de relaciones sexuales existentes entre el causante y Fabiola Torres se daban por la época en que se presume la concepción de la actora" (Destaca la Sala).

De consiguiente, los cargos no prosperan.

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 7 de noviembre de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

CASACIÓN - Interés para Recurrir

Es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque este recurso, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse en lo desfavorable al recurrente. El interés para recurrir es individual, no sólo para cada una de las partes, sino también para quienes configuran alguno de los extremos subjetivos de la relación procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

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

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4670.

Mediante escrito elevado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el cinco (5) de agosto del presente año, los sucesores determinados de Heriberto Valencia Zapata, demandados en el proceso de origen, interpusieron recurso de queja para obtener de la Corte, a través de su Sala de Casación Civil, la concesión directa del recurso de casación que, en providencia fechada el pasado veintinueve (29) de julio, denegó dicho Tribunal.

Preparada e introducida la queja de acuerdo con el procedimiento que sobre el particular establece el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, es del caso resolver acerca de los motivos invocados para sustentarla.

CONSIDERACIONES

1. El recurrente se limita a apoyar su recurso en que si bien es cierto que la parte que representa no apeló el fallo de primera instancia, considera que ello no era obligatorio por cuanto no se trata de, según dice, una sentencia exclusivamente confirmatoria.

2. *Los recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, son medios de impugnación para obtener la corrección de errores en que incurran las providencias judiciales y de los cuales se deriven perjuicios para quienes son partes en el proceso en que*

aquéllas se profieren; de ello se concluye que para su interposición debe existir interés proveniente precisamente del agravio que la decisión judicial haya causado a alguna de ellas, es decir, que la ley exige como presupuesto básico para la procedencia de los recursos la legitimación de quien los presenta, la cual, frente al recurso de casación está definida de manera general por el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil el cual preceptúa que éste, a más obedecer a un interés público en la recta aplicación del derecho, unificado la jurisprudencia nacional, "procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida", o sea que para acudir a esta vía impugnativa debe necesariamente existir interés derivado del perjuicio que le haya causado la sentencia contra la que se interpone, el que debe ser actual por cuanto no se tendrá en cuenta si ha sido renunciado por la parte lesionada, al haberlo consentido, aquiescencia presumida por la ley cuando habiéndole sido también perjudicial la decisión del primer grado, no la apeló ni adhirió a la apelación de la otra parte "cuando la del Tribunal haya sido exclusivamente confirmatoria de aquélla". A este respecto la Corte desde tiempo atrás ha reiterado: "Es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque este recurso, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse en lo desfavorable al recurrente" (G. J. T. LXIV, pág. 792) y más recientemente, en auto del 9 de agosto de 1989, precisó: "surge del precepto transcrito, el que señala la manera precisa quien está facultado para recurrir en casación, que si la sentencia de segundo grado confirmó la de primera instancia y contra ésta una de las partes del litigio no interpuso recurso de apelación, lógicamente carece de interés para valerse ahora del medio extraordinario de impugnación, pues ello significa que consintió lo resuelto por el a quo; por lo cual, si el ad quem profirió proveído confirmatorio exclusivamente, carece de sentido que a esas alturas de la actuación procesal intente ponerle de presente inconformidades contra un fallo que corrobora lo expresado por el del inferior (...). Y frente al caso en que la sentencia haya sido consultada, la citada providencia agregó: "La consulta es un grado de jurisdicción establecido por la ley en interés de ciertas personas, entre otras, de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios, cuando les fueren adversas las sentencias de primera instancia y no las hayan apelado sus apoderados o representantes y de quien haya estado representado por curador ad litem y el fallo de primer grado le haya sido desfavorable. De modo que si un particular intervino en un proceso como parte, no puede afirmar más adelante que, para los efectos del artículo 369 del C. de P. C., está facultado para interponer recurso de casación contra lo proveído del ad quem, exclusivamente confirmatorio del de primer grado, sin embargo, de que no haya interpuesto recurso de apelación, basándose en que la decisión hubo de consultarse, ya que, como se vio, este grado de jurisdicción en el proceso, sólo atañe, en esas circunstancias, a la persona o entidad que se encuentre en los casos que prevé el artículo 386 del ordenamiento citado".

De todo lo anterior se deduce con absoluta claridad que el interés para recurrir es individual, no sólo para cada una de las partes, sino también para quienes configuran alguno de los extremos subjetivos de la relación procesal, pues el hecho que haya, por ejemplo, varios demandados que no conformen un litisconsorcio necesario, no quiere decir que entre ellos siempre exista el mismo interés, puesto que se pueden dar, de un lado, algunas resoluciones que afecten a unos y a otros no, y de

otro, decisiones que aunque en primera instancia les causan perjuicio a todos, algunos de ellos convienen en forma tácita con ellas al no manifestar su inconformidad interponiendo el recurso de apelación, actuación pasiva que es considerada por la ley como renuncia al interés de manifestarse en contra de tales disposiciones que les son lesivas, no sólo en esta oportunidad sino posteriormente, en caso de que ellas sean confirmadas en la segunda instancia, sin que esta situación afecte la legitimación para recurrir en casación que puedan tener otros demandados o demandantes.

3. En el caso que ocupa la atención de la Corte si bien los demandados que interponen el recurso de casación no apelaron contra la sentencia de primera instancia, debe tenerse en cuenta que la providencia del Tribunal no es "exclusivamente confirmatoria" de aquélla, por cuanto en los numerales 3º y 4º de su parte resolutiva se modifica el fallo recurrido, condenando en costas de la primera instancia a los demandados y se "adiciona" en el sentido de afirmar que la declaración de paternidad efectuada produce efectos patrimoniales, disposición esta última que al tenor de los motivos aducidos por el propio Tribunal para justificarla, ha de considerarse nueva para los demandados recurrentes y además contraria por los demás desde el punto de vista formal a sus intereses, por lo cual no se les puede entender como configurada en este caso la situación excepcional prevista en el último inciso del artículo 369 del Código de Procedimiento Civil.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Declarar *mal denegado* el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha quince (15) de junio de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso de filiación natural seguido por Adalgisa Valencia Moreno contra los herederos de Heriberto Valencia Zapata.

Segundo. En su lugar y por cuanto se reúnen los requisitos exigidos por la ley, se *concede* directamente el mencionado recurso.

En consecuencia, ofíciese al Tribunal de origen para que remita el expediente respectivo a lo que se procederá en la medida en que se cumplan las exigencias del artículo 132 del Código de Procedimiento Civil.

Notifíquese.

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

Reposición / Súplica

El auto del magistrado ponente por el que se resuelve sobre la admisión del recurso de casación, no admite reposición sino súplica, y si a pesar de ello es la primera de esas vías la utilizada para pedir la revocatoria del respectivo proveído, ella resulta entonces improcedente y tendrá que ser rechazada sin otra consideración posible.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4607.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la apoderada del actor y demandado en reconvención contra el auto por el cual se admitió el recurso de casación interpuesto por la parte contraria, con el fin de obtener la información de la sentencia de fecha veintiocho (28) de julio del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en el proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Gilberto de Jesús Molina Rua contra Argemiro Tamayo González.

El artículo 348 del Código de Procedimiento Civil dispone que, salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que profiera el magistrado ponente en actuaciones procesales que se surtan ante organismos jurisdiccionales colegiados, siempre y cuando tales autos "...no sean susceptibles de súplica...", característica esta última -la de ser suplicables- que, como es bien sabido, tienen aquellas providencias que resuelven sobre la admisión del recurso de casación (artículo 363 del mismo Código recién citado). O para decirlo en otras palabras, el auto del magistrado ponente por el que se resuelve sobre la admisión del recurso de casación, no admite reposición sino súplica, y si a pesar de ello es la primera de esas vías la utilizada para pedir la revocatoria del respectivo proveído, ella resulta entonces improcedente y por fuerza de los preceptos aludidos, vale decir de los artículos 348 y 363 del Código de Procedimiento Civil, tendrá que ser rechazada sin otra consideración posible.

En la especie que se estudia y mediante el auto cuyo reposición es solicitada, se admitió el recurso de casación, providencia, según acaba de verse susceptible del de

súplica, luego dicha reposición es improcedente y así debe limitarse a ponerlo de presente este auto.

DECISIONÑ

Por lo expuesto y luego de cumplido el trámite de rigor previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, se *rechaza* por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha primero de octubre del año en curso.

En los términos y para los efectos del memorial poder presentado, tiénese a la actora Marina Céspedes de Restrepo como apoderada del recurrente en casación.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Coadyuvancia

Los intervinientes adhesivos actúan en el proceso como apéndice de una de las partes, a la que acceden por autorización legal para realizar actos procesales que no estén en oposición con los de ésta y que contribuyan a los fines perseguidos por esa parte, razón por la cual universalmente la doctrina procesal circunscribe su actuación a la colaboración o auxilio a la parte a que acceden y, precisamente por ello, también los denomina coadyuvantes. Luego, el interés jurídico de la parte coadyuvante se encuentra limitado por el interés específico expuesto en el proceso por la parte principal coadyuvada.

Sentencia / Congruencia

En el cumplimiento de su función de administrar justicia en materia civil, la competencia del juzgador se encuentra circunscrita, como se sabe a decidir sobre las pretensiones impetradas por la parte actora en su demanda y en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento Civil señala, de un lado; y, de otro, sobre las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley. / Para saber si hay incongruencia, y en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo.

Sociedad de Hecho

Tanto en la legislación anterior como en la actualmente en vigor, a la sociedad de hecho puede llegarse, de dos maneras: la primera, porque aunque los socios quisieron acogerse en la constitución de la sociedad a las formalidades exigidas por la ley éstas no se cumplieron por cualquier motivo, lo que ha dado en doctrina en denominarse sociedades de hecho por degeneración; y, la segunda, ocurre cuando los socios, no quisieron o no intentaron siquiera el lleno de los requisitos formales para dar nacimiento a la sociedad en cuestión, sino que ella surgió del consentimiento implícito para asociarse de la propia dinámica de las actividades económicas desarrolladas por los socios, caso en el cual, al decir de la jurisprudencia de esta Corporación, esa sociedad de facto nace por los hechos mismos, se desprende de una serie coordinada de operaciones que en común realizan varias personas para el logro de finalidades económicas, de donde se infieren los hechos asociantes, es decir la *affectio societatis*.

Testimonio - Grupo de Testigos / Error de Hecho y de Derecho

En el análisis probatorio, el Tribunal optó por dar demostrada la existencia de la sociedad de hecho a que se refiere la demanda con apoyo en el primer grupo de testigos y expresó que no acoge para negar las pretensiones lo narrado por los demás declarantes. Pero ello no es, por sí mismo, indicativo de error de hecho ni de derecho en la apreciación probatoria, porque tal actividad de juicio es propia de la función jurisdiccional que la sociedad confía al juzgador, labor en la cual goza éste de discreta autonomía.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de octubre de 1993.

Referencia: Expediente número 4143.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de *casación* interpuesto por Miguel Augusto Botiva Ramos y Jesús Antonio Baquero Baquero, reconocidos como "coadyuvantes adhesivos de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio (Sala Civil Laboral), el 19 de junio de 1992 en el proceso ordinario adelantado Rosalía Ruiz contra Rosa Helena Hernández Martínez, Jorge, Gladys Esther, Myriam y Blanca Hernández, como herederos conocidos de Carlos Alberto Hernández y contra sus herederos indeterminados.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 20 a 25 del cuaderno uno, adicionada posteriormente (fl. 89, C-1), Rosalía Ruiz domiciliada en Villavicencio, convocó a un proceso ordinario de mayor cuantía que por reparto correspondió tramitar al Juzgado Tercero Civil del Circuito de esa ciudad, a Rosa Helena Hernández Martínez, Jorge, Gladys Esther, Myriam y Blanca Hernández, como herederos ciertos de Carlos Alberto Hernández, y a sus herederos indeterminados, proceso en el cual la actora pretende, en síntesis, que por la jurisdicción del Estado se declare que "desde el año de 1974, entre el señor Carlos Alberto Hernández y Rosalía Ruiz, ambos mayores de edad, se conformó de hecho una sociedad comercial denominada 'Hernández Ruiz y Cía.', cuyo domicilio fue radicado en el Municipio de Villavicencio" (fl. 22, C-1); que se declare así mismo la disolución de esa sociedad y se ordene su liquidación e inscripción de tales actos en la Cámara de Comercio de Medellín.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, en resumen expone la actora los siguientes:

2.1. Desde el año de 1971 y hasta la muerte de Carlos Alberto Hernández, acaecida el 31 de marzo de 1981, tuvo existencia la sociedad "Hernández Ruiz y Cía.", formada por el causante y la demandante, la cual tuvo como objeto social la adquisición de bienes raíces rurales y urbanos, y la explotación ganadera con ánimo de lucro, la adquisición de bienes muebles y la "celebración de toda clase de negocios comerciales relacionados con actividades propias de la sociedad" (fl. 20, C-1).

2.2. Durante la existencia de la mencionada sociedad de hecho, ésta adquirió la finca denominada "El Retorno", ubicada en la vereda "Chichimene", Municipio de San Carlos de Guaroa, Departamento del Meta, dedicado por los socios a la explotación agropecuaria, así como una casa de habitación localizada en la calle 37 número 34-56 de Villavicencio, un camión de placas SB-0426, dos vehículos marca Toyota, de placas GP-3207 y GP-2797, bienes éstos dedicados al desarrollo de actividades del objeto social.

2.3. Los bienes y las obligaciones de esta sociedad de hecho, por su condición de tal, fueron radicados indistintamente en uno u otro de los socios, pero siempre los negocios jurídicos se realizaron "a expensas del patrimonio social" (fl. 21, C-1).

2.4. Los dos socios tuvieron la representación de la sociedad en mención, pero en los últimos años ella fue ejercida sólo por la demandante en razón del estado de salud de fallecido Carlos Alberto Hernández, que culminó con su muerte".

2.5. El patrimonio de la sociedad se integró con "los aportes iniciales de ambos socios, la reinversión progresiva de las utilidades, los aportes de dineros adquiridos en el trabajo de los socios y valorización de los bienes adquiridos" por la sociedad, así como con "bienes de capital" de la demandante (fl. 21, Cdno. 1).

2.6. Mediante sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías, Meta, se reconoció a la parte actora en este proceso, como poseedora del inmueble rural denominado "El Retorno", posesión que, "deriva de la misma comunidad o coposesión que mantenía con su socio Carlos Alberto Hernández" (fl. 21, C-1).

3. Notificada Gladys Esther Hernández del auto admisorio de la demanda y corrido que le fue traslado de la misma y sus anexos para los efectos legales, a ella le dio contestación como aparece a folios 48 a 55 del cuaderno uno, con expresa oposición a las pretensiones y negación de los hechos que les sirven de apoyo, Jorge Tulio Hernández, por su parte, notificado personalmente, guardó silencio sobre la demanda.

Los curadores *ad litem* de los demás demandados ciertos y de los herederos indeterminados, en su orden manifestaron estar a lo que fuere probado en el proceso, como puede observarse a folios 88 y 111 del cuaderno uno.

4. En memorial visible a folios 83 a 85 del C-1, los señores Jesús Antonio Baquero Baquero y Miguel Augusto Botiva Ramos, por medio de apoderado, solicitaron su admisión al proceso como "coadyuvantes de la parte demandada", por cuanto, por haber adquirido por compra la finca "El Retorno" del señor Marco Javier Hernández Martínez, persona distinta al causante Carlos Alberto Hernández, los mencionados señores afirmaron tener "relación jurídica económica con la parte demandada, por ser los legítimos dueños y poseedores de la finca 'El Retorno' y porque quien les vendió

la referida finca tiene un parentesco íntimo con el difunto Carlos Alberto Hernández" (C-1, fls. 83 y ss). Esta petición fue reiterada para que "se les reconozca su calidad de coadyuvantes de la parte demandada", porque "al involucrar esta finca ...tenían intereses jurídico patrimoniales que defender" (C-1, fl. 112); y finalmente les fue resuelta en forma favorable, por auto de 20 de febrero de 1989 (fl. 113, C-1).

5. Agotado el trámite procesal pertinente, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, puso fin a la primera instancia mediante sentencia pronunciada el 26 de junio de 1991 (fls. 345 a 356, C-1), en la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, pero declarando que la sociedad existe desde 1977.

6. Apelada la sentencia de primer grado por Gladys Esther Hernández Mora (fls. 358 a 364, C-1) y por los coadyuvantes de la parte demandada (fls. 365 a 369, C-1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio desató el recurso de apelación mediante sentencia dictada el 19 de junio de 1992 (fls. 26 a 35, C-7), en el cual confirmó el fallo del *a quo*, con la aclaración de que la sociedad de hecho cuya existencia se declara y cuya liquidación se ordena conforme a lo pedido, no es mercantil, sino una sociedad civil de hecho.

7. Interpuesto entonces el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio ya mencionada por los señores Jesús Antonio Baquero Baquero y Miguel Augusto Bociva Ramos, coadyuvantes de la parte demandada (fl. 37, C-7), la Corte lo admitió y lo tramitó en atención al interés especial que para este caso podía tenerse. Luego, bajo este entendimiento, de su decisión se ocupa ahora esta Corporación.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal, luego de sintetizar la actuación cumplida durante la primera instancia, recuerda las nociones del contrato de sociedad y las diferencias entre sociedades de hecho y de derecho, así como entre las mercantiles y las civiles, entre las últimas de las cuales han de incluirse aquellas que se dedican a las actividades propias de "agricultores y ganaderos", consideradas siempre "como opuestas a las de los comerciantes" (fls. 30 y 31, C-7).

2. A renglón seguido expresa el Tribunal que, no obstante la impropiedad de la demanda al calificar como comercial la sociedad cuya declaración solicita, pese a que según los hechos de la misma se trata de una sociedad civil, ello "no afecta la pretensión, pues el tratamiento jurídico del mismo (sic) como bien se sabe, corresponde al juzgador y no a los litigantes (fl. 32, C-7).

3. Manifiesta luego el sentenciador que examinadas las declaraciones testimoniales de Marco Díaz Alarcón, Miguel Angel Elba e Ismael Saavedra, "de ellas se deduce, además del concubinato en que vivieron la demandante y el extinto Carlos Alberto Hernández; desde que llegaron a la finca El Retorno en junio de 1977, que ambos se pusieron a trabajar en ella", cumpliendo la demandante "una actividad propia de explotar económicamente la finca, en un plano de igualdad con Hernández, a fin de incrementar el patrimonio y obtener ganancias", es decir, que Rosalía Ruiz, "hizo un aporte de industria o trabajo personal, que unido a lo comentado anteriormente, denota

la *affectio societatis* y por ende la constitución de la sociedad de hecho invocada" (fls. 32 y 33, C-7), desde junio de 1977 a marzo 31 de 1981, fecha de la muerte de Carlos Alberto Hernández.

4. Tal conclusión -prosigue el Tribunal-, "no se demerita porque algunos otros declarantes digan que no le conocieron ninguna sociedad de hecho a don Carlos Alberto Hernández, como es el caso de Jesús Antonio Carrillo (fls. 1 a 3, C-5) y de Manuel Antonio Gómez (fl. 3, C-5)", quienes "ni siquiera conocieron la finca" (fl. 33, Cdno. Corte). Ni tampoco se desvirtúa la existencia de la sociedad según la apreciación del Tribunal con lo declarado por María Olinda Benavides, Armando Rodríguez y Abraham García, quienes "sólo se limitan a testificar sobre la explotación cumplida en la finca por los coadyuvantes adhesivos Miguel Augusto Betiva y Jesús Antonio Baquero después de que la compraron éstos en diciembre de 1981, por lo que sus dichos no tocan con el tema controvertido" (fl. 33, C-7).

5. De otro lado, a efectos de la resolución judicial sobre las pretensiones en este proceso, es indiferente a quien pertenecía la finca "El Retorno", ya que la controversia judicial en casos como el aquí litigado sólo tiene "por objeto resolver si existe sociedad de hecho para declararla y ordenar su liquidación, y en la segunda parte, o sea ya en la propia liquidación", habrá de determinarse "cuáles son los bienes partibles y cuál el monto de lo que a cada socio corresponde" (fl. 33, C-7).

6. Finalmente -apunta el Tribunal-, si bien la actora impetró declarar la existencia de la sociedad a partir de 1971 o 1974 y el juzgado lo hizo pero situándola en el tiempo desde 1977, ello no comporta incongruencia ninguna, pues "si lo que resulta probado es menor de lo que se pide, es deber del juzgador concederlo, desestimando lo demás", como lo prescribe el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (fl. 34, C-7).

7. De lo expuesto, concluye el Tribunal que ha de confirmar el fallo apelado, con la aclaración de que "no se trata de una sociedad comercial de hecho, sino de hecho civil, siendo innecesario inscribir el fallo en la Cámara de Comercio como lo decretó el *a quo*, ya que ni la sociedad de hecho ni los socios que la constituyeron están inscritos allí" (fl. 34, C-7).

III. LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada. De ellos, el primero con fundamento en la segunda de las causales de casación y los otros dos, por violación indirecta de normas sustanciales, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria. Sin embargo, por cuanto todos los cargos imponen algunas consideraciones comunes en cuanto al interés que la ley le asigna a la parte recurrente, se despacharán conjuntamente.

Cargo primero

Con invocación del artículo 386, numeral 2, acusa en este cargo el censor la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso, "por ser violatoria del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 52 *ejusdem*...", por haber incurrido el

Tribunal en inconsonancia o incongruencia al pronunciar su fallo, en razón de haberse abstenido de resolver en él la petición de los coadyuvantes y también en haber dado por probado el concubinato de los presuntos socios de hecho, extremo que no propuso la demanda" (fl. 9 vuelto de este cuaderno).

Para sustentar el cargo así formulado, el recurrente expresa que en la demanda inicial de este proceso, la actora menciona entre los bienes que según ella conforman el activo de la sociedad de hecho cuya declaración de existencia impetra de la jurisdicción, la finca rural denominada "El Retorno", ubicada en la vereda Chichimene, del Municipio de San Carlos de Garagoa, Departamento del Meta, situación ésta que llevó a los señores Miguel Augusto Botiva Ramos y Jesús Antonio Baquero, a solicitar su admisión al proceso como coadyuvantes adhesivos de la parte demandada, quienes, por ser "legítimos dueños y poseedores de la finca "El Retorno", persiguen con su actuación que ese inmueble se excluya de la relación de bienes que la parte actora presenta como activos de la sociedad de hecho Hernández Ruiz y Cía. Luego de anotar que el juzgador de primera instancia, mediante auto de 20 de febrero de 1989 (fl. 113, C. 1), dispuso "tener como coadyuvantes adhesivos de la parte demandada a los señores Miguel Augusto Botiva Ramos y Jesús Antonio Baquero", quienes acreditaron ser los propietarios del bien inmueble mencionado, con certificación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Martín, Meta, y copia de la Escritura pública número 3245 de 17 de diciembre de 1981, de la Notaría Primera de Villavicencio, por haberlo comprado a Marco Javier Hernández Martínez.

A continuación expresa el recurrente que no obstante haber sido admitidos al proceso los coadyuvantes referidos, el juzgador de primera instancia "se abstuvo de resolver su clara pretensión de excluir la finca de su propiedad denominada El Retorno, a la que en último término se concretó la pretensión de la demanda (fl. 10 vuelto, Cdno. Corte), decisión que fue confirmada por el Tribunal en el fallo que se combate ahora en casación. Agrega que ese silencio del sentenciador en relación con la petición de los coadyuvantes adhesivos de la parte demandada, "equivale ordenar la liquidación y reparto de la finca El Retorno, de propiedad de Botiva y Baquero, entre los herederos de Hernández, quienes según todos los indicios procesales liquidaron la sucesión del causante, y Rosalía Ruiz, demandante en el proceso", circunstancia que, a su juicio, explica que Gladys Esther Hernández, "la única heredera que litigó en las dos instancias", no obstante ser la parte vencida, optara por "abstenerse de recurrir en casación" (fls. 11 vuelto y 12, Cdno. Corte).

Reitera luego que los recurrentes en casación están asistidos de interés jurídico para interponer el recurso y asevera que, conforme a la doctrina, es deber del fallador decidir sobre las pretensiones de los coadyuvantes, el cual fue incumplido por el Tribunal y, en tales condiciones, estima que "está objetivamente demostrada la causal de inconsonancia por *mínima petita*" (fl. 13 vuelto, Cdno. Corte), en cuanto omitió decidir la petición concreta de los coadyuvantes de la parte demandada.

De otra parte, en opinión del censor, incurrió también en incongruencia el Tribunal, por cuanto, sin que así se lo hubiera impetrado en la demanda, declaró y dio por demostrada la existencia de un concubinato entre el causante y Rosalía Ruiz, si bien a ello sólo se refiere la parte motiva de la sentencia, lo cual, de todas maneras, es "una

declaración jurisdiccional (fl. 14 vuelto, Cdno. corte) y, por ello, constituye incongruencia del fallo atacado en casación.

Cargo segundo

Acusa en este cargo el recurrente la sentencia que censura, de haber violado los artículos 2079, 2081, 2083, 2124, 2125, 2126, 2129, 2141, 1494, 1495, 1602, 1524, 1008, 1009, 1013, 1239 y 1241 del Código Civil, "2° y 4° de la Ley 29 de 1982, por aplicación indebida", por haber incurrido en "diversos errores de hecho en la estimativa probatoria" (fl. 15, Cdno. Corte).

Para sustentar el cargo, asevera el impugnador que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, "erró de hecho en razón de "no percatarse de que los bienes relacionados como integrantes del activo del patrimonio de la supuesta sociedad de hecho, según relación de la demanda, fueron adquiridos por Carlos Alberto Hernández antes de 1971 y aún antes de 1977, fecha en que según la sentencia impugnada había comenzado el funcionamiento de tal sociedad; y por no percatarse igualmente de que la "finca El Retorno no fue adquirida jamás ni por Carlos Alberto ni por la supuesta sociedad" (fol. 15 vuelto, Cdno. Corte).

En tales yerros incurrió el Tribunal, -prosigue el censor-, por no haber visto "la Escritura Pública número 3245 de 7 de diciembre de 1981 de la Notaría Primera de Villavicencio y su correspondiente registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Martín, que dan cuenta de la venta hecha por Marco Javier Hernández Martínez a Miguel Augusto Botiva Ramos y Jesús Antonio Baquero Baquero del predio Corintio o El Retorno (fls. 76 a 80, C-1)" (fl. 15 vuelto y 16, Cdno. Corte). E igualmente, dejó de ver el Tribunal "la Escritura Pública número 1277 de 2 de octubre de 1968 de la Notaría de Villavicencio, por medio de la cual Josefa Asahache de Cortés vende a Carlos Alberto Hernández el inmueble del barrio El Barzal de Villavicencio, uno de los activos que se relacionan en la demanda como pertenecientes a la supuesta sociedad Hernández-Ruiz y que habría sido adquirido por los socios dentro del presunto ejercicio social, es decir, después de 1971", cuando en realidad, ese inmueble lo compró Hernández en 1968, por la "suma de $4.000.oo" (fl. 16, Cdno. Corte).

De la misma manera, afirma el censor que el Tribunal dejó de apreciar la certificación expedida por la Distribuidora Toyota de Villavicencio, según la cual, mediante factura 2338, de 27 de noviembre de 1973, vendió a Carlos Alberto Hernández un "campero Toyota 1974, color verde y que se describe por los número del motor y el chasís", bien, igualmente relacionado como activo adquirido por la sociedad (fl. 126, Cdno. Corte); y, tampoco apreció el sentenciador de segundo grado, las fotocopias de las tarjetas de propiedad de los siguientes vehículos cuyo derecho de dominio se radica en el fallecido Carlos Alberto Hernández con mucha anterioridad a la constitución de la supuesta sociedad de hecho con la demandante, a saber:

"Camión Mack, 1950, color verde, EN431, A2397"; "Campero Toyota, color verde, F444100, manifiesto 15203 de 7 de octubre de 1973, FJ43277427"; "Camioneta Toyota verde, F526598, FJ4576787, manifiesto 17376 de 20 de noviembre de 1974", documentos relacionados en los folios 192 a 195, Cd. 1 (fl. 16, Cdno. Corte); e igual sucede, dice el censor, con el certificado de pago de impuestos "sobre el Campero Toyota de placas GP2797" (fl. 16 y 16 vuelto, Cdno. Corte).

El Tribunal de Villavicencio, a juicio del recurrente, tampoco tuvo en cuenta en su decisión, los testimonios rendidos por Jesús Antonio Carrillo y Manuel Antonio Gómez Jara, que obran a folios 1 a 3, cuaderno cinco, que dan cuenta de la existencia para el año de 1970, de mi "patrimonio consolidado" en cabeza de Carlos Alberto Hernández, del cual formaban ya parte "el camión Mack y el inmueble en el barrio Barzal de Villavicencio"; y además, en tales testimonios se informa que la construcción de ese inmueble se hizo por el causante "antes de 1970" y que éste, "también en Bogotá tenía una casa (fl. 16 vuelto, Cdno. Corte).

De otro lado, ignoró el Tribunal que el *de cujus* registró como suya, desde 1965, la "Marca Federada 24M", que "usa en el Hato La Esperanza, Villavicencio", según constancias expedidas por la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo del Departamento del Meta y por la Federación de Ganaderos de Los Llanos Orientales", que aparecen a folios 338 a 341, cuaderno uno (fl. 16 vuelto, Cdno. Corte).

Dejó de apreciar igualmente el sentenciador, en opinión del censor, los documentos que aparecen a folios 356, cuaderno uno y 149 cuaderno uno, según los cuales Rosalía Ruiz trabajó desde el 7 de abril de 1972 al 8 de junio de 1977, como planchadora, en el Hotel Panorama de Villavicencio, no obstante lo cual declaró la existencia de la sociedad de hecho a que se refiere la demanda, desde el 6 de junio de 1977 (fl. 17, Cdno. Corte); y, al mismo tiempo, incurrió en error de hecho el Tribunal en la apreciación de los testimonios de María Olinda Benavides, Armando Rodríguez y Abraham García (fls. 247 a 252, C-1), pues no tuvo en cuenta que éstos expresaron que "Rosalía no ha residido en la finca El Retorno, que vive en una pieza o rancho ubicado en la zona pública que de pareja de Chichimene conduce a Pajure" (fl. 17, Cdno. Corte); y que les consta, en cambio, que ese inmueble es de propiedad de "los señores Botiva y Baquero", quienes, desde que lo compraron a Marco Javier Hernández, "han hecho grandes inversiones, construcciones y cultivos y que por la época de los testimonios tenían aproximadamente 200 cabezas de ganado" (fl. 17, Cdno. Corte). No vio tampoco el Tribunal -prosigue el recurrente-, que en la diligencia de inspección judicial realizadas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Acacías el 22 de septiembre de 1982 en la finca El Retorno, "en el proceso posesorio de Rosalía contra los herederos de Hernández", a ésta se encontró, levantada en "paredes de guadua, techos de zinc, pisos naturales", lo que coinciden con lo dicho por los testigos anteriormente mencionados.

Incurrió además el fallador de segundo grado en error de hecho al apreciar los testimonios de Jesús Antonio Carrillo, Manuel Antonio Gómez Jara, Ismael Saavedra, Miguel Angel Alba y Marco Díaz Alarcón, pues los dos primeros, quienes conocieron al causante con antigüedad de 50 años aproximadamente y fueron sus amigos, paisanos y vecinos, afirman no haber tenido conocimiento de la existencia de la pretendida sociedad de hecho entre Rosalía Ruiz y el *de cujus* y, en cuanto a los otros tres declarantes, lo cierto es que, efectivamente, como el propio Tribunal lo afirma, sus declaraciones "no son medios de claridad y precisión" y, por ello, no podía, con fundamento en ellas, como lo hizo el Tribunal, dárseles credibilidad de tal magnitud como para aceptar que de esos testimonios "se deduce, además del concubino", la existencia de "la sociedad de hecho" (fl. 18, Cdno. Corte).

Tras la transcripción de algunos apartes de las declaraciones testimoniales en mención, asevera luego el impugnante en casación que el Tribunal incurrió en error de

hecho por falta de apreciación de los interrogatorios de parte de Jorge Tulio Hernández Mora, Gladys Esther Hernández Quintero, Miguel Augusto Botiva Ramos y Jesús Antonio Baquero Baquero, cuyas declaraciones parcialmente transcribe y en las que, todos a una coinciden en afirmar que la demandante fue empleada doméstica del causante, pero nunca su socia como ahora lo pretende (fls. 19 vuelto y 20, Cdno. Corte).

Pasando a otro aspecto, a juicio del impugnador, se incurrió por el Tribunal en error de hecho en la apreciación de la demanda inicial (fls. 20 y ss., C-1), en razón de que, ni en las pretensiones, ni en los hechos en que ellas se apoyan se impetró declaración alguna en relación con un supuesto concubinato entre la demandante y el causante, pese a lo cual el Tribunal "lo da por aprobado y en esto parece apoyar su declaración de la existencia de la sociedad de hecho" (fl. 20, Cdno. Corte).

Erró igualmente de hecho el Tribunal, "por dejar de apreciar los indicios que surgen de las pruebas no apreciadas y de las apreciadas equivocadamente y de todos los elementos del proceso" (fl. 20 vuelto, Cdno. Corte). Apoya esta parte de la acusación el recurrente, en el análisis de los elementos estructurales del concubinato y de la sociedad de hecho, los cuales confronta luego con las pruebas ya analizadas, para aseverar, en resumen, que "la objetividad del proceso demuestra que todo es un montaje llevado a cabo por la actora, aunque en forma ingenua" (fl. 21 vuelto, Cdno. Corte), pues está demostrado que los supuestos bienes que constituirían el activo de la sociedad no fueron adquiridos por ésta sino por Carlos Alberto Hernández "a partir de 1940 y hasta 1973 o 74", todo lo cual no vio el Tribunal que, tan "sólo se fijó en testigos sin ninguna responsabilidad, que son vagos y que se contradicen" (fl. 21 vuelto, Cdno. Corte, *in fine*).

Reitera luego la crítica a las declaraciones testificales que obran en el expediente y, finaliza el cargo así propuesto, con la aseveración de que "Todos los errores de hecho cometidos por el sentenciador de segunda instancia de Villavicencio tuvieron trascendencia cierta en el fallo acusado, pues al no haberse incurrido en tales yerros la decisión del *ad quem* no hubiera declarado ni el concubinato ni la sociedad de hecho", razones suficientes para solicitar que se case "la sentencia impugnada" (fls. 23 y 23 vto., Cdno. Corte).

Cargo tercero

Invocando expresamente para proponerlo la primera de las causales de casación consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal en este proceso, por cuanto "debido a errores de derecho", quebrantó las siguientes normas legales: artículos 2079, 2081, 2083, 2124, 2125, 2126, 2129, 2141, 1494, 1495, 1602, 1524, 1008, 1009, 1013, 1239 y 1241 del Código Civil, "2º y 4º de la Ley 29 de 1982, por aplicación indebida"; y los artículos 175, 176, 187, 228, 232, 248, 249, 250, 251, 252, 277, 244, 246 y 279, del Código Procedimiento Civil.

En la sustentación del cargo, manifiesta el recurrente que se incurrió porque el fallador de segundo grado en "error de derecho por haber negado el mérito legal y el valor probatorio que el legislador atribuye a la prueba testimonial, en relación, en este caso, con las declaraciones Jesús Antonio Carrillo (fls. 1 y ss., C-5), Manuel Antonio Gómez Jara (fl. *ibidem*), Olinda Benavides, Armando Rodríguez y Abraham García

(fls. 247, 249 y 251, C-1), y a los interrogatorios de parte de Jorge Tulio Hernández (fls. 29 y ss., C-4), Gladys Esther Hernández Quintero (fls. 37 y ss., C-4), Miguel Augusto Botiva Ramos (fl. 32, C-5) y Jesús Antonio Baquero Baquero (fls. 34 y ss., C-4)".

Afirma el recurrente que, no obstante que las declaraciones personales anteriormente mencionadas son "acordes en las cuestiones esenciales" y que "reúnen todas las condiciones que exige la crítica testimonial para la eficacia de esta prueba", el sentenciador con violación de los artículos 175, 228 y 232 del Código de Procedimiento Civil, sin razón, "negó el mérito que a este medio reconocen los preceptos legales" (fl. 23 vuelto, Cdno. Corte).

Por otra parte, el apreciar los testimonios rendidos por Ismael Saavedra, Miguel Angel Alba Rodríguez y Marco Díaz Alarcón, el Tribunal incurrió en error de derecho, pues les atribuyó un valor probatorio, "del que carecen en absoluto", pues "los deponentes no dan la razón de la ciencia de sus dichos, se contradicen y, además se configura una total contraevidencia en sus relatos y el análisis que hace el Tribunal", pues "mientras el sentenciador sitúa la vida de la supuesta sociedad de hecho Hernández-Ruiz y Cía., entre el 6 de junio de 1977 y el 31 de marzo de 1981, ellos hablan de la constitución de la sociedad en 1971 y afirman -nueva contraevidencia-, que los bienes que se relacionan en la demanda fueron adquiridos por la supuesta sociedad de hecho a partir de 1971" cuando en el proceso se encuentra demostrado que los bienes que se dicen adquiridos por la sociedad, lo fueron por Carlos Alberto Hernández "a partir de 1960, y de todas maneras, antes del 8 de junio de 1977, fecha en que, según el Tribunal se constituyó la supuesta sociedad de hecho y se inició el concubinato entre Rosalía y Carlos Alberto" (fl. 24, Cdno. Corte).

De igual manera desconoció el Tribunal el mérito probatorio de los documentos que obran a folios 45 y 203, 149, 192 a 195, 47 y 196, 199 y 202, todos del cuaderno uno; Escritura Pública número 1277 de 1968 de la Notaría de Villavicencio, por medio de la cual adquirió el causante el inmueble a que ellas se refiere antes de la supuesta constitución de la sociedad de hecho; Escritura Pública número 3245 de 7 de diciembre de 1981 y su correspondiente registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Martín (fls. 76 y 78, C-1), así como la demanda inicial de este proceso y la que obró en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio (fls. 20 y 185, C-1) y los documentos que aparecen a folios 146, 338 a 341 y 195, cuaderno uno. De todos ellos, afirma el censor que el Tribunal incurrió en error de derecho por desconocerles su mérito probatorio, con lo cual, "quebrantó indirectamente, las normas a que se refiere este cargo, con indudable trascendencia sobre la parte resolutiva de la sentencia censurada" (fls. 24 y 25, Cdno. Corte).

Así mismo dice el censor- el Tribunal incurrió en yerro de derecho al desconocerle eficacia probatoria "a la inspección judicial que obra a folios 15 y ss. del cd. 4" y "al no tomar en cuenta los numerosos indicios que surgen del proceso y particularmente de las pruebas no apreciadas, no valoradas o apreciadas equivocadamente", entre las cuales sitúa la demanda inicial que, "tan sólo depreca la declaración jurisdiccional de la existencia de la supuesta sociedad comercial "Hernández-Ruiz y Cía.", pero en ningún momento habla de concubinato ni formula súplica alguna al respecto" (fls. 24 vuelto y 25, Cdno. Corte).

Por todo ello -termina el recurrente-, la sentencia acusada, ha de ser casada por la Corte, ya que "el sentenciador *ad quem* de Villavicencio quebrantó las normas legales que establecen y regulan la eficacia y los medios probatorios".

CONSIDERACIONES

1. *Previamente precisa la Corte el alcance de la parte coadyuvante o adhesiva a la parte demandada, y su correspondiente interés tratándose de un proceso declarativo de existencia y disolución de una sociedad de hecho.*

1.1. *Primeramente debe resaltarse que el Código de Procedimiento Civil, al regular la intervención de terceros en el proceso (Libro Primero, sección segunda, Título VI, Capítulo III, artículos 52 y ss., acoge la distinción doctrinaria y jurisprudencial entre intervinientes adhesivos, y terceros que, no obstante serlo, son desde su admisión al proceso intervinientes principales.*

1.1.1. *Aquéllos, por definición legal, son autorizados a actuar en el proceso sin que a ellos "se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia", y su admisión como tales se explica en razón de la existencia de una relación sustancial con una de las partes, "que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida" (art. 52, C.P.C.). Es decir, la controversia judicial objeto del proceso a los intervinientes adhesivos les es ajena, no son titulares de la pretensión del actor, ni tampoco pueden oponerse a su prosperidad alegando contra ella un derecho propio, pues, en tal caso, no serían coadyuvantes sino que actuarían como partes originales (demandante-demandado), o como terceros principales, ya en calidad de litisconsortes necesarios o facultativos, o en virtud de llamamiento ex officio o como poseedores o tenedores, o serían terceros intervinientes* ad excludendum.

1.1.2. *Por lo tanto los intervinientes adhesivos actúan en el proceso como apéndice de una de las partes, a la que acceden por autorización legal para realizar actos procesales que no estén en oposición con los de ésta y que contribuya a los fines perseguidos por esa parte, razón por la cual universalmente la doctrina procesal circunscribe su actuación a la colaboración o auxilio a la parte a que acceden, y, precisamente por ello, también los denomina coadyuvantes.*

1.2. *Luego, acorde con lo dicho, el interés jurídico de la parte coadyuvante se encuentra limitado por el interés específico expuesto en el proceso por la parte principal coadyuvada.*

1.2.1. *Por lo tanto, siendo claro que en este proceso, pretensiones de la actora son, en síntesis, que se declare la existencia de una sociedad de hecho constituida por ella con el causante Carlos Alberto Hernández y que se ordene su liquidación, debe concluirse, en primer término, que la controversia en relación con los bienes que constituyen el activo de la misma y que han de ser objeto del procedimiento liquidatorio, no forma en este momento materia del litigio, cuyo trámite específico se señala por la ley en el Título XXXI (arts. 627 y ss. del C.P.C.).*

1.2.2. *Y en segundo lugar, desprendese como consecuencia ineludible de ello, es que, en este proceso declarativo, los intervinientes Miguel Augusto Botiva y Jesús Antonio Baquero, admitidos como intervinientes adhesivos de la parte demandada por*

auto de 20 de febrero de 1989 (fl. 113, C-1) y no como terceros ad excludendum, *carecen de una pretensión propia en este proceso, en el cual el objeto del mismo fue trazado por las partes originales -demandante y demandado-, en al etapa de la litis-contestatio, sin que pueda variarse por quienes llegaron al proceso luego de constituida la relación jurídico-procesal y simplemente como intervinientes* ad coadyuvandum *de la parte demandada.*

Es decir, la actuación que a ellos les autoriza la ley no puede ser distinta a la de efectuar actos procesales en beneficio de la parte a que voluntariamente se presentaron a auxiliar, "en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio", como lo prescribe el artículo 52 del C.P.C.

2. *Pasa ahora la Corte al estudio del cargo primero por incongruencia, previa consideración de que, por referirse a un vicio de procedimiento que, además, no contraría manifestación alguna de la parte principal demandada, no recurrente en casación, la formulación de dicha censura en casación por la parte coadyuvante resulta ajustada a su correspondiente interés jurídico.*

2.1. *Ahora bien, en el cumplimiento de su función de administrar justicia en materia civil, la competencia del juzgador se encuentra circunscrita, como se sabe, a decidir sobre las pretensiones impetradas por la parte actora en su demanda y en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento Civil señala, de un lado; y, de otro, sobre las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley (art. 305 C.P.C.). Es decir, que necesariamente ha de guardarse estrecha armonía entre lo pedido y lo resuelto, razón ésta por la cual, desde antiguo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación, que "para saber si hay incongruencia, y en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo". (G. J., Tomo LXXVIII, pág. 882).*

2.2. *Siendo así las cosas, el mencionado cargo primero se encuentra destinado al fracaso en las censuras allí alegadas.*

2.2.1. *En efecto, la jurisdicción, en acatamiento a lo dispuesto por los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, en la sentencia dictada en este proceso, no incurrió en* minus petita *como lo aseveran los coadyuvantes adhesivos recurrentes, dado que el fallo decidió sobre el objeto del proceso, pues, como puede observarse la sentencia del Tribunal (fls. 26 y ss., C-7), confirmatoria de la del juzgado en cuanto declaró la existencia de la sociedad de hecho entre Rosalía Ruiz y Carlos Alberto Hernández, con la aclaración de que tal sociedad fue civil y no comercial, y, en cuanto ordenó su liquidación, abarca el campo de la controversia judicial planteada entre las partes. Así, forzoso es concluir en consecuencia, que los "coadyuvantes adhesivos", jamás en su condición de tales tuvieron en este proceso una pretensión y que su petición de exclusión del inmueble El Retorno, no podía ni debía ser objeto de pronunciamiento judicial en este proceso, limitada como está en el mismo su actuación a la condición de coadyuvantes de la parte demandada, por solicitud propia y así admitidos por el juzgado en auto visible a folio 113 del cuaderno uno, sin que pueda por ello afirmarse*

que quedan desprovistos de acción para reclamar la exclusión de ese bien del activo de la sociedad, si así lo estiman pertinente, pues, son otras las vías procesales que en tal caso están a su disposición conforme a la ley.

2.2.2. En cuanto al segundo motivo de incongruencia que alega el recurrente por cuanto en su opinión se declaró la existencia de un concubinato entre la actora y el causante por haberse afirmado así en la parte motiva, ha de reiterarse ahora por la Corte, que "fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo", son ajenos a esta causal de casación. (G. J. Tomo LII, pág. 21).

2.2.3. Por lo dicho, este primer cargo no prospera.

3. En cuanto atañe a los cargos segundo y tercero la Corte limita su estudio al interés jurídico de la parte coadyuvante, hoy recurrente, únicamente en lo que concierne al interés de la parte demandada principal, esto es, al relativo a la declaración de existencia y disolución de sociedad de hecho y su orden de liquidación; ya que lo referente al contenido patrimonial de esta última, en cuanto a la determinación de bienes y pasivos sociales, y, con mayor razón, lo relativo a la exclusión de un bien, la finca "El Retorno", no sólo resulta extraño a la esencia de la litis trabada entre las partes principales, sino que también carece de interés para ser alegado por la citada parte recurrente.

3.1. Hecha la anterior precisión, advierte la Sala que, conforme a lo dispuesto en materia de sociedades por el Código de Comercio vigente en el país desde el 1º de enero de 1972 (D. 410 de 1971), son sociedades de hecho aquellas que se constituyen al margen del derecho positivo, o que no pueden existir bajo el régimen jurídico de las sociedades regulares conforme a lo establecido en ese cuerpo legal (Título IX del Libro Segundo, C. de Co.).

3.1.1. Tanto en la legislación anterior como en la actualmente en vigor, a la sociedad de hecho puede llegarse, como es ampliamente conocido, de dos maneras: la primera, porque aunque los socios quisieron acogerse en la constitución de la sociedad a las formalidades exigidas por la ley, éstas no se cumplieron por cualquier motivo, lo que ha dado en doctrina en denominarse sociedades de hecho por degeneración: y, la segunda, ocurre cuando los socios, no quisieron o no intentaron siquiera el lleno de los requisitos formales para dar nacimiento a la sociedad en cuestión, sino que ella surgió del consentimiento implícito para asociarse de la propia dinámica de las actividades económicas desarrolladas por los socios, caso en el cual, al decir de la jurisprudencia de esta Corporación, esa sociedad de facto nace por los hechos mismos, "se desprende de una serie coordinada de operaciones que en común realizan varias personas para el logro de finalidades económicas" (G. J., Tomo XCIX, números 2256 a 2259, pág. 70), de donde se infieren los hechos asociantes, es decir, la *affectio societatis*, factor intencional respecto del cual la Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que cuando "no aparece directamente de la voluntad concreta expresada por las partes en acta de fundación", ha de emerger de "hechos asociantes" que "revelen con claridad y de modo concluyente en dos o más personas el ánimo de asociarse para la persecución de fines económicos a que

van anexas contingencias de utilidades o pérdidas, divisibles precisamente entre todos y cada uno de quienes emprenden determinada actividad de lucro en plano igual de ayuda mutua, lo que conduce a la conclusión de que, en ese evento, la sociedad que surge de los hechos "debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las solemnidades que fueron prescritas especialmente por la ley" (G. J., Tomo LXXVIII, número 2145, pág. 254).

3.1.2. En ese orden de ideas, la jurisprudencia de esta Corporación, en doctrina unánime ha venido proclamando, desde la sentencia proferida el 30 de noviembre de 1935 (G. J. XLII, números 1901 y 1902, pág. 479), que para declarar judicialmente la existencia de una sociedad formadas por los hechos, es preciso que se encuentre demostrado no sólo la existencia de un capital social aportado por los socios, en función precisamente de la actividad económica de la sociedad, sino también, "el animus contrahendae societatis, evidenciando por lo menos que hay mérito para establecer ese designio específico, por razonable inferencia, dadas la actividad en común desarrollada por los socios en posición igualitaria, la finalidad de ganancia que por esta vía pretenden alcanzar y la participación de todos en los resultados de la empresa", cual lo recordó, recientemente, esta Corporación, en sentencia número 183 de 23 de mayo de 1989 que corre publicada en la G. J., Tomo CXCVI, pág. 119 a 142).

3.1.3. Sentado lo anterior, necesariamente ha de aceptarse que, en últimas la declaración de existencia de una sociedad de hecho depende de la apreciación que de las pruebas aducidas a propósito se haga por el juzgador, la cual, una vez agotado el debate ordinario con la segunda instancia, llega a la Corte "amparada por una elemental consideración de legalidad, que no se infirma sino con la demostración inequívoca" de un error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, que ponga de relieve la violación consecuencial de normas de derecho positivo de carácter sustancial.

3.2. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, encuentra la Corte que los cargos que aquí se analizan están destinados al fracaso, por cuanto:

3.2.1. Es claro que en el expediente existen dos grupos de testigos: de un lado, Ismael Saavedra (fls. 4 y 18, C-4 y 13, C-1), Miguel Angel Alba (fl. 8, C-4 y folio 20, C-5) y Marco Díaz Alarcón (fls. 11, 25 y ss. del C-4), citados a rendir declaración testifical a petición de la parte actora; y, de otro lado, Jesús Antonio Carrillo y Manuel Antonio Gómez (fls. 1 a 3, C-5), María Olinda Benavides, Armando Rodríguez y Abraham García (fls. 247 a 252, C-1), testimonios todos, que fueron objeto de análisis por parte del Tribunal como aparece a folios 32 y 33 del cuaderno siete, al proferir la sentencia impugnada.

Ciertamente, en ese análisis probatorio, el Tribunal optó por dar por demostrada la existencia de la sociedad de hecho a que se refiere la demanda con apoyo en el primer grupo de testigos y expresó que no acoge para negar las pretensiones lo narrado por los demás declarantes. Pero ello no es, por sí mismo, indicativo de error de hecho ni de derecho en la apreciación probatoria, porque tal actividad de juicio es propia de la función jurisdiccional que la sociedad confía al juzgador, labor en la cual goza éste de "discreta autonomía" conforme a la doctrina uniformemente aceptada, por una parte; y, por otra, esa actividad de valoración probatoria, en el caso concreto, no fue inmotivada o caprichosa, como quiera que el sentenciador indicó claramente la razón de la misma,

pues expresó que conforme a lo declarado por los tres primeros testigos mencionados, se acreditó que Rosalía Ruiz y Carlos Alberto Hernández, desde junio de 1977, "llegaron a la finca El Retorno", y luego "se pusieron a trabajar en ella, cumpliendo la demandante no sólo los oficios propiamente caseros sino también otros, como era trabajar con los animales, cocinarle a los trabajadores, ordeñar, construir cercas, desyerbar, cuidar los marranos, trabajos éstos que denotan por el contrario, una actividad propia de explotar económicamente la finca, en un plano de igualdad con Hernández, a fin de incrementar el patrimonio y obtener ganancias", lo que pone de manifiesto que la demandante "hizo un aporte de industria o trabajo personal, que unido a lo comentado anteriormente, denota la *affectio societatis* y por ende la constitución de la sociedad de hecho invocada" (fls. 32 y 33, C-7). Y, al propio tiempo, el Tribunal, en relación con los demás testigos, expresa que la conclusión anterior no pugna con lo declarado por ellos, pues, por lo que hace a Jesús Antonio Carrillo (fls. 1 a 3, C-5) y Manuel Antonio Gómez (fl. 3, C-5), manifestaron ser residentes en Villavicencio, no conocer la finca El Retorno y, por consiguiente, "es lógico que no podían darse cuenta de lo que pasaba allí" (fl. 33, C-7), al paso que "María Olinda Benavides (fl. 247), Armando Rodríguez (fl. 249) y Abraham García (fl. 251)", tan "sólo se limitan a testificar sobre la explotación cumplida en la finca por los coadyuvantes adhesivos Miguel Augusto Botiva y Jesús Antonio Baquero después de que la compraron éstos en diciembre de 1981, por lo que sus dichos no tocan con el tema controvertido".

3.2.2. Si entonces, como se ve, las declaraciones testificales en que se apoya la decisión judicial impugnada no resultan absolutamente contrarias a la lógica, si no chocan de plano con la realidad del proceso, es obvio que el supuesto error de hecho que se les atribuye por los recurrentes en casación, no tiene la categoría de evidente, no aparece de bulto, ni al primer golpe de vista, como para destruir la sentencia que se ataca con este recurso extraordinario, pues, para que tal yerro tenga esa categoría "no es suficiente la presentación de conclusiones empíricas distintas de aquellas a las que llegó el Tribunal, pues la mera divergencia conceptual no demuestra por sí sola error de hecho, y que, como es sabido, para la prosperidad del ataque por esta vía "no es pertinente la crítica general del manejo que se haya hecho de la prueba, pues en casación no ocurre revisar el desarrollo lógico de la argumentación jurisdiccional, si no examinar la inteligencia que allí se haya dado a las normas y, en su caso, la dicha contradicción palmaria entre el juicio y la realidad vertida en el proceso...Por manera que, la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de una labor de sopesar distintas probabilidades 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 a quien la ley requiere para que analice con objetividad los hechos traídos al plenario y dé cuenta de la manera como formó su concepto (G. J., Tomo CXXIV, pág. 95).

3.3. Obsérvase además por la Corte, que la propia índole de este proceso, que es de naturaleza declarativa y que no tiene en consecuencia como objeto la liquidación del patrimonio social, torna en absolutamente inane la discusión sobre la propiedad y época de adquisición de los bienes que constituyen el activo de la sociedad, asunto éste que habrá de discutirse posteriormente, cuando se acometa la tarea de liquidarla y que, en

esta controversia judicial resulta ajeno. Adviértase sí, que entonces, como es lógico en casos como éste, ese activo de la sociedad sólo estará integrado por los bienes de los cuales se demuestre su carácter de sociales, ora porque hubieren sido aportados por uno o varios de los socios, ya porque fueron adquiridos en desarrollo de la actividad económica de la sociedad y para los fines propios de ésta, pues, si ello no se demuestra a plenitud tales bienes, como es elemental, no serán parte del activo de la compañía sino del patrimonio particular de la persona natural que, además constituyó una sociedad de hecho, como bien pudo ocurrir con algunos de los bienes cuya inclusión en la sociedad pretende la actora, según las aseveraciones del recurrente, asunto éste que, se repite, no será objeto de análisis ahora por la Corte porque dilucidarlo corresponde al proceso liquidatorio de la sociedad cuya existencia se declaró por el juzgador de instancia, en el cual lo que corresponda a cada socio se definirá en proporción a sus aportes, previo avalúo de los mismos.

3.4. En lo que respecta a los errores de derecho en la apreciación de los documentos citados por el impugnador y de las declaraciones testimoniales a que se alude en el cargo tercero (fls. 23 a 25, Cdno. Corte), agréguese que el recurrente incumplió la carga procesal de demostrar en forma fehaciente en qué consistió el yerro que endilga a la sentencia que combate, pues al punto no es suficiente con aseverar que "se desconoció el valor probatorio que la ley atribuye a la prueba documental", o la indiciaria (fl. 24 vuelto, Cdno. Corte), ni tampoco basta con afirmar que se "negó el mérito" que a los testimonios "reconocen los preceptos legales" (fl. 23 vuelto, Cdno. Corte), sino que es indispensable expresar razonadamente el fundamento de tales conclusiones, como lo exige el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

4. Por lo dicho, no prosperan ninguno de los cargos de la demanda.

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 Villavicencio, el 19 de junio de 1992, en el proceso ordinario iniciado por Rosalía Ruiz contra Rosa Helena Hernández Martínez, Jorge, Gladys Esther, Myriam y Blanca Hernández, como herederos de Carlos Alberto Hernández y contra los herederos indeterminados de éste, proceso en el cual fueron admitidos como "coadyuvantes adhesivos" de la parte demandada los señores Miguel Augusto Botiva y Jesús Antonio Baquero Baquero.

Condénase en costas a los recurrentes. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Partición Sucesoral / Partición Adicional / Proceso Ordinario

Si en contra de los inventarios destinados a abrirle paso a la partición adicional prosperó una objeción, la cuestión relativa a si lo que era materia de ellos debía ser incorporados como bien propio del causante o de la sociedad conyugal, o, incluso permanecen definitivamente excluido, tenía que ser decidida en proceso separado. Ello es así porque la decisión que acogió aquella es, un auto al que la ley, como si lo hace de manera excepcional en otros eventos, no ha dotado del carácter de definitividad. Por lo tanto, si bien las partes ya no podían insistir en el punto dentro del proceso de sucesión, nada les impedía, en cambio, acudir a las formas propias de un proceso ordinario para, esta vez sí de manera definitiva y contando con la amplitud de éste, zanjar la disputa.

Violación Norma Sustancial

La violación de las normas de derecho sustancial denunciadas en el cargo segundo: No la del artículo 332 del C. de P. C. -única de este estatuto que, dentro del elenco de las citadas por el recurrente tiene tal calidad-.

Error de Hecho / Violación Norma Sustancial - Vía Directa e Indirecta / Técnica de Casación

El error evidente de hecho, por su propia esencia, está referido a la apreciación objetiva de los medios probatorios; por lo tanto, resulta completamente inadecuado decir que en él se incurre cuando se transgreden normas procesales. / Aun cuando no sea estrictamente necesario decir que se opta por la vía directa o por la indirecta al acusarse la sentencia con base en la causal primera del artículo 368, tal aspecto sí debe ser diáfano en el desenvolvimiento de la censura, pues si en la vía directa se parte de la coincidencia con el sentenciador de instancia en el entendimiento que éste tuvo de los hechos, la desviación al respecto resulta antitécnica; máxime cuando se pudo acudir a la vía indirecta y enjuiciar el fallo por desaciertos probatorios.

Violación Norma Sustancial / Vía Directa e Indirecta

La violación directa de la ley sustancial implica por contraposición a lo que constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador

no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente no exista reparo que para oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia de la prueba.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín naranjo.*

Santafé de Bogotá, Distrito Capital, veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3654

Despacha la Corte el recurso de *casación* que interpusiera Gloria María Sierra Montoya y Carlos Andrés y Gabriel Jaime Sierra Montoya, representados estos dos últimos por su madre María Eugenia Montoya Echeverri, en contra de la sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que data del diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y un (1991), proferida dentro del proceso seguido por Lucy Gómez de Sierra, Juan Guillermo y Fernando León Sierra Gómez, en frente de Patricia Elvira Sierra de Parra y de los aquí recurrentes.

ANTECEDENTES

1. En demanda presentada al Juzgado Decimotercero Civil del Circuito de Medellín, despacho al que por reparto correspondió conocer del asunto, los citados demandantes pidieron que en frente de los demandados también mencionados y previos los trámites de un proceso ordinario, fuera sentenciado lo que a continuación se transcribe:

"Primero. Que la suma de doscientos veintiséis mil ochocientos setenta y dos con 06/100 dólares americanos (US$226.872.06) con sus rendimientos adicionales hasta la fecha en que haya de ser efectuada la distribución efectiva, que fue pagada por el Cheshire Hospital de New Hampshire o Cheshire Healt Foundation, Keen Clinic Inc. y otros a órdenes del Tribunal del Distrito de New Hampshire de los Estados Unidos de Norteamérica..., depositada en el Dartmouth National Bank de Lebanon, New Hampshire, por concepto de indemnización por daño (muerte) originado en negligencia de los demandados como causa que ocasionó el deceso del doctor Guillermo Sierra Callejas, es bien afecto a la sociedad conyugal formada por éste con la suscrita Lucy Gómez Sierra.

"Segundo. Que habiendo sido disuelta la sociedad conyugal referida por la muerte del mencionado cónyuge y llevada a cabo su liquidación en todos los demás bienes y deudas a ella afectos, en liquidación adicional corresponde a la cónyuge demandante, por concepto de su cuota de gananciales, el cincuenta por ciento (50%) de la suma de que trata la petición anterior o de la que resultare hechas las deducciones precedentes en la referida liquidación.

"Tercero. Que separada en la forma anterior la cuota de gananciales de la cónyuge supérstite, la otra cuota del cincuenta por ciento (50%) o la de que ella resultare hechas las deducciones procedentes en la liquidación de la sociedad conyugal, correspondiente a los causahabientes hereditarios del doctor Guillermo Sierra Callejas en la forma reconocida en el proceso de sucesión de éste, de forma que ha de ser adjudicada a cada uno de los suscritos Juan Guillermo y Fernando León Sierra Gómez, una participación de dos novenas (2/9) partes en el acervo sucesoral motivo de adición.

"Cuarto. Que, en consecuencia, se oficiará al Tribunal de Testamentarias del Estado de New Hampshire..., por vía del Ministerio de Relaciones Exteriores y del señor Cónsul de Colombia correspondiente, lo así dispuesto en relación con el mandamiento de dicho Tribunal fechado el 28 de octubre de 1986, para que éste autorice y ordene la distribución y entrega del mencionado fondo en la forma demandada...

"Quinto...".

2. Los hechos que le sirven de soporte a las anteriores pretensiones son lo que a continuación se resumen.

Guillermo Sierra Callejas se casó el 30 de septiembre de 1950 con Lucy Gómez y de esa unión nacieron Juan Guillermo, Fernando León y Patricia Elvira Sierra Gómez, todos mayores. Sierra Callejas reconoció como hijos naturales suyos, habidos en unión con María Eugenia Montoya Echeverri, a Gloria María, Carlos Andrés y Gabriel Jaime Sierra M. En la sociedad conyugal Sierra Gómez no mediaron capitulaciones matrimoniales y ella se disolvió por la muerte de Guillermo Sierra, hecho éste sucedido el 13 de octubre de 1980 en el Cheshire Hospital de Keene, New Hampshire, E. U. de A., cuando se hallaba internado para tratamiento clínico. El día 12 de octubre de 1980 Sierra Callejas y el mencionado centro hospitalario habían celebrado contrato de servicios médicos y hospitalarios, contrato que fue incumplido al haberse dado negligencia grave por parte de la entidad contratista y de sus dependientes. Los causahabientes de Sierra instauraron demanda ante el Tribunal de Testamentarias del Condado de Sheshire, New Hampshire, con miras a obtener la indemnización por el daño consistente en la muerte de Sierra Callejas. Tramitado el juicio, el Tribunal, en "mandamiento" datado el 28 de octubre de 1986, condenó a la entidad hospitalaria al pago de US$226.872.06, y textualmente determinó:

"'Habida cuenta de que el domicilio del finado estaba en Colombia, América del Sur, las leyes de ese país regulan la manera en que el saldo de la herencia, US$226.872.06, habrá de distribuirse'".

Y ordenó depositar esa suma en el Dartmouth National Bank, en Lebanon, New Hampshire, "'hasta que se reciban mandamientos e instrucciones del tribunal colombiano pertinente acerca de la manera en que se deba disponer de ellos. Bajo ninguna circunstancia deberán retirarse fondos de la cuenta...sin nuevo mandamiento de este tribunal'".

Ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá se adelantó el proceso de sucesión de Sierra Callejas y dentro de él se reconoció a la cónyuge supérstite y a los hijos legítimos y extramatrimoniales. Como quiera que el juicio de indemnización concluyó después de tramitado el proceso de sucesión y liquidación de la sociedad

conyugal, el apoderado de los aquí demandantes, propuso incidente de inventarios adicional, más la representante de los hijos naturales se opuso argumentando que la indemnización le pertenece a ella y a sus hijos. El Tribunal *ad quem* acogió las objeciones en el sentido de que queda por definir, por la vía procedente, si el depósito en cuestión constituye acervo de la sociedad conyugal y, por ende, de la sucesión.

Es evidente que durante la existencia de la sociedad conyugal, Guillermo Sierra "adquirió el derecho a la prestación del contrato de servicios médicos y hospitalarios mencionado del que fue contraprestación la remuneración por él pactada y pagada durante la misma sociedad conyugal. Y con él, el derecho a la indemnización por culpa contractual, esto es, al resarcimiento de los perjuicio causados por el incumplimiento, con sujeción a los artículos 1801 inc. 1 y 1795 del C. C., como quiera que por virtud del contrato surgió para el cónyuge un crédito por los servicios contratados, o, en su defecto, por la compensación indemnizatoria del incumplimiento. Por lo que ésta, al haberse originado en dicho contrato, ésta afecta a la sociedad conyugal". Disuelta ésta, a la cónyuge supérstite le corresponde el 50% de dicho bien, y el 50% restante a los hijos, en proporción de 2/9 para los legítimos y de 1/9 para los extramatrimoniales.

3. La demandada Patricia Sierra de Parra recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda anterior, más guardó silencio durante el traslado correspondiente.

Los restantes demandados fueron emplazados, designándoseles luego un curador para la litis, quien fue notificado y descorrió el traslado. Luego, aquéllos, por medio de apoderado constituido por su representante legal, pretendieron replicar la demanda, lo que no fue admitido por el *a quo* dada la extemporaneidad de la intervención.

4. Diligenciada la primera instancia, el *a quo* profirió la sentencia cuya parte resolutiva es como sigue:

"1. Declárase que la suma de doscientos veintiséis mil ochocientos setenta y dos con 06 dólares americanos (US$226.872.06)..., es bien afecto a la sociedad conyugal formada por Dr. Guillermo Callejas (sic) con la señora Lucy Gómez de Sierra.

"2. Declárase en consecuencia que corresponde a la cónyuge demandante -por concepto de gananciales- el cincuenta por ciento (50%) de la referida suma.

"3. Se dispone también que el restante cincuenta (50%) por ciento, corresponde a los hijos legítimos y naturales del causante acorde con las normas sucesorales vigentes para el día del fallecimiento, esto es, el 13 de octubre de 1980.

"4. Ofíciese al Tribunal de Testamentarías del Estado de New Hampshire..., para que proceda de conformidad a los dispuesto en este fallo.

"...".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal, al desatar la apelación interpuesta por los hijos extramatrimoniales demandados, confirmó el numeral 1° de la resolución transcrita, la cual, además, revocó en sus numerales 2, 3 y 4, inhibiéndose en su lugar para decidir sobre dichos puntos.

2. Para arribar a semejante conclusión, el *ad quem* expuso las consideraciones que se extractan del siguiente modo.

Empieza por advertir que el recurrente, al sustentar el recurso de apelación, "expuso como argumentos de su conformidad, solamente los referidos a la competencia territorial para concluir que el señor Juez Trece Civil del Circuito de Medellín, no era el competente por este factor para dirimir la controversia", puesto que éste no tuvo en cuenta lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 23 del C. de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 620 *ib.*

Analizando la cuestión a la luz de lo prescrito por el numeral 14 del artículo 23, dice que esta especie de fuero de atracción opera solamente "mientras el proceso de sucesión no haya terminado con sentencia. Si el proceso ya terminó, la aplicación de este numeral no tiene cabida alguna; en este evento, cobra plena aplicabilidad la regla general, consistente en que los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado...", por lo cual, en este caso, donde el proceso de sucesión culminó con sentencia del 14 de mayo de 1986, ese fuero de atracción no tiene ningún fundamento legal por cuanto el proceso ordinario se inició en el mes de septiembre de 1988.

3. Por otro lado, después de recordar la regla 2 del artículo 620 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta que "si bien el Juzgado Trece Civil del Circuito de Medellín, tenía competencia conforme a lo analizado en párrafos anteriores para resolver si la suma de US$226.872.06 con sus rendimientos..., por concepto de indemnización por daño (muerte), originado en negligencia de los demandados como causa que ocasionó el deceso del doctor Guillermo Sierra C., era o no bien afecto a la sociedad conyugal formada por éste con la señora Lucy Gómez de Sierra, es lo cierto que no tenía competencia que, en su sentir, radica en el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, despacho ante el que se tramitó la sucesión, y ante el que se deben seguir los trámites de la partición adicional. Por este motivo, anuncia, se deben revocar las determinaciones contenidas en los numerales 2, 3 y 4 de la sentencia apelada.

4. Ocupándose luego del argumento conforme al cual el Tribunal Superior de Bogotá ya había decidido con efectos de cosa juzgada material, que la indemnización no le correspondía a la sociedad conyugal, transcribe lo que éste dijo en auto del 28 de junio de 1988, así:

"'Por tanto, teniendo la objeción del inventario como finalidad, entre otras, que se excluyan partidas que fueron indebidamente incluidas, debe concluirse que la partida a la cual se refiere el inventario adicional, está indebidamente incluida pues no se refiere al patrimonio del causante. No se trata de establecer a quien pertenece dicha partida, sino de establecer si debe o no formar parte del haber conyugal frente al hecho de no existir al tiempo de la dilación (sic) de la herencia la consiguiente disolución de la sociedad conyugal'".

Entendió entonces el *ad quem* que el proveído anterior "sólo permite ser interpretado en el sentido de que por no haber existido la suma que se reclama para la fecha de la muerte del causante, no podía tomarse como de la sociedad conyugal, sin que con esta decisión se estuviera estableciendo a quién pertenece la indemnización aludida", por lo cual se dejó vía libre para que por los cauces pertinentes se dilucidara

a quién o quiénes corresponde la indemnización. Esto, a su vez, entraña que no es posible afirmar que la cuestión ya hubiera sido decidida con fuerza de cosa juzgada.

5. Finalmente advierte que "limitada la apelación a los dos anteriores puntos que se acaban de dilucidar en los términos consignados, y con ello limitada la facultad del Tribunal para pronunciarse sobre puntos que no fueron impugnados (art. 357 del Código de Procedimiento Civil), las sentencia que se revisa no será tocada en cuanto a los fundamentos sustanciales esgrimidos por el fallador de primera instancia para llegar a la decisión que se habrá de confirmar parcialmente, conforme a lo hasta aquí argumentado".

LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos se enfilan en ella en contra de la sentencia anterior: los dos primeros con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y el tercero con fundamento en la causal quinta del mismo precepto. La Sala despachará conjuntamente los cargos tercero y segundo, no obstante que aquél se formula con base en la causal quinta del artículo 368 y éste con fundamento en la causal primera del mismo precepto, por cuanto en frente de ambos son pertinentes iguales consideraciones. En último lugar, estudiará el cargo primero.

Cargo tercero

1. Acúsase en él la sentencia "por carencia total y usurpación de competencia que determinan los artículos 140, numerales 2 y 3, 23, numeral 15" del Código de Procedimiento Civil.

2. Al sustentarlo, dice el recurrente que la competencia radicaba en el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, que adelantó la sucesión, siendo allí donde se presentó la solicitud de inventarios adicionales.

Que de conformidad con el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, el fallador de Medellín carecía de competencia, aserto que explica recordando que si ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá fue donde se adelantó la sucesión, así se decidía también lo relativo a los inventarios adicionales, como en efecto fue hecho al disponerse la incorporación del nuevo activo como parte de la sociedad conyugal. Pero que el Tribunal revocó tal determinación en fallo del 4 de mayo de 1988, con lo cual se agotó la competencia que implicaba la decisión respectiva, sin que se pudiera provocar el conocimiento de otro despacho judicial para obtener una definición sobre la ya tomada anteriormente.

3. Luego expresa que los juzgados y el Tribunal de Medellín no entendieron el sentido que el Tribunal de Bogotá quiso con su fallo darle al solucionar el conflicto: Este Tribunal tenía ante sí la posición de la señora Lucy Gómez de Sierra y de sus dos hijos quienes insistían en que la partida adicional debía distribuirse por partes iguales entre gananciales y herencia, y la de los hijos extramatrimoniales para quienes "siendo bien propio el activo que surgió como producto de la indemnización por muerte del causante, ya que al ser su propia vida la garantizada, para él como víctima, sólo el mismo podía reclamarla, pero ante su imposibilidad, se trasmite este derecho directamente a las personas que evidentemente sufrieron el perjuicio directo, que son los que con él

convivían durante sus últimos años, a saber, sus hijos extramatrimoniales y la señora María Eugenia Montoya Echeverri".

Que el Tribunal de Bogotá, al declarar probada la objeción propuesta, le dio la razón a la parte opositora, quedando de ese modo completamente agotada la competencia para solucionar el conflicto de intereses, por el evento de la cosa juzgada consagrado en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil y el de la ejecutoria de la sentencia del artículo 331 *ib.*

4. Por último, observa que al revivirse un proceso legalmente concluido, "se está asumiendo competencia que ha quedado agotada con el pronunciamiento anterior", por lo que esta resulta usurpada.

Cargo segundo

1. En este cargo se acusa la sentencia del Tribunal de Medellín "por evidente error de hecho consistente en la aplicación indebida de los artículos 140 numeral 3 y 331 del Código de Procedimiento Civil, y errónea interpretación del artículo 332 *ib.*, por lo cual también se violaron los artículos 6, inciso (sic); 17; 1524 del Código Civil y el 2 de la Ley 50 de 1936 que modificó el artículo 1741 del mismo código".

2. Tras una advertencia preliminar atinente al concepto jurisprudencial de lo que debe entenderse por norma de derecho sustancial, el recurrente rememora lo dicho por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, y lo que luego expuso el Tribunal correspondiente "en oscura sentencia de marzo 1ª de 1988", afirma que esta demanda se presentó "asumiendo que el Tribunal...no definió si la indemnización por causa de muerte del doctor Guillermo Sierra Callejas pertenece o no a la sociedad conyugal...", y, sobre tales bases, reproduce algunos pasos de las decisiones aquí tomadas en primera y en segunda instancia.

3. Afirma que "la sentencia" del Tribunal de Bogotá "fue fulminante al decidir que se revocaba la providencia de primer grado y declarar probada la objeción interpuesta", por lo cual al presentarse una nueva demanda por los mismos hechos, partes y objetos de la falluda, con la sentencia de segunda instancia, el Tribunal Superior de Medellín violó indirectamente por aplicación indebida los artículos 140, numeral 3 y 331 del Código de Procedimiento Civil que deben tomarse como normas sustanciales...lo mismo que la contenida 332 *ib.* (sic)...".

4. Intenta una interpretación de la decisión del Tribunal de Bogotá, de acuerdo con la cual la indemnización ordenada a pagar por el Tribunal extranjero sería bien propio de la víctima, por lo que el valor respectivo "debe llegar directamente a las personas evidentemente afectadas, o sea, las que con él convivían: la señora María Eugenia Montoya Echeverri y sus hijos y no engrosa el activo de la sociedad conyugal, además de las razones expuestas, por "el hecho de estar liquidada la sociedad de bienes que existía entre el finado y la señora Lucy Gómez de Sierra".

De allí infiere la violación de la ley que denuncia, y agrega:

"Este cargo se estructura por infracción indirecta de la ley, que es la que surge no ya del raciocinio del fallador en cuanto hace a la contemplación objetiva de la norma, sino en cuanto al raciocinio que, dentro del análisis del factor probatorio, lo ha llevado

a un yerro de los que se denominan dentro de la jurisprudencia *in procedendo*, puesto que es en el análisis de la aplicación de las formas procesales con respecto a los hechos dados a su consideración que llega a una falsa conclusión jurídica, razón de peso para que la violación se catalogue como error de hecho".

Sostiene que con la decisión del Tribunal de Medellín se revivió un proceso que ya tuvo definición, por lo que es nula toda la actuación, y, además, que habiendo quedado ejecutoriada la providencia del Tribunal de Bogotá, lo decidido en ella es inmodificable.

Vuelve sobre la violación de las normas que tiene como transgredidas, y, en detalle, pretende explicar la identidad de objeto, de causa y de partes entre los dos procesos.

Se considera

1. Sin preterir que desde cuando intervinieron en el proceso, los demandados han venido insistiendo en la falta de competencia del Tribunal de Medellín y del juez *a quo* para conocer del presente asunto puesto que, han argumentado, la misma reside en el juez que adelantó el proceso de sucesión, resis que, por una parte han apoyado en el numeral 3 del artículo 620 del Código de Procedimiento Civil, y por la otra, en el numeral 15 del artículo 23 *ib.*, lo que los legitimaría para plantear la nulidad en casación, la Sala, básicamente, debe tomar en cuenta los siguientes aspectos cuya prueba en este proceso resultan de una claridad meridiana:

a) Que con sujeción en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 620 del Código de Procedimiento Civil, los actuales demandantes intentaron la partición adicional ante el juez consciente de la sucesión, que lo había sido el Decimotercero Civil del Circuito de Santaté de Bogotá, y que con ese propósito presentaron unos inventarios adicionales orientados a incorporar como acervo partible el monto de la indemnización depositada en el Banco Norteamericano;

b) Que para el momento en que se elevó la respectiva solicitud, el proceso de sucesión ya había finalizado;

c) Que contra esos inventarios los demandados de este proceso formularon objeciones, acogidas por el Tribunal en providencia datada el 4 de mayo de 1988;

d) Que tal providencia, como claramente se lee en la misma -y como no podía ser de otra manera de conformidad con la ley (art. 620-5) en concordancia con el 601, ambos del Código de Procedimiento Civil)-, es un auto y no una sentencia, como aquí se ha sostenido en afirmación desprovista de todo fundamento.

2. Habida cuenta de lo anterior, la Sala, como es de toda obviedad, no puede menos de considerar, por un lado, que si este proceso se mira a la luz de la previsión del numeral 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, no resulta posible afirmar que la competencia para adelantarlo residiera en el despacho que había conocido de la sucesión, puesto que cuando el asunto se promovió ya el trámite respectivo había finalizado con lo que también desapareció el fuero de atracción previsto en el citado precepto.

Desde este punto de vista, entonces, se tenían que seguir las reglas generales de competencia, como en efecto se hizo.

Y, por otro lado, que si en contra de los inventarios destinados a abrirle paso a la partición adicional prosperó una objeción, la cuestión relativa a si lo que era materia de ellos debía ser incorporado como bien propio del causante o de la sociedad conyugal, o, incluso permanecer definitivamente excluido, tenía que ser decidida en proceso separado. Ello es así porque la decisión que acogió aquélla es, como ya se dijo, un auto al que la ley, como si lo hace de manera excepcional en otros eventos, no ha dotado del carácter de definitividad. Por lo tanto, si bien las parte ya no podían insistir en el punto dentro del proceso de sucesión, nada les impedía, en cambio, acudir a las formas propias de un proceso ordinario para, esta vez sí de manera definitiva y contando con la amplitud propia de éste, zanjar la disputa.

Cuando el artículo 1388 del Código Civil prescribe que las cuestiones atinentes a la propiedad de objetos respecto de los cuales alguien alegue un derecho exclusivo, que, por lo mismo, no deben entrar en la masa partible, deben ser decididas por la justicia ordinaria -o sea, por fuera del juicio de sucesión- establece una regla que debe ser mirada como comprensiva de hipótesis tales como las del presente caso, es decir, el supuesto en que se discuta si el bien forma parte del haber de la sociedad conyugal, o si es de propiedad exclusiva del causante, desde luego que una decisión de tanta trascendencia como es la de saber si el bien es ganancial o no y, por ende, si el cónyuge supérstite tiene derechos o no a participar en su distribución, no puede quedar calificada definitivamente con una providencia de carácter interlocutorio, máxime cuando el ordenamiento prevé mecanismos (arts. 1406 C. C., y 605 y 620 Código de Procedimiento Civil) para que, una vez dilucidado el punto, se proceda a un nueva partición si ese es el caso.

Así, pues, si los demandantes, desde que solicitaron la partición adicional, han ajustado su conducta a los dictados de la ley, no existe la nulidad que por falta de competencia se plantea en el cargo tercero.

3. Como a las partes les quedaba abierta la posibilidad de discutir el asunto en proceso separado, y como la providencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá no está dotada de la fuerza de cosa juzgada material, mal se puede decir que aquí se esté reviviendo un proceso legalmente concluido o que se esté desconociendo la cosa juzgada, como se sostiene en el cargo segundo. En cuanto a lo primero, el proceso de sucesión es completamente diferente del actual y, por lo mismo, son distintos los objetivos que en uno y otro se persiguen: Mientras que aquí se trata de determinar, en últimas, a quién corresponde el monto de la indemnización, en el de sucesión se habrá de concretar la respectiva distribución, precisamente con apoyo en lo que en este proceso se decida. Y como la providencia proferida dentro de la actuación incoada para la partición adicional, no es una sentencia, ni la ley la reviste de las características propias de la cosa juzgada, el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil no ha sido violado por los juzgadores de instancia. Sostener sistemáticamente, contra toda evidencia -proveniente tanto de las pruebas como de la ley-, que lo decidido por el Tribunal de Santafé de Bogotá el 4 de mayo de 1988 es una sentencia, es hacer gala de una obstinación rayana en la temeridad.

De modo que no existe la violación de las normas de derecho sustancial denunciadas en el cargo segundo: No la del artículo 332 del Código de Procedimiento

Civil -única de este estatuto que, dentro del elenco de las citadas por el recurrente tiene tal calidad-, por lo acabado de anotar. Y tampoco la de los preceptos que, denunciados en el cargo, aluden a la nulidad de índole sustancial, porque es palmar que ésta acá no tiene ninguna incidencia.

4. Por lo menos, lo precedentemente expuesto no significa que la Sala haya ignorado los desaciertos de técnica en que incurre el casacionista cuando plantea el cargo segundo. En efecto el error evidente de hecho, por su propia esencia, está referido a la apreciación objetiva de los medios probatorios; por lo tanto, resulta completamente inadecuado decir que en él se incurre cuando se transgreden normas procesales.

Aun cuando no sea estrictamente necesario decir que se opta por la vía directa o por la indirecta al acusarse la sentencia con base en la causal primera del artículo 368, tal aspecto sí debe ser diáfano en el desenvolvimiento de la censura, pues si en la vía directa se parte de la coincidencia con el sentenciador de instancia en el entendimiento que éste tuvo de los hechos, la desviación al respecto resulta antitécnica, máxime cuando se pudo acudir a la vía indirecta y enjuiciar el fallo por desaciertos probatorios; en el presente caso, el recurrente utiliza la vía directa, pero luego trae a cuanto aspectos fácticos distintos a los vistos por el *ad quem*, lo que se constata con la simple observación consistente en que el Tribunal habría ignorado la presencia de los elementos configurativos de la cosa juzgada.

En fin, los errores *in procedendo* jamás son propios de la causal primera de casación, como que en ésta la cuestión no es abordable a la luz de los vicios de actividad en que el fallador hubiera podido incurrir, sino con base en los errores de juicio que lo condujeron a la transgresión de la ley; por ende, resulta un desacierto mayúsculo involucrar aquel tipo de errores dentro de un cargo propuesto con fundamento en la causal primera.

5. Viene al caso, por lo menos, recordar como en otras oportunidades lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, "...no cualquier cargo, así se revista de un ropaje más o menos acorde con prácticas usuales del foro, puede recibirse en casación, ni por esa sola circunstancia tiene eficacia legal infirmatoria. Únicamente cuentan con esta calidad los que atacan directamente los fundamentos de la sentencia y lo hacen de modo tal que quede sin soporte jurídico ninguno la decisión materia de censura en ella contenida; los demás son inoperantes por salirse del marco circunscrito del recurso por violación de la ley que, se repite, va encaminando a la revisión del fallo de vista de los motivos en que éste se funda y no en otros diferentes.

"Dicho en otras palabras, plasmados en una demanda los argumentos acusatorios en casación tienen que perseguir el fin práctico de desquiciar fundamentalmente las bases del juicio jurisdiccional cuya ilegalidad alega el demandante, de manera que en nada se compadece con esta elemental exigencia el sistema de "...suscitar discusiones académicas alrededor de consideraciones incidentales del sentenciador, sin repercusión en la solución que éste le diera concretamente a las cuestiones planteadas en la demanda...", ni menos aún el expediente simplista de acomodarla a la sentencia dislates, con el objeto de pasar enseguida a refutarlos con toda comodidad" (Cas. Civ., del 15 de febrero de 1990).

Los cargos, en consecuencia, no se abren paso.

Cargo primero

1. Con sustento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa en él la sentencia por "violación directa de la ley sustancial por trascendente error de derecho consistente en la falta de aplicación de los artículos 1º y 4º de la Ley 28 de 1932, y por aplicación indebida de los artículos 1783 numeral 3º, 1826; 1828; 1829 y 1832 del Código Civil".

2. En una primera parte del desarrollo del cargo, el recurrente se ocupa de los que denomina antecedentes legislativos de la Ley 28 de 1932, y argumenta que a partir de ésta, en la práctica, los cónyuges "se encuentran separados de bienes, puesto que cada uno conserva la propiedad en cabeza propia y puede administrar libremente lo que le pertenece", de lo cual infiere que el dinero de cada uno, "representado en efectivo o en propiedades y mientras perdure la sociedad conyugal, pertenece a cada cual, pero que al disolverse aquélla, "la ley mira este hecho en forma retroactiva", considerado que a partir del matrimonio se ha configurado la sociedad de bienes, que debe ser liquidada.

3. Tras mencionar algunos hechos de la demanda, concernientes al ingreso de Sierra Callejas al hospital, a su matrimonio con Lucy Gómez de Sierra y al reconocimiento de los hijos naturales habidos con María Eugenia Montoya, expresa el recurrente que "no se afirman algunos hechos que se destacan entre líneas tanto de la demanda como en las pruebas que confluyeron a ella, como que el doctor Sierra vivió sus últimos once años en unión libre con la señora María Eugenia Montoya Echeverri, y que durante esta convivencia procrearon a los así demandados, a más de que durante el período de relaciones con esta señora, la sociedad conyugal establecida con la señora Lucy Gómez de Sierra, se mantuvo en un rompimiento total de hecho".

Semejante aseveración le permite concluir, a renglón seguido, que "los dineros con los que hizo el aporte para el ingreso al Cheshire Hospital el doctor Guillermo Sierra Callejas sobre los cuales resultó su deceso, y la indemnización a que fue condenado dicho establecimiento...correspondía a bienes propios de él". Y remata: "Pero aun en el evento de que no hubiera estado sus últimos años separado de doña Lucy de Sierra, hubiera sucedido lo mismo".

4. Señala entonces que cuando el Tribunal confirmó las apreciaciones del Juzgado violó directamente los artículos 1º y 4º de la Ley 28 de 1932, "por apreciar la decisión equivocada del *a quo* para quien el derecho que pertenecía al doctor Sierra Callejas por el incumplimiento del contrato de servicios médicos y hospitalarios, al haberse pactado durante la vigencia de la sociedad conyugal, por el óbito de aquél "pertenece a la cónyuge Lucy Gómez de Sierra, como que a ella acrece por haber sido el título de adquisición de carácter oneroso, según lo dispone el artículo 1781 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil" (sic).

Lleva a cabo una extensa exégesis del artículo 1781 del Código Civil, cuyo objetivo central reside en demostrar que una cosa es que los bienes "pertenezcan" a la sociedad conyugal, y otra muy distinta que compongan el haber de la misma, lo que lo conduce a argumentar que el dinero con que el doctor Sierra Callejas pagó el contrato de prestación de servicios médicos y hospitalarios, por aplicación del artículo 1º de la Ley

28 de 1932, era "de su exclusiva propiedad, pues gozaba de la libre administración y disposición de lo suyo". Que el fallador "comete un vicio de juzgamiento al manifestar que con este derecho surgió un crédito por los servicios incumplidos para la esposa sobreviviente, pues la herencia sólo se defiere al heredero...".

Mirando la cuestión desde otro ángulo, cita las cargas o mermas que sufre el haber de la sociedad conyugal, para recordar que la sentencia es de carácter oneroso, lo cual admite. Pero, objeta, el haberse originado en el pago realizado por el doctor Sierra Callejas "no significa que tal calidad, a la que se refiere el numeral 5º del artículo 1781 del Código Civil sea insuficiente para enrostrarle la imputación de pertenecer a la sociedad conyugal", puesto que según el artículo 1783 'no entrarán a componer el haber social 'todos los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella', como es el caso específico de la indemnización que surgió para la herencia a consecuencia del contrato de hospitalización y servicios médicos...

5. En un aparte final que denomina "concepto de la violación" vuelve sobre esos puntos de vista. Recuerda que conforme al entendimiento que le atribuye al numeral 3º del artículo 1783 del Código Civil, relativo a la adquisición de bienes a título oneroso, "quedan excluidos del haber de la sociedad conyugal los que provienen de los aumentos materiales que acrecen al dinero aportado por el doctor Guillermo Sierra Callejas...".

Que, con sujeción a lo prescrito en el artículo 1826, "habiendo sido el producto de un bien propio el aporte del dinero que canceló el doctor Guillermo Sierra Callejas como medio para obtener la indemnización debida por el incumplimiento de que fue objeto y que le ocasionó la muerte, o el producto de la indemnización por culpa contractual...es de rigor que a los causahabientes directos...les correspondía este privilegio...".

Que puede considerarse legalmente también que el valor de la indemnización "es fruto pendiente de liquidar y que como lo establece el artículo 1828 del Código Civil, le pertenece al dueño de esta especie que vendría a ser el mismo doctor Guillermo Sierra Callejas, por lo que ante su muerte, ese aumento acrece a sus herederos" y no a su cónyuge.

O que si, de acuerdo con el artículo 1829, "los cónyuges pueden efectuar las deducciones a que se refieren los artículos anteriores..., se entiende que la más importante, si no la principal de ellas, es la que se refiere a los bienes propios de cada uno...".

Finalmente, después de transcribir algunas jurisprudencias de la Corte, termina pidiendo la casación del fallo impugnado para que, en su lugar, se confirme la validez e intangibilidad de la decisión del Tribunal de Bogotá "en el sentido de que es a la señora María Eugenia Montoya Echeverri y a sus hijos...a quienes pertenece la indemnización...".

Se considera

1. La violación directa de la ley sustancial -tiene dicho la Corte desde antiguo- implica...por contraposición a lo que constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de

derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente no exista reparo que para oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba.

"Colorario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hecho haya llegado el Tribunal. En tal evento...la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (CXLVI, 60-61).

Hase traído a cuento la anterior doctrina porque, no obstante que el recurrente dice formular el cargo por la vía directa, empieza hablando de la comisión de "trascendente error de derecho", lo que únicamente resulta de recibo cuando la vía seguida es la indirecta y, por ende, al sentenciador se le atribuye tal clase de yerro en la apreciación de las pruebas. Pero, por sobre todo, porque en el aparte que denomina "estructura del cargo", se duele de que en la demanda inicoativa del proceso no se mencionan los hechos concernientes a la unión libre que existió entre Sierra Callejas y María Eugenia Montoya, durante la cual procrearon a los demandados, así como a que durante ese lapso la sociedad conyugal con Lucy Gómez de Sierra estuvo interrumpida, lo que lleva a decir que los dineros de la indemnización "correspondían a bienes propios de él", consideración con la cual, entonces, aparecería separándose de los hechos según los vio el *ad quem*, lo que por consiguiente lo ha debido conducir al planteamiento del cargo por la vía indirecta.

Pero el defecto técnico no para ahí, porque a renglón seguido afirma que "aún en el evento de que no hubiera estado sus últimos años separado de doña Lucy de Sierra, hubiera sucedido lo mismo", con olvido de que si en casación la fundamentación de los cargos debe ser expuesta "en forma clara y precisa", según la exigencia del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 3°, aquéllos no pueden ser presentados en forma condicionada o disyuntiva, pues el carácter eminentemente dispositivo que distingue al recurso de casación le impide a la Corte, en punto del mismo, ejercer la opción que el propio recurrente no ejerció, lo que en este caso entraña que si el casacionista pretendía que la sentencia se juzgase tomando en consideración los hechos en un principio destacados, de ese modo lo ha debido consignar, sin sujetarla a un condicionamiento fáctico previo de diversa índole, pues la inserción de ambos enfoques dentro del mismo cargo coloca a la Corte en un estado de perplejidad: La cuestión debe ser analizada tomando en consideración la unión libre que existió entre Sierra Callejas y la señora Montoya Echeverri, o con ¿prescindencia de ella? Subsecuentemente, debe tomarse nota de que hubo rotura de la sociedad conyugal formada con la señora Gómez de Sierra, o, por el contrario, ¿que la misma duró hasta la muerte del causante? Tenía el recurrente ante sí todas las posibilidades de escogencia; es más; dada la independencia de los cargos en casación pudo haberlas esgrimido todas, pero en cargos separados; lo que no podía hacer era juntarlas en el mismo cargo, y al haberlo hecho pecó por falta de precisión en su diseño.

2. Por otra parte, entiende el recurrente que el Tribunal hizo suyos los planteamientos del *a quo* concernientes a que la indemnización pertenece al haber de la sociedad conyugal; pero cuando tal hace olvida que la sentencia, con claridad meridiana, advirtió que la apelación se concentró a los puntos dilucidados y que al quedar de ese modo "limitada la facultad del Tribunal para pronunciarse sobre puntos que no fueron impugnados", la decisión de primera instancia no se tocaría "en cuanto a los fundamentos sustanciales esgrimidos por el fallador...para llegar a la decisión que se habrá de confirmar parcialmente...".

Independientemente de si la pauta anterior resulta acertada o no, la verdad es que la presencia de la misma no permite aseverar, en la forma concluyente como el recurrente lo propone, que el *ad quem* hubiera acogido los puntos de vista del *a quo* en relación con el aspecto de fondo del problema, vale decir, que hubiera compartido con éste la idea consistente en que la indemnización sí hacía parte de la sociedad conyugal -pues todo lo que juzgó estribó en que éste sí era competente para formular un pronunciamiento semejante-. Por lo tanto, el recurrente ha debido orientar su ataque a combatir ese que constituyó el real fundamento del fallo; únicamente con la superación de ese obstáculo se podía entrar a examinar el referido aspecto de fondo. Pero como ese fundamento está allí, inimpugnado, a la Sala no le es dable olvidarse de él y suponer que las cosas, bajo este respecto, son como el recurrente las presenta en el cargo.

3. Mas si se supone, en gracia de discusión, que las palabras del *ad quem* tienen, en realidad, el alcance que el censor les atribuye, y, en tal virtud, se admite que no dejó imprejuzgado el punto relativo a que el bien en disputa sí se integra al caudal de la sociedad conyugal, y no al propio del causante, pues que hizo suyo el razonamiento del *a quo*, no por ello el problema puede todavía ser ubicado en el terreno en que el recurrente ha querido colocarlo, ya que la verdad es que, aún desde tal perspectiva, se encuentra que dejó por fuera del ataque la razón primordial expuesta por el juzgado en orden a concluir lo acabado de señalar.

Ciertamente, el juzgado estimó que la causa de la indemnización era onerosa, derivando de allí la condición de bien social, apreciación que el recurrente comparte. Este, entonces, dedica todo su esfuerzo argumentativo a tratar de establecer que no obstante su onerosidad, el bien era propio del causante, lo que pretende desarrollar al margen del motivo expuesto por el juzgado para decir lo que dijo. En efecto, fueron palabras de éste:

"Se informa entonces en la demanda como sustento cardinal de las pretensiones que es evidente que durante la existencia de la sociedad conyugal, el cónyuge Guillermo Sierra adquirió el derecho a la prestación del contrato de servicios médicos y hospitalarios del que fue contraprestación y la remuneración por él pactada y pagada durante la misma sociedad conyugal; y con él, el derecho a la indemnización por culpa contractual, esto es, al resarcimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento, con sujeción a los artículos 1801 y 1795 del Código Civil...".

Así, pues, el razonamiento del *a quo* es perfectamente claro cuando señala que la onerosidad del acto hace presumir que el resarcimiento de los perjuicios se tenga como haber de la sociedad conyugal, por aplicación de las dos normas citadas. Era allí, por consiguiente, donde el recurrente tenía que situar el ataque, demostrando que este caso

quedaba al margen de la presunción de tratarse de un bien social por existir prueba acreditativa de que era propio, prueba que habría dejado de verse por los juzgadores de instancia, lo que, por supuesto, representaba que no se podía acudir a la vía directa, sino a la indirecta, habida cuenta de que aquélla implicaba compartir la apreciación táctica de juzgador, es decir, coincidir con que de por medio estaba la presunción de ser un bien social. O, para expresarlo de otro modo, partiendo de la existencia de ésta -tal como fue visto por el *a quo*-, no era posible llegar a establecer que el bien era propio, dada la contradicción de los términos, tanto más cuanto que el recurrente no controvierte la onerosidad del acto, sino que, por el contrario, afirma compartirla.

De manera que ni siquiera dentro del propio contexto de la sentencia del juzgado, que, se sostiene, fue acogida por el *ad quem*, el recurrente atinó a plantear el ataque en forma adecuada.

El cargo, entonces, no prospera.

DECISION:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia de diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso seguido por Lucy Gómez de Sierra, Juan Guillermo y Fernando León Sierra Gómez, en frente de Patricia Elvira Sierra de Parra y de los aquí recurrentes.

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

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS / *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

El reajuste de la cuota alimentaria a favor de la menor puede plantearse hoy en una nueva demanda, al tenor de lo establecido en el artículo 129 del Decreto 2237 de 1989 (Código del Menor), artículo que independiza el proceso inicial de alimentos de la demanda para la revisión de los fijados, no sólo porque deja de lado el trámite simplemente incidental previsto en el artículo 24 de la Ley 1ª de 1976, sino también porque no dispone, ni lo dispone ningún otro artículo de dicho código, que la modificación tenga que ser hecha por el mismo juez, razón por la cual el conocimiento de este segundo proceso podría, obviamente, corresponder a otro juez, si la menor ha variado de residencia, sin que ello implique menoscabo al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 5223

Decide la Corte el conflicto suscitado entre el Juzgado Primero Civil Municipal de Barbosa, (Santander) y el Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita, (Boyacá), dentro del proceso de alimentos iniciado por la Defensoría Primera de Menores a instancias de la señora María Teresa García, quien obra en representación de sus hijos Flor Alicia y William Alberto Vargas García, frente al señor Guillermo Vargas.

ANTECEDENTES

Correspondió al Juzgado Primero Promiscuo de Menores de Tunja aprehender conocimiento de la demanda presentada por la Defensoría Primera de Menores de la Regional Boyacá, mediante la cual reclamaba alimentos para los mencionados menores frente al demandado Guillermo Vargas. Afirmó en tal libelo que el domicilio del demandado era el Municipio de Cómbita.

Enterado este último del auto admisorio de la demanda guardó silencio, razón por la cual, y sin mayores contratiempos, el proceso siguió su curso. Con fecha septiembre 26 de 1983, el susodicho Juzgado profirió sentencia condenatoria al demandado y le impuso la obligación de consignar en el Banco Popular la suma de dos mil pesos como pensión alimentaria en favor de sus hijos más la suma de mil pesos para contribuir al sostenimiento del hijo que se encontraba por nacer.

A petición de la demandante se liquidaron las cuotas adeudadas y se libraron múltiples comunicaciones al demandado para requerir el pago de las mismas. Como respuesta a una de las tantas peticiones de requerimiento, mediante auto de 19 de octubre de 1990, ordenó, con base en lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 2272 de 1989, remitir el expediente al Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita, a quien consideró competente para seguir conociendo del mismo.

Este Despacho Judicial asumió el conocimiento del proceso y en su primer providencia citó a la madre de los menores para que manifestara si había recibido del demandado las cuotas a que fue condenado. Respondiendo a esta citación, la mencionada señora solicitó que se enviara el expediente al Juzgado Civil Municipal -Reparto de Barbosa, localidad en la cual había fijado su domicilio. Agregó, finalmente, que deseaba solicitar un reajuste de la cual consideró insuficiente para atender los gastos de los menores.

El Juzgado acogió favorablemente la petición en el entendido de que la peticionaria deseaba tramitar un reajuste de la pensión alimentaria y, por tal razón, decidió enviar el expediente al Juzgado Civil Municipal -Reparto de Barbosa, el cual, con base en el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* se declaró incompetente y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que se decidiera el conflicto en esos términos planteados.

CONSIDERACIONES

Dispone el artículo 139 del Código del Menor que "...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...".

Consagra, pues, el citado texto un fuero especial de competencia en materia de alimentos un menor, el cual está determinado por el domicilio que éste tenga en el momento de presentación de la demanda, sin que, en aplicación del principio de la perpetuatio jurisdictionis, *posteriores modificaciones tengan la virtualidad de modificar o variar la competencia territorial así asignada.*

Ha sostenido igualmente la Corte que las anteriores anotaciones "...no sufren alteración alguna, ni aún en el supuesto de intentarse un nuevo reajuste de la cuota alimentaria que previamente se fije, por cuanto que esa súplica, que dentro de la legislación anterior tenía trámite incidental, actualmente puede intentarse por la vía de un nuevo proceso que, como tal, ha de ajustarse las reglas generales sobre

competencia. Por ende, se podrá demandar en el domicilio que en la nueva oportunidad tenga el menor en lo que no significa una modificación a la competencia, porque ya está, por el factor territorial, se mira independientemente a la fijada con anterioridad debido al carácter autónomo del nuevo trámite.

"El anterior punto de vista ha sido explicado por la corte en los siguientes términos:...El reajuste de la cuota alimentaria a favor de la menor puede plantearse hoy en una nueva demanda, al tenor de lo establecido en el artículo 139 del Decreto 2237 de 1989 (Código del Menor), artículo que independiza el proceso inicial de alimentos de la demanda para la revisión de los fijados, no sólo porque deja de lado el trámite...en el artículo 24 de la Ley 1ª de 1976, sino también porque no dispone, ni lo dispone ningún otro artículo de dicho código, que la modificación tenga que ser hecha por el mismo juez, razón por la cual el conocimiento de este segundo proceso podría, obviamente, corresponder a otro juez, si la menor ha variado de residencia, sin que ello implique menoscabo al principio de la *perpetuatio jurisdictionis* (auto de abril 6 de 1992)...(auto de enero 28 de 1993).

En este orden de ideas, es obvio concluir que no podría la Juez Promiscuo Municipal de Cómbita, Boyacá, declarar su incompetencia para seguir conociendo de este asunto, so pretexto de que la parte demandante anunció su deseo de iniciar los trámites que la condujeran a un reajuste de la cuota alimentaria que le fue impuesta al demandado y, mucho menos, aduciendo una supuesta modificación del domicilio del menor, puesto que la correcta aplicación del tantas veces mencionado principio de la *perpetuatio jurisdictionis* también se lo impide.

En consecuencia, se infiere que corresponde al Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita seguir conociendo el presente asunto, el cual le fue remitido por el Juez Primero Promiscuo de Menores de Tunja bajo el amparo del artículo 17 del Decreto 2272 de 1989.

DECISION

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

RESUELVE:

Es el Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita, Boyacá, el competente para seguir conociendo del proceso de alimentos iniciado por la Defensoría Primera de Menores a instancias de la señora María Teresa García, quien obra en representación de sus hijos Flor Alicia y William Alberto Vargas García, frente al señor Guillermo Vargas.

Remítase el expediente a dicho despacho y comuníquese al Juzgado Primero Civil Municipal de Barbosa, Santander, esta decisión.

Notifíquese.

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

Contrato de Adhesión / Contrato de Suministro

Ni la doctrina ni la jurisprudencia le han negado a los contratos de adhesión fuerza vinculatoria contractual, sino que por el contrario, los ha encontrado escenarios adecuados para desarrollar ciertos principios de hermenéutica contractual, por cuanto, si bien la desigual posición de las partes en la formación de estos acuerdos, ha originado seria disparidad de criterios sobre su naturaleza jurídica, hasta el punto de que algún sector de la doctrina se ha inclinado por negarle a tales contratos su carácter contractual, otro, mayoritario, sostiene la llamada teoría contractual de los actos de adhesión, mediante la aducción de una razón apta para absolver toda perplejidad. / El contrato de suministro es una modalidad el denominado, por la doctrina, de concesión, en virtud de la cláusula de exclusividad prevista en el artículo 975 del Código de Comercio, es ciertamente un contrato típico de la legislación mercantil colombiana; se trata de un contrato que, además de ser bilateral, oneroso y consensual, es de tracto o ejecución sucesiva, que es su características más notoria, pues su eficacia no se agota en un solo acto, puesto que las necesidades de los contratantes son precisamente la previsión futura y el mantenimiento en el tiempo. / No es exacto que el contrato de suministro, por su esencia o por su naturaleza, haya de encasillarse necesariamente en la categoría de los contratos por adhesión, porque la ley mercantil que lo regula, en parte alguna exige dicha forma respecto del mismo, de donde resulta que bien puede perfeccionarse por el sistema de libre discusión, aunque lo usual es que se encuentre ya redactado y el distribuidor adhiere a él sin discutir sus cláusulas.

Interpretación Contractual

Los jueces tienen amplia facultad para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3785

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la sociedad demandante contra la sentencia de 30 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario de Recal Limitada contra Dow Química de Colombia S.A.

ANTECEDENTES

1. Con citación y audiencia del representante legal de la sociedad anónima Dow Química de Colombia, la firma Recal Ltda., solicitó que, previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que la empresa demandada "...dio por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de distribución celebrado el día 15 de marzo de 1984 entre...Recal Ltda., y la sociedad demandada Dow Química de Colombia S.A."; que, como consecuencia de tal declaración, la sociedad demandada "...deberá pagar a la sociedad demandante Recal Ltda. todos los gastos, tales como inversiones, publicidad, instalaciones que la última tuvo que efectuar para poner en ejecución el contrato de distribución, gastos que no alcanzó a amortizar la demandante Recal Ltda., debido a la intempestiva e injustificada terminación del contrato por parte de Dow Química de Colombia S.A."; de consiguiente, que se condenase a la precitada firma demandada "...a pagar...una suma de dinero equivalente a aquéllas que de continuar el contrato de distribución hubiera percibido como utilidades en el ejercicio de la distribución que le había sido asignada, de los productos de la demandada, desde la fecha en que se dio por terminado unilateralmente el contrato y hasta cuando se hubieren presentado razones o causas justas y válidas para la terminación del contrato, teniendo en cuenta el monto de la inversión realizada para ejecutar el mismo, su solidez y carácter de permanencia"; y que, igualmente se le condenase "...a pagar...los perjuicios causados, los cuales deberán liquidarse en los términos previstos por el artículo 308 del C. de P.C.".

2. El supuesto fáctico de las peticiones anteriores descansa en los siguientes hechos:

a.- Desde muchos años atrás, la sociedad Hernández y Hernández Ltda. venía distribuyendo en la Costa norte del país los productos agrícolas de la firma Dow Química de Colombia S.A., pero dado el volumen de ventas y lo extenso del territorio que cubría la precitada sociedad distribuidora, la sociedad demandada Dow Química de Colombia S.A. "...insistió en que los socios de Hernández y Hernández Ltda. dividieran el territorio sobre la cual operaba el contrato de distribución, para lo cual se deberían constituir nuevas sociedades, bajo parámetros establecidos por la empresa demandada;

b.- Atendiendo tales sugerencias, que para el caso concreto "...eran imposiciones más que sugerencias...", los socios de Hernández & Hernández Ltda. procedieron a constituir la sociedad que se denominó Recal Ltda., de la cual son socios la sociedad Inversiones Velher Ltda. y Antonio José Bitar Yarces; y, conforme con lo dispuesto por

la sociedad demandada, se hizo una nueva asignación de territorios para los efectos de las ventas ".. y el antiguo territorio que le correspondía a la sociedad Hernández & Hernández Ltda., se dividió en dos (2) partes, asignándole a Recal Ltda., la parte que determinó la Dow Química de Colombia S.A.";

c.- En desarrollo del mencionado contrato de distribución, la sociedad Recal Ltda. "...tuvo que implementar una gran estructura de ventas, transporte, asistencia, etc., para la venta de los productos a distribuirse y que producía la sociedad Dow Química de Colombia S.A., contrato en el que "...no había posibilidad de discutir sus términos y condiciones, toda vez que dicho contrato era o es de los contratos que en formato impreso elabora la demandada para sus distribuidores únicamente le corresponde aceptarlo y suscribirlo, es decir, un típico contrato de adhesión", y que "en ese estado de cosas...suscribió el contrato de adhesión, de distribución presentado por la Dow Química de Colombia S.A., e inició sus gestiones";

d.- "Sorpresivamente, de manera intempestiva y sin justa causa, antes de transcurrir un (1) año, pues apenas habían transcurrido diez (10) meses de iniciarse las relaciones entre Recal Ltda. y la Dow Química de Colombia S.A., esta última dispuso dar por terminado el contrato de distribución con Recal Ltda."; no conforme "...con causar tamaño perjuicio..., como lo fue el dar por terminado en tan corto tiempo y sin justa causa el contrato de distribución, respecto del cual la sociedad Recal Ltda., por las instrucciones y exigencias de la misma Dow Química de Colombia S.A., había efectuado inmensas inversiones en esfuerzo y dinero, sino que acentuando su mala fe, entregó la distribución a una nueva sociedad denominada 'Coacosta Ltda.' de la cual son socios funcionarios o ex funcionarios de la propia Dow Química de Colombia S.A., en otras palabras, le despojó a Recal Ltda. la distribución, para entregársela a sus funcionarios o ex funcionarios de la Dow Química de Colombia";

e.- La sociedad Dow Química de Colombia S.A., para justificar de alguna manera su injusta y antijurídica conducta, contraria a las buenas costumbres mercantiles "...argumentó la cláusula decimosegunda (12) del contrato de distribución y procedió a dar el aviso señalado en dicha cláusula, para dar por terminado unilateralmente el contrato, desde el mes de marzo de 1985";

f.- La sociedad demandada "...ha abusado de su derecho, causando un grave perjuicio económico..., por cuanto la ha privado del legítimo derecho de distribuir los productos de la Dow Química de Colombia S.A. en las condiciones en que se estableció en el contrato celebrado con Recal Ltda., y con los beneficios económicos que ello reportaba, tales como utilidades y amortización de las inversiones efectuadas para la correcta presentación de los productos y su distribución"; prueba de la mala fe denunciada "...es la de haber privado a Recal Ltda. de la distribución en el territorio que tenía asignado, para entregársela a otra sociedad 'Coacosta Ltda.', cuyos socios son o fueron funcionarios de la Dow Química de Colombia S.A.", razón por la cual "...tal actitud resulta altamente sospechosa"; la sociedad demandada le impuso "...unilateralmente, de adquirir los productos que elaboraba o producía, en cifras que Dow Química de Colombia determinó unilateralmente y cuyos volúmenes de compra fueron superados ampliamente por Recal Ltda., demostrándose así, de manera total e inequívoca la eficiencia de la infraestructura montada por Recal Ltda. para la

distribución de los productos Dow en el territorio que se le asignó"; y que "...como si fuera poco, la propia Dow Química de Colombia S.A. circularizó a varias empresas, la terminación de sus negocios con Recal Ltda. y la entrega del territorio a 'Coacosta Ltda.', sin explicación alguna sobre tan intempestiva determinación unilateral, produciendo con ello un inmenso daño a Recal Ltda., debido a que la pérdida de una distribución tan importante en ese medio, sólo se produce por razones muy graves y en el presente caso, la mera determinación de la Dow Química de Colombia S.A. ha producido un grave deterioro de la imagen comercial de Recal Ltda. y de sus socios"; además "la difusión en periódicos de la entrega del territorio que le había sido asignado a Recal Ltda. a otra empresa, para la distribución de los productos Dow, disminuyó el buen crédito logrado por Recal Ltda., conduciéndola a una difícil situación económica, debido a las grandes pérdidas que debió soportar, tanto por la pérdida del territorio y distribución de los productos Dow, como por los gastos en que debió incurrir, para mantener su imagen, ya sin los productos Dow".

3. En su oportuna respuesta a la demanda, la sociedad demandada se opuso rotundamente al despacho favorable de las súplicas impetradas por la firma demandante: respecto de los hechos, aceptó el primero; dijo atenerse a los términos de la carta de 30 de enero de 1984, enviada por ella a Hernández & Hernández Ltda. y a los de la respuesta que ésta le diera a dicha carta, el 15 de febrero siguiente, para responder el hecho segundo; afirmó que no era cierto que las sugerencias a Hernández & Hernández Ltda. eran imposiciones, y que tampoco era cierto que la sociedad demandante se hubiese constituido por sugerencia suya, por cuanto tal empresa existía desde antes, según escritura número 5 del 7 de enero de 1983, de la Notaría 2ª de Barranquilla; agregó que la sociedad demandante no logró "incrementar" ni siquiera una adecuada estructura de ventas y se limitó a usar las facilidades de que disponía Hernández & Hernández Ltda. en el territorio asignado; que Recal Ltda. "habría podido discutir los términos del contrato y, en efecto, lo hizo, y el convenio a que se llegó fue el resultado del acuerdo de las partes tal como se ve en el contrato y sus anexos"; que es cierto que Recal Ltda. suscribió el contrato que se presentó al juicio, entre cuyas cláusulas figura la decimosegunda que regula la "vigencia y terminación" del pacto, razón por la cual no actuó "...sorpresivamente, de manera intempestiva y sin justa causa", cuando ésta dispuso dar por terminado el contrato, por cuanto "...reservándose cada una de las partes el derecho de ponerle fin, en cualquier momento, dando un preaviso escrito, con tres (3) meses de anticipación, como ocurrió en este caso, tanto Dow Química de Colombia S.A. como Recal Ltda. podían ponerle fin, en cualquier momento, al contrato que celebraron, en ejercicio, precisamente, del derecho que se reservaron para hacerlo"; niega, en fin, por esta razón y otras que aduce, los restantes hechos.

4. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia concluyó con sentencia de 6 de abril de 1990, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda, decisión que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá confirmó, por sentencia de 30 de julio de 1991, al desatar el recurso de alzada interpuesto por la parte actora.

5. Inconforme con esta última determinación judicial, la sociedad demandante interpuso recurso extraordinario de casación, impugnación que por encontrarse debidamente rituada, pasa la Corte a decidir.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA Y SU FUNDAMENTOS

Resumidos los antecedentes del litigio, compendiadas las aspiraciones de la sociedad actora y sintetizada la oposición de la empresa demandada, el sentenciador de segundo grado sienta, previamente al estudio de fondo de la cuestión litigiosa, las siguientes precisiones:

a) Que concurren cabalmente los presupuestos procesales y no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, razón por la cual el fallo ha de ser de mérito;

b) Que no hay controversia alguna en torno a la validez del contrato, cuya terminación genera el conflicto, sino acerca de su naturaleza, pues en sentir de la demandante "...se trata de un contrato en el que no tuvo posibilidad de discutir esas cláusulas, siendo impuestas por la demandada y que por ende revisadas las circunstancias dentro de las cuales se firmó, conllevarían a establecer que la terminación fue intempestiva e injusta, con la indemnización correlativa que debe hacerse";

c) Que el contrato celebrado entre las partes lo tipifica el artículo 975 (sic) del Código de Comercio y que, al amparo de dicha legislación se procederá al "...estudio central de la controversia, o sea, la terminación unilateral y sin justa causa del mencionado contrato por parte del demandado, como lo afirma la actora, o bien, la justa causa debidamente estipulada como lo predica la parte demandada". Así puestas las cosas, el *ad quem* precisa que "...teniendo de presente la doctrina a que ha aludido atrás, no hay duda de que la convención jurídica acordada, requiere plenamente de discusión sobre la forma a realizarse el contrato, no de otro modo puede entenderse cómo siendo de tracto sucesivo, pues continuamente han de recibirse los productos para su distribución, pueda afirmarse que se impuso sólo la voluntad de una de las partes, en este evento de la demandada"; que "la propia documentación adosada por la actora indica que previa a la suscripción del contrato fue conocido por Recal Ltda. fotocopia del contrato, se hicieron invitaciones y en fin se siguieron todas las pautas por la sociedad matriz Hernández & Hernández Ltda. y posteriormente, se realizaron reuniones durante la ejecución del contrato"; que "de la prueba testimonial recepcionada a instancia de la actora se evidencia lo siguiente:

"Donaldo Vellla Barcha, luego de afirmar (fl. 119) que '...el contrato entregado a Recal Ltda. para la firma, es uno de los que vienen en formatos preestablecidos por la Dow Química de Colombia. Esos son contratos con cláusulas previamente establecidas y que no son discutibles..."; sin embargo, al ser preguntado (fl. 125) en qué lugar, cuándo y en qué condiciones se reunieron las partes para determinar y convenir los términos del contrato de distribución celebrado entre las mencionadas sociedades, respondió: '...Se hicieron varias reuniones en Cartagena, Barranquilla y finalmente Bogotá, en los primeros meses del año de 1984 para acordar la firma de una contrato en el cual no había términos para discutir...(sic)'.

"Don Jaime Bernardo Bustamante Cabello (fl. 156 vto.) al preguntársele sobre la clase de contrato suscrito entre las partes, expresa: '...no me acuerdo la forma del contrato, sé que se discuten o se analiza sobre el cumplimiento de unos determinados objetivos, que se pactan anualmente...' y relativo a los motivos por los cuales se terminó el contrato manifiesta: '...según se me ha informado por no haber cumplido con los volúmenes de venta pactados...'.

"Luis A. Vergara (fl. 157 vto.) representante de una socia de Hernández & Hernández, dice no conocer el contrato suscrito por las partes, más sí el suscrito con Hernández y Hernández. '...nosotros hicimos un contrato que discutimos con Dow Química de Colombia...', desconoce la causa de terminación del contrato, ni (sic) demás incidencias del mismo".

Establece, entonces, el *ad quem* que de la prueba "aportada, no puede otra cosa que decirse que sí hubo mutuo consentimiento de las partes, porque las obligaciones de distribuir productos, no podrían imponerse a una sociedad, sin quererlo o contra su voluntad. De consiguiente, reunidos los requisitos propios de una convención jurídica, corresponde regir sus efectos por las cláusulas legales estipuladas en el contrato y que por no atentar contra el orden público ni contra las buenas costumbres debe estarse a lo allí acordado".

Recuerda el Tribunal, a renglón seguido, que "...el régimen positivo de los contratos, descansa en postulados o principios reconocidos por la doctrina, tales como el postulado del consensualismo, el de la buena fe y diligencia en la ejecución de los negocios jurídicos, el de la autonomía de la voluntad privada, el de la normatividad de los actos jurídicos, etc.", principio este último que se encuentra consagrado en el artículo 1602 del C.C. "...".

La Sala sentenciadora concluye, entonces, que "...el convenio suscrito entre las partes, reúne los requisitos de validez y perfección que exige la ley sustancial, luego el pensamiento y querer de quienes lo celebraron quedó plasmado en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, debe entonces presumirse y entenderse que esas estipulaciones son el fiel reflejo de la voluntad interna de los contratantes"; agrega que "...es evidente que las partes tenían perfectamente claros y definidos los eventos en los cuales se daría por terminado el contrato y así lo previeron en la cláusula decimosegunda. De esta suerte, la regla de hermenéutica que consagra el artículo 1618 del estatuto sustantivo, en virtud del cual '...conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras...' no resulta aquí aplicable porque esa intención 'clara' no tiene un sentido diverso al expresado en la precitada cláusula decimosegunda".

Puntualiza finalmente el Tribunal que "...no aparece el abuso del derecho a que se refiere la recurrente, puesto que al invocar la demandada la cláusula decimosegunda le comunicó esa determinación para que pudiera deshacerse por la voluntad de quienes concurrieron a su celebración y ningún reparo se hizo por parte de la hoy demandante, al parecer coordinaron los asuntos pendientes, pues a partir del mes de diciembre de 1984, ningún cuestionamiento se hizo o por lo menos no se acreditó, luego la conformidad fue patente y sólo pasado un año y medio -presentación de la demanda- encuentra intempestiva e injustificada esa determinación".

Define, por consiguiente, el sentenciador de segunda instancia que "...no procede el examen sobre el incumplimiento o el cumplimiento del contrato por parte de la demandante, ni la circunstancia de haberse encomendado esa distribución a ex funcionarios de la demandada, por encontrarse desprovistos de relevancia como causales de terminación del contrato, ya que el demandado hizo uso de una cláusula eficaz por lo que ha de presumirse que esas estipulaciones reflejan fielmente la voluntad interna de

las partes, como se expuso anteriormente, sirviendo entonces los mismos argumentos para despachar negativamente las demás pretensiones de la actora...".

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Un cargo formula la parte demandante contra la sentencia procedentemente resumida, ubicado en el ámbito de la causal primera de casación prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que presenta así:

"Acuso la sentencia de haber violado los artículos 1602, 1603, 1618 y 1619 del C.C., 871 del C. de Co., por falta de aplicación debido a la violación de las normas procesales sobre valoración y estimación de las pruebas, incurriendo en error de hecho manifiesto...".

En el desenvolvimiento del cargo, la sociedad recurrente memora que "por creación doctrinaria y jurisprudencial se ha definido el contrato de adhesión, como aquel en que una sola de las partes establece los términos y condiciones que regirán las relaciones contractuales entre las partes", y que en tales casos "...la parte que acepta cumplir con las condiciones establecidas por la otra, simplemente acepta o no tales condiciones, sin que haya lugar a discutir, modificar, atenuar los términos y condiciones del contrato".

Afirma seguidamente la censura que, en el caso presente, "...el Tribunal dejó de examinar para encontrar probado, el supuesto fáctico base de la demanda, consistente en que el contrato celebrado entre la demandada y la demandante fue de los de adhesión y que por consiguiente la demandante no tuvo ninguna oportunidad para discutir los términos del mismo para buscar mejores condiciones a su favor", pues cuando sostuvo que "...examinada en su conjunto la prueba aportada, no puede otra cosa que decirse sino que hubo mutuo consentimiento de las partes, porque las obligaciones de distribuir productos no podrían imponerse a una sociedad, sin quererlo o contra su voluntad", cometió "...tremendo error..." por cuanto "...concluye, de manera por demás absurda de que el contrato no podía obligar a una sociedad contra su voluntad".

Puntualiza la entidad recurrente que "...si bien es cierto ningún particular puede imponer a otro su voluntad, que es lo que (el Tribunal) pretende decir, también es cierto, que los contratos se establecen por el mutuo consentimiento de los contratantes y que justamente, de allí, se deriven las circunstancias o condiciones que permiten distinguir un contrato de otro", y que "...nadie, ni por asomo, ha pretendido sostener que la sociedad Recal Ltda. fue obligada a suscribir el contrato de fecha 15 de marzo de 1984, este contrato fue firmado de manera voluntaria por la sociedad demandante, lo que se ha dicho en la demanda es que las cláusulas contenidas en dicho contrato no fueron discutidas, ni convenidas entre las partes, sino que simplemente la sociedad Dow Química de Colombia S.A. presentó a la demandante el formato contentivo de la totalidad de las cláusulas del contrato para que lo firmara en señal de aceptación de la totalidad de las condiciones allí impuestas", "...situación bien distinta a la que pretende el Tribunal llevar la discusión".

Precisa la censura que el Tribunal, para llegar a su errada apreciación sobre las condiciones en que se celebró el contrato de 15 de marzo de 1984, dejó de examinar las siguientes pruebas y de darles el valor y alcance que ellas tienen:

"En primer término dejó de examinar el mismo contrato, el cual de la simple vista y lectura se desprende que es de aquellos preimpresos, dentro de los cuales, solamente se llenan algunos espacios dejados a propósito en blanco que son para la identificación de las partes, la fecha de su suscripción, el término de su duración, el lugar de su ejecución y cumplimiento, pero las demás condiciones y términos del contrato, son estipuladas y establecidas por una sola de las partes. Tal acontece con los pasajes de avión, conforme a (sic) los cuales el contrato de transporte de personas es el que impone la compañía aérea sin que el pasajero (contratante) pueda discutir, únicamente podrá fijar la fecha de iniciación del contrato y la persona o personas a transportar", y que, en el caso *sub lite*, "...la sociedad Recal Ltda. únicamente podía discutir la fecha de iniciación del contrato y el territorio en el que podía actuar. Las demás condiciones fueron establecidas e impuestas por la demandada".

"El Tribunal dejó de considerar...la carta de 28 de febrero de 1984, mediante la cual la Dow Química remite a Recal el contrato, los anexos, para 'que los firme y los devuelva', no para que los estudie y acepte, no para que presente sus observaciones" (fl. 17, Cdno. ppal.)".

"También dejó de examinar el tribunal la carta remitida por la demandada a la demandante el día 16 de febrero de 1984, en la cual se lee: 'Les remitimos para sianalizis (sic) fotocopia de nuestro contrato uniforme, el cual utilizamos con nuestros distribuidores zonales' (...) (fl. 15, Cdno. ppal.)", motivo por el cual, afirma categóricamente la censura, "...el contrato suscrito por Recal Ltda. sí fue conocido antes de su firma, no era susceptible de ser discutido toda vez que la empresa demandante (sic) remitió el formato de contrato uniforme y a la sociedad Recal Ltda. no le quedaban sino dos caminos: o aceptarlo o no hacerse cargo de la distribución".

"También dejó el Tribunal de examinar y considerar la confesión del representante legal de la sociedad demandada que obra al folio 65 vto. y en la cual dijo: 'No me consta que sea preimpresa, sin embargo normalmente todos los distribuidores tienen el mismo tipo de contrato...'. De allí se deduce que todos los distribuidores tienen que firmar el contrato que para el efecto elabora y hace la Dow Química de Colombia S.A.".

"Por consiguiente -concluye la recurrente- establecido como está que el contrato suscrito para la distribución de los productos de la demandada es de aquellos denominados de adhesión, las circunstancias que la demandada adujo para darlo por terminado resultan unilaterales y sin justa causa y no como lo sostiene el Tribunal, en aplicación de lo convenido en el contrato, base de la acción".

Seguidamente expresa la censura que, doctrinaria y jurisprudencialmente, los efectos y consecuencias derivadas de la naturaleza del contrato son diferentes, por cuanto si se trata de un contrato de adhesión "la parte más poderosa (Dow Química de Colombia S.A.) en este caso impuso todas las condiciones que quiso a la parte más débil (Recal Ltda.) y posteriormente aprovechando su posición se vale de sus propias imposiciones, para atropellar a la contraparte, despojarla del territorio que le había asignado, haciendo un uso abusivo de una de las cláusulas leoninamente puesta por ella misma"; que "el Tribunal dejó de examinar que precisamente, y valiéndose de la cláusula 12 del contrato, despojó, sin miramientos a la sociedad demandante del territorio y lo adjudicó a sus ex funcionarios, simple y llanamente porque así lo quiso",

pues no aparece demostrado "...ni en la inspección judicial, ni en la prueba testimonial recibida, ni en el dictamen pericial, que la sociedad Recal Ltda. hubiera dejado de atender sus compromisos y obligaciones, tanto las derivadas del contrato como aquellas que requerían la mejor buena fe y diligencia en su ejecución, todo en beneficio de la demandada, porque con ello lo que se buscó fue el acreditar los productos fabricados por la propia demandada".

De consiguiente, para la firma recurrente, "la sociedad demandada incurrió en el caso presente en un claro abuso del derecho al pretender dar por terminado un contrato válidamente celebrado sin que mediara ninguna de las causales legales que permiten dar por terminada una relación contractual. Dejó el Tribunal de examinar y tener como prueba la circunstancia demostrada tanto en el interrogatorio de parte como en la Inspección Judicial, de que los señores fundadores de la sociedad Cnacosta Ltda., sociedad a la que se le adjudicó el mismo territorio que tenía Recal Ltda., fueron ex funcionarios de la demandada, es decir, que la demandada despojó a Recal Ltda. de su territorio, de sus esfuerzos y con ello premió a personas que hasta días antes estaban vinculadas laboralmente con la demandada".

Agrega que "es por lo menos un indicio grave del abuso del derecho en que incurrió Dow Química de Colombia S.A. la circunstancia anotada y que extrañamente el Tribunal deja de considerar y ni siquiera menciona en el fallo recurrido".

CONSIDERACIONES

1. Aduciendo como fundamento cardinal de su impugnación que el contrato celebrado con la sociedad Dow Química de Colombia S.A. "es de los denominados de adhesión", la firma recurrente Recal Ltda., pretende el aniquilamiento de la sentencia impugnada por cuanto el *ad quem* al proferirla incurrió en los *yerros de facto* que denuncia en su único cargo, y que lo llevaron a concluir que el contrato en cuestión había sido el resultado de libre discusión de sus términos entre las partes, cuando en realidad "...únicamente podía discutir la fecha de la iniciación del contrato y el territorio en que podía actuar...", pues "...las demás condiciones fueron establecidas e impuestas por la demandada...", incluyendo las relativas a la terminación del contrato, recogidas en la cláusula decimosegunda, motivo por el cual "...la sociedad demandada incurrió en el caso presente en un claro abuso del derecho al pretender dar por terminado un contrato válidamente celebrado, sin que mediara ninguna de las causales legales que permitan dar por terminada una relación contractual".

2. Así resumida la aspiración de la sociedad recurrente, resulta conveniente observar, de entrada, que, ni aun tratándose de los llamados contratos de adhesión o por adhesión, la conclusión extraída por ésta, consistente en que por ser de tal naturaleza la relación contractual que vincula a las partes, el ejercicio de las facultades consignadas en sus cláusulas constituye abuso del derecho, aflora absolutamente cierta, por cuanto que, para que dicho ejercicio abusivo se configure, es necesario que se demuestre que el contratante ha empleado la aludida facultad con criterio opuesto a la función que le es propia, bien sea por sus móviles o por sus fines, aspecto que, como se verá más adelante, tampoco se acredita en el proceso.

3. Ahora bien: del resumen de la sentencia impugnada se establece que el Tribunal definió el contrato materia de la controversia como uno de suministro en la modalidad

de concesión, cuando dijo expresamente que "...a pesar de que la actora no ubica el contrato dentro de los parámetros del estatuto mercantil, su naturaleza jurídica corresponde a la regulada por el artículo 975 de la misma obra, allí están sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidad perseguida...", ámbito dentro del cual procedió a examinar el "...tema central de la controversia, o sea, la terminación unilateral y sin justa causa del mencionado contrato por parte del demandado, como lo afirma la actora, o bien, la justa causa debidamente estipulada, como lo predica la parte demandada", concluyendo que "...no hay duda que la convención jurídica acordada, requiere plenamente de discusión sobre la forma a realizarse el contrato, no de otro modo puede entenderse como siendo de tracto sucesivo, pues continuamente han de recibirse los productos para su distribución, pueda afirmarse que se impuso sólo la voluntad de una de las partes, en este evento de la demandada".

4. Y para deducir que la celebración de tal pacto fue el producto del mutuo consentimiento de las partes, por cuanto "...las obligaciones de distribuir productos, no podrían imponerse a una sociedad, sin quererlo o contra su voluntad..." el *ad quem* se valió, no solamente de la prueba documental "...adosada por la actora que indica que previa a la suscripción del contrato fue conocido por Recal Ltda. fotocopia del contrato, se hicieron invitaciones y en fin se siguieron todas las pautas por la sociedad matriz Hernández & Hernández Ltda. y posteriormente, se realizaron reuniones durante la ejecución del contrato...", sino también de la prueba testimonial "...recepcionada a instancia de la actora...", es decir, de la rendida por Donaldo Velilla Barcha (fl. 119), Jaime Bernardo Bustamante Caballo (fl. 156) y Luis A. Vergara (fl. 157 vto.), razón por la cual concluyó que "...reunidos los requisitos propios de una convención jurídica, corresponde regir sus efectos por las cláusulas legales estipuladas en el contrato y que por no atentar contra el orden público ni las buenas costumbres, debe estarse a lo allí acordado".

5. El argumento basilar del cargo, consistente en que el contrato celebrado entre las partes en conflicto es de adhesión y que, por esa sola circunstancia, es ineficaz o inválida únicamente su cláusula decimosegunda (12), reguladora de la terminación de dicho pacto, resulta absolutamente inane para obtener los fines indicados y, consecuentemente, para determinar la aniquilación del fallo recurrido, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia le han negado a los contratos de adhesión fuerza vinculatoria contractual, sino que por el contrario, los ha encontrado escenarios adecuados para desarrollar ciertos principios de hermenéutica contractual, por cuanto, si bien la desigual posición de las partes en la formación de estos acuerdos, ha originado seria disparidad de criterios sobre su naturaleza jurídica, hasta el punto de que algún sector de la doctrina se ha inclinado por negarle a tales contratos su carácter contractual, otro, mayoritario, sostiene la llamada teoría contractual de los actos de adhesión, mediante la aducción de una razón apta para absolver toda perplejidad: en definitiva, el contratante débil resulta vinculado sólo por la aceptación que otorga, pudiéndola también rechazar; es decir, "...los contratos de adhesión sí tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos. Contratos especiales quizá y que por ese concepto merecen una interpretación particular, pero contratos al fin "porque el individuo conserva la voluntad de no contratar; si contrata es porque quiere. El individuo es libre para no comprometerse pero una vez comprometido, está obligado a respetar su

decisión: es el efecto del contrato" (Mazeaud, Derecho Civil, pág. 401, parte I y 104, parte II) Cas. Civ. de 8 de mayo de 1974. Y sobre dicha base, han estimado los doctrinantes pertenecientes a este segundo grupo que los contratos de adhesión constituyen un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de algunos principios clásicos en la interpretación de los actos jurídicos, entre ellos el consignado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (XLIV, 678 a 680), lo cual significa que "...cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomos de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen amplia facultad para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni mucho menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes" (Cas. Civ. de 29 de agosto de 1980).

6. Entonces, el contrato de suministro, calificación jurídica que el Tribunal le dio a la relación contractual materia del litigio y sobre cuya denominación ninguna objeción presenta la entidad recurrente, del cual es una modalidad el denominado, por la doctrina, de concesión, en virtud de la cláusula de exclusividad prevista en el artículo 975 del Código de Comercio, es ciertamente un contrato típico de la legislación mercantil colombiana, que lo define como "...el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios" (art. 968 C. de Co.), razón por la cual se trata de un contrato que, además de ser bilateral, oneroso y consensual, es de tracto o ejecución sucesiva, que es su característica más notoria, pues su eficacia no se agota en un solo acto, puesto que las necesidades de los contratantes son precisamente, la previsión futura y el mantenimiento en el tiempo, motivo por el cual se dice que el suministro "...es el contrato que engendra obligaciones duraderas a cargo de las partes" como quiera que "...la duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumple su función económica ni su ejecución no se prolonga en el tiempo; la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada" (Joaquín Garriguez. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III, Volumen I. Obligaciones y Contratos Mercantiles, pág. 414). Y, justamente, en virtud de tal característica, es decir, la de su duración, la legislación mercantil se ocupa de regular el fenómeno atinente a su terminación, cuando las partes no lo han acordado, al disponer en el artículo 977 del Código de Comercio que "si no se hubiese estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre, o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro" (destaca la Sala).

7. Agrégase, entonces, al motivo precedentemente esgrimido para determinar la improsperidad del cargo que, enfocada la censura en su precisa formulación, también se encuentra que ésta falla por su base, pues, si en definitiva lo que se le tacha a la sentencia acusada es el haber estimado legal la cláusula decimosegunda (12) que el contrato de suministro contiene en relación con su terminación, resulta que tal estipulación, que dicho sea de paso, no requiere de trabajo hermenéutico alguno para su entendimiento correcto, en virtud de la claridad y precisión con que se redactó, se limita a reproducir sin extralimitación alguna el contenido del artículo 977 del Código Mercantil, y es claro que, en tales circunstancias, no puedan ser ilegal o ilícita, según lo pretende la censura, razón por la cual, aun sin estipulación alguna sobre el particular y sin aducir causal para tal efecto, las partes habrían podido darlo por concluido acogiéndose a dicho precepto, pues en el punto las partes acordaron: Decimosegunda. Vigencia y terminación. *El término de duración de este contrato es indefinido. Por consiguiente cualquiera de las partes podrá poner fin al mismo dando a la otra preaviso escrito con una anticipación de tres (3) meses. Así mismo, el incumplimiento de cada una de las partes relativo a algunas de las prestaciones pactadas en este contrato, confiere derecho a la otra parte para darlo por terminado cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios o tenga cierta importancia capaz por sí sola de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra. En estos últimos casos el preaviso se hará con anticipación de quince (15) días. Cada uno de los siguientes eventos, principal pero no exclusivamente, se considerará como incumplimiento por parte del distribuidor y por consiguiente una violación del presente contrato susceptible de causarle perjuicio grave al vendedor o de mermar la confianza del vendedor en el distribuidor; a)...; b)...; c)...; d)...; e)...".*

8. Pero, ni superados tales dos obstáculos puede la Corte avizorar prosperidad alguna para el cargo en estudio, pues la sociedad recurrente desoyendo claras reglas de técnica que deben observarse cuando se acude a la vía indirecta, cuestiona solamente el análisis probatorio que el ad quem *hizo de la prueba documental relacionada en el cargo, pero margina del reparo la prueba testimonial que, al igual que aquélla, le sirvió a la Sala sentenciadora para arribar a la conclusión impugnada, como se establece de la síntesis de la providencia recurrida; y, ni aun dentro del contexto del cargo propuesto, puede establecerse la comisión del yerro de facto denunciado por la censura, en cuanto el fallador de segunda instancia consideró que el contrato celebrado entre las partes en conflicto no fue de adhesión, sino el resultado de la libre discusión de sus términos, pues que, de la fotocopia del documento contentivo de la cuestionada relación contractual (fls. 21 a 25, cdno. N° 1) no se puede descubrir a primera vista que el contrato allí plasmado sea uno de "...aquellos preimpresos, dentro de los cuales solamente se llenan algunos espacios dejados a propósito en blanco que son para la identificación de las partes, la fecha de su suscripción, el término de su duración, el lugar de su ejecución y cumplimiento...", sino de uno común y corriente, escrito a máquina, sin espacios en blanco, entrerrenglonaduras o borrones; tampoco se puede revelar dicho linaje del contenido de la carta de 16 de febrero de 1984, dirigida por la sociedad demandada, no sólo a la sociedad actora, sino también a otras personas, como que allí se pulsa todo lo contrario de lo deducido por la censura, cuando en dicho documento se expresa tajantemente lo siguiente:*

"Les agradecemos su comunicación de febrero 15, 1984, que responde a la nuestra de enero 31 del mismo año.

"Nos damos por enterados de su propuesta de dividir Hernández & Hernández Limitada en dos sociedades totalmente independientes y con socios diferentes. El nuevo esquema presentado por ustedes en su comunicación de febrero 15, 1984, presupone una terminación bilateral de nuestra relación comercial actual con Hernández y Hernández Limitada, circunstancia ésta que se ratifica por el hecho de continuar con nuestras conversaciones.

"Para efectos de comenzar a analizar nuestra eventual relación comercial con cada una de estas sociedades les agradeceríamos que para el próximo jueves 23 de febrero de 1984 nos remitan los siguientes documentos:

"a)...

"b)...

"Una vez recibida y analizada por parte nuestra esta documentación, los invitamos a tener una reunión mutua en nuestras oficinas de Bogotá, el martes 28 de febrero, 1984, a las 10:00 a.m., en la cual se estudiarán en detalle los puntos propuestos por ustedes en cuanto a delimitación territorial, logística e infraestructura, organización de ventas y demás detalles.

"El perfeccionamiento del eventual acuerdo, bajo el esquema planteado por ustedes, deberá quedar formalizado para cada una de las compañías propuestas a más tardar el jueves 15 de marzo de 1984, entendiéndose que si con posterioridad a esta fecha no se ha concretado y formalizado la nueva relación comercial, nos consideramos en libertad de utilizar otros canales de distribución.

"Les remitimos para su análisis fotocopia de nuestro contrato uniforme, el cual utilizamos con nuestros distribuidores zonales.

"...

Esperamos llegar a acuerdos que nos permitan establecer una relación comercial sólida y armónica para mutuo beneficio: conclusión que igualmente puede extraerse del contenido de la carta de 28 de febrero del mismo año (fls. 17, 18 y 19, Cdno. N° 1), como quiera que tal escrito solamente confirma el acuerdo de voluntades a que llegaron las partes para la celebración del contrato sub judice, cuando reza:

"Según lo prometido, adjunto a la presente sírvanse encontrar los siguientes documentos, con la respectiva acción necesaria por parte de ustedes:

"1. Dos copias del contrato de distribución. Firmar en la última página y en la parte de atrás de esa página (para registro). Les rogamos devolver ambas copias debidamente firmadas.

"2. Mapa territorial de Recal Ltda.

"3. Dos copias del Anexo B al contrato, para su firma y devolución a Dow Química (1 copia).

"4. Garantía de socios Recal Ltda. Favor firmar y devolver a Dow Química" (destacado de la Sala). Y en el anexo B, anunciado en la mencionada carta de 28 de

febrero de 1984, la sociedad demandada Dow Química de Colombia S.A. le dice a Enrique Alvarez, Gerente General de Recal Ltda., que "la presente para confirmar los acuerdos mutuos logrados en la reunión de febrero 27, 1984, en relación con el contrato de distribución a ser firmado entre Recal Ltda. y Dow Química de Colombia S.A. en fecha próxima. Estos acuerdos consignados en este anexo pasan a formar parte integral del contrato en mención: 1. Territorio...2. Compromiso de compras...3. Bodegas, facilidades...4. Líneas complementarias...5. Estructura de ventas...6. Plan de trabajo. 7. Garantía...7. Garantía...8. Información...9. Cartera pendiente de Hernández & Hernández Ltda." (destacado de la Sala).

9. Finalmente, a todo lo anterior debe sumarse que tampoco es exacto que el contrato de suministro, por su esencia o por su naturaleza, haya de encasillarse necesariamente en la categoría de los contratos por adhesión, porque la ley mercantil que lo regula, en parte alguna exige dicha forma respecto del mismo, de donde resulta que bien puede perfeccionarse por el sistema de libre discusión, aunque lo usual es que se encuentre ya redactado y el distribuidor adhiera a él sin discutir sus cláusulas.

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 30 de julio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Condénase a la parte actora recurrente a pagar las costas causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

Litisconsorcio Facultativo y Necesario

El litisconsorcio en el campo civil es una situación especial que puede formarse, bien sea por voluntad de los litigantes o ya por obra de una razón de necesidad imprescindible, impuesta por mandato de la ley o determinada por la naturaleza misma de la relación sustancial sometida a controversia y que ha de constituir objeto del pronunciamiento jurisdiccional que al proceso le pone fin. Se dice, entonces, que en el primer evento es "voluntario" el litisconsorcio, mientras que en el segundo es "necesario" u obligatorio por cuanto es de la índole de aquella relación sustancial, o en su caso de un precepto positivo expreso, de donde resulta la carga de la acumulación subjetiva.

Sentencia Inhibitoria / Litisconsorcio Necesario / Violación Norma Sustancial – Vía Directa o Indirecta

No son pocos los fallos inhibitorios que adolecen de ilegalidad por apoyarse en una defectuosa integración subjetiva del proceso que en verdad no existe, y viceversa, o sea, sentencias de fondo proferidas no obstante configurarse el impedimento aludido. En efecto, y cuando de este último supuesto se trata, la providencia en cuestión puede haber sido resultado, ora del análisis erróneo que el juzgador hizo del litisconsorcio necesario y del régimen que le es aplicable, o ya de una apreciación equivocada de la situación fáctica involucrada en el caso, de donde se sigue que el rumbo de la impugnación no es igual en ambas hipótesis; en la primera, el ataque en casación tendrá que hacerse por la vía directa, pues por su puesto se tiene que el error jurídico del juzgador tuvo lugar con absoluta prescindencia del material probatorio obrante en los autos, mientras que en la segunda lo adecuado es utilizar la vía indirecta.

Valoración Probatoria / Violación Norma Sustancial / Presunción Acierto

La facultad de combatir en casación la apreciación de la prueba a través de la vía que para el efecto consagra el segundo inciso del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, tiene por esencia un claro sentido de excepcionalidad por cuanto, en tesis general, esa apreciación y los juicios de hecho

que en ella se fundan, deben ser respetados no sólo porque llegan cobijados por la presunción de acierto, sino porque se amparan en la discreta autonomía que al fallador de instancia le reconoce la ley.

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL- Vía Indirecta / ERROR DE HECHO

Al quiebre de una sentencia por violación indirecta de normas sustantivas por efecto de errores de esa clase -fácticos-, no es factible llegar a través de una simple confrontación de criterios, sino que debe ser fruto de la demostración indiscutible de una radical equivocación, habida cuenta que en este ámbito, exigente en grado sumo, la infirmación del pronunciamiento recurrido únicamente puede fundarse en la certeza y es por eso que, en cualquier hipótesis, adquiere especial relieve la prueba de la contraevidencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia. Expediente número 3892.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de enero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Luis Fernando Rodríguez contra Carlos y Octavio Alberto Hinestroza.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el 4 de julio de 1986, Luis Fernando Rodríguez demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín a Octavio Alberto y Carlos Hinestroza, señalando como fundamentos fácticos de las pretensiones que adelante se indican los siguientes: a) Octavio Alberto y Carlos Hinestroza, obrando como promitentes vendedores, suscribieron contrato de promesa de compraventa con Luis Fernando Rodríguez y Miguel Buitrago, quien obró personalmente y como representante legal de la sociedad inmobiliaria Géminis, contrato que tuvo por objeto la sexta planta del edificio situado en Medellín en la calle 52 o Calibío, distinguido con los números 50-53 y 59-67; b) El precio estipulado fue $11.000.000 que se pagarían en varios contados, así: $2.750.000 al momento de la firma de la promesa y $8.250.000 en dieciocho (18) cuotas mensuales de $458.333 a partir de la entrega formal del inmueble prometido en venta, acto que debía tener lugar el 30 de septiembre de 1980; c) En una adición que bajo el concepto de "otro-sí" se le introdujo al documento de

promesa, las partes convinieron en que la compraventa prometida se efectuaría en un ochenta por ciento (80%) para Miguel Builrago y/o Inmobiliaria Géminis y un veinte por ciento (20%) para el demandante, dejando establecida la divisibilidad de la obligación prometida y del pago. De acuerdo con tal proporción, Luis Fernando Rodríguez cumplió cabalmente con lo que a él correspondía en la señalada distribución, al transferir a los vendedores, a título de dación en pago, un vehículo BMW 320.80 recibido por $2.000.000 y entregar la suma de $750.000 en efectivo; d) No obstante lo anterior, los promitentes vendedores jamás cumplieron con la entrega del veinte por ciento (20%) del inmueble prometido.

Así, con apoyo en esos antecedentes el demandante solicitó que en cuanto a su interés porcentual del veinte por ciento (20%), se declare resuelto parcialmente el contrato de promesa de venta referido y, en consecuencia, se ordene a los promitentes vendedores restituirle: a) La suma de $2.000.000, que canceló con el vehículo BMW de placas TL 4825, y b) $750.000 que entregó para completar la parte del precio que a él le correspondía, sumas que deben ser adicionadas con las "indexaciones" correspondientes y los intereses legales desde la fecha de los pagos hasta la restitución efectiva; así mismo, pidió que se condene solidariamente a los demandados a pagar al demandante los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) que se le han ocasionado con el incumplimiento y, en fin, se les imponga el pago de las costas del proceso.

2. Luego que fueran notificados del auto admisorio de la demanda, los demandados contestaron la demanda contra ellos incoada para oponerse al reconocimiento de las pretensiones incoadas en ella, por haber existido cesión por parte del demandante de sus derechos en la promesa y, por lo tanto, propusieron como excepción la que denominaron incapacidad o indebida representación, o falta de personería sustantiva o adjetiva en el demandante. En esa misma oportunidad, pero en escrito separado, también formularon con el carácter de previa la misma excepción, cuya decisión aplazó el *a quo* para el fallo por considerar que era errónea la denominación propuesta y que en realidad se refería a una defensa derivada de falta de legitimación en la causa.

3. Radicada así desde entonces la competencia en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, éste continuó el trámite de la primera instancia del proceso con la práctica de pruebas pedidas por las partes, y agotada que fue la tramitación del primer grado de jurisdicción, el juzgado *a quo* le puso fin con su sentencia de 2 de octubre de 1991 mediante la cual, por considerar que había falta de legitimación en causa en el demandante, no acogió las pretensiones de la demanda, absolviendo en consecuencia a los demandados Octavio Alberto y Carlos Hinestroza e imponiéndole al actor la obligación de pagar las costas causadas en el proceso.

Contra lo así decidido recurrió en alzada este último, impugnación que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, luego de surtirse el trámite de rigor, decidió mediante fallo de 28 de enero de 1992 en el cual confirmó la apelada y se abstuvo de hacer condena en costas.

II. LOS MOTIVOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

A vuelta de hacer el acostumbrado recuento de las incidencias con mayor relevancia en el proceso, comienza el Tribunal por advertir que la sentencia de segunda

instancia, al igual que la de primer grado materia de apelación, ha de ser de fondo por cuanto "...se encontró conforme a la legalidad...", tanto los presupuestos procesales como "...la validez formal de la actuación...". Y sobre esta base pasa a examinar las condiciones para el ejercicio exitoso de la acción resolutoria, advirtiendo que en el caso presente, por lo que respecta al demandante, "...se predica la falta de legitimación por cuanto que al ceder su derecho del 20% en el objeto de la promesa de venta, se despojó simultáneamente de la facultad o poder jurídico de enjuiciar la relación contractual, mediante la resolución por incumplimiento de los comprometientes vendedores, codemandados en el presente debate...", apreciación esta que vista con la perspectiva que ofrecen los artículos 1959 y 1961 del Código Civil es acertada a juicio del sentenciador, considerando que del estudio de la prueba documental obrante en los autos, en particular la correspondencia cruzada entre el actor y las personas que con él fueron partes en el negocio, vale decir con los "...congéneres..." prometientes compradores y con los prometientes vendedores, a lo cual se suma el documento denominado "otro-sí" visible a folios 5 y 6 del cuaderno 2 del expediente, con claridad absoluta se desprende que la "...operación jurídica de cesión..." tuvo lugar y por ello debe recibir confirmación el fallo desestimatorio recurrido.

En efecto, apunta el Tribunal para exponer los motivos en que se apoya su conclusión, la cesión de la posición contractual de la cual viene haciéndose mérito quedó probada con el escrito de fecha 19 de junio de 1981, dirigido por el demandante al también prometiente comprador Miguel Buitrago (fls. 1 y 2 del cuaderno 2), con la comunicación de 19 de agosto de 1981 (fls. 3 y 4 del cuaderno 2) enviada por el mismo demandante a los prometientes compradores y, finalmente, con la modificación introducida al documento de promesa original (fls. 5 y 6 del cuaderno 2) donde se incluyó la siguiente manifestación: "...Los prometientes vendedores se comprometen a correr escritura pública de venta al señor Miguel Buitrago Berrío e Inmobiliaria Géminis Ltda. o quien éstos indiquen, ya que las partes han aceptado la cesión de los derechos que tenía el señor Luis Fernando Rodríguez solicitado en su comunicación de agosto 19 de 1981...", elementos éstos que como arriba se indicó, le permiten afirmar a la corporación sentenciadora que "...la cesión del derecho por parte del demandante se cumplió acorde con la preceptiva vigente, no sólo por cuanto que se hizo la cesión sino también su notificación y aceptación por parte de los deudores cedidos...".

La providencia en cuestión termina con una rápida referencia al título de la cesión y a las objeciones sobre el punto planteadas por el apelante, sosteniendo que como el monto del derecho objeto de cesión es del 20% "...las expresas manifestaciones contenidas en sendas comunicaciones por parte del demandante ya relacionadas, son equivalentes a ese título...", agregando líneas adelante que para el efecto ha de tenerse en cuenta que, no obstante la comunidad de intereses que integra con los otros comprometientes compradores, "...el actor pretende para sí y no para la comunidad de la que hace parte, lo que sumado a lo expuesto anteriormente, da fundamento legal suficiente para denegar las pretensiones...".

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como apoyo en la primera de las causales de casación consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, tres cargos formula el demandante contra la

sentencia de segunda instancia, cargos que la Corte pasa a examinar en su orden, agrupando los dos primeros de conformidad con las reglas sobre el particular previstas en el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 y tomando en consideración la disposición contenida en el artículo 62 de este mismo estatuto.

Cargo primero

Mediante éste se dice de la sentencia que infringe directamente y por falta de aplicación los artículos 1544, 1546, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, así como también el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, y por aplicación indebida los artículos 33 de la Ley 57 de 1887, 1959, 1960 y 1961 del Código Civil "...con violación medio (sic) de los artículos 17 del mismo código, 82 y 83 del Código de Procedimiento Civil...".

En apoyo de su tesis y después de hacer un breve recuento de la noción del litisconsorcio necesario y las consecuencias que acarrea la defectuosa integración del contradictorio según lo disponen los artículos 82 y 83 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 17 del Código Civil, señala el recurrente que en el caso de estos autos, atendiendo al relato de los hechos contenido en el escrito de demanda que al proceso le dio comienzo de conformidad con el documento que suscribieron las partes para hacer constar las condiciones del contrato de promesa de venta, quedó establecido que este negocio se celebró entre Octavio Alberto Hinestroza L. y Carlos Hinestroza Isaza como prometientes vendedores, de un lado, y del otro, en su condición de prometientes compradores, el demandante Luis Fernando Rodríguez O. y Miguel Builrago, este último actuando a su vez en nombre propio y en representación de la sociedad Inmobiliaria Géminis, existiendo por lo tanto un litisconsorcio de aquella estirpe "...puesto que se pretende la resolución del contrato de promesa de venta mencionado...".

Sin embargo, prosigue la acusación, la acción resolutoria que es materia de la litis se entabló "...dejando por fuera a Miguel Builrago e Inmobiliaria Géminis y el juzgado no integró el contradictorio como lo manda terminantemente el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil...", luego en estas condiciones no le era dado al Tribunal resolver de fondo "...como en forma ilegal lo hizo", sino que lo pertinente era proferir fallo inhibitorio, quebrantando así y de modo directo las normas de derecho sustancial citadas al encabezar el cargo, puesto que el Tribunal "...no obstante haber percatado que el contrato de promesa se celebró entre dos prometientes vendedores y tres prometientes compradores; que en la demanda resolutoria se dejó por fuera a dos de los últimos; que por impetrarse en aquélla la resolución del contrato de promesa, no era posible resolver de mérito sin la comparecencia en el proceso de todas las personas que intervinieron como partes en dicho contrato según lo prescribe el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, y que la no comparecencia de esas personas implicaba la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, dijo que al abordar el estudio de los presupuestos procesales y la validez de la actuación, se la encontró conforme a la legalidad...".

Cargo segundo

Acusa la sentencia de infringir indirectamente, por falta de aplicación los artículos 1544, 1546, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, y 8º de la Ley 153 de 1887, con

violación medio de los artículos 17 del mismo Código y 82 y 83 del de Procedimiento Civil, y 33 de la Ley 153 de 1887, 1959, 1960 y 1961 del Código Civil por aplicación indebida, esta vez a consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación de la demanda y algunos medios de prueba.

Afirma la censura como punto de partida que "fundamentalmente equivocada es la afirmación que hace el sentenciador de que se cumplen los presupuestos procesales, pues al examinar el proceso se advierte al rompe, la ausencia del de demanda en forma por falta de integración del contradictorio".

Explica el recurrente que el *ad quem* incurrió en ostensible falta de observación pues "...vio que el contrato de compraventa se había celebrado entre dos prometientes vendedores y tres prometientes compradores, como se desprende del resumen que hace de los hechos fundamentales de la demanda; y a pesar de haber visto que la demanda la dirigió el prometiente comprador Luis Fernando Rodríguez contra los dos prometientes vendedores, únicamente, no percató que se trataba de un litisconsorcio necesario, ni que faltaban dos de los prometientes compradores para integrar el contradictorio, ni que faltaba, por tal motivo, el presupuesto procesal de demanda en forma que impedía dictar de mérito...", desacierto que se pone de manifiesto en el ámbito de los hechos y es de trascendencia ya que, de no haber caído en él el Tribunal, "...vale decir de haberse dado cuenta de que por impetrarse en la demanda la resolución de un contrato de promesa (...) celebrado entre dos prometientes vendedores y tres prometientes compradores era indispensable la comparecencia de todos ellos (...) para poder decidir en el fondo la cuestión litigiosa, y de haber percatado que por no cobijar la demanda a dos de los últimos no se había integrado en debida forma el contradictorio, no había proferido fallo de mérito sino que habría declarado su inhibición para hacerlo...".

Se considera

1. *Sabido es que el litisconsorcio en el campo civil es una situación especial que puede formarse, bien sea por voluntad de los litigantes o ya por obra de una razón de necesidad imprescindible, impuesta por mandato de la ley o determinada por la naturaleza misma de la relación sustancial sometida a controversia y que ha de constituir objeto del pronunciamiento jurisdiccional que al proceso le pone fin. Se dice, entonces, que en el primer evento es "voluntario" el litisconsorcio, mientras que en el segundo es "necesario" u obligatorio por cuanto es de la índole de aquella relación sustancial, o en su caso de un precepto positivo expreso, de donde resulta la carga de la acumulación subjetiva a la que hacen referencia los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil.*

En este orden de ideas, es lo ordinario que esta última modalidad en que el litisconsorcio puede manifestarse, aflore no por efecto de una disposición legal que lo exija, sino como consecuencia del carácter único e indivisible que aquella relación tenga, relación que por su propia estructura jurídica no puede desplegar sus efectos frente a algunos de los sujetos a quienes vincula y dejar de hacerlo para otros, esto hasta el punto que de evidente lógica sea inoficioso pedir en justicia una decisión que a dicha relación le concierna, si al respectivo proceso no concurre la totalidad de esos sujetos, toda vez que por fuerza de tal circunstancia, se configura entre ellos un

supuesto de legitimación conjunta obligatoria acerca de cuya razón de ser y del tratamiento que por ende hay lugar a darle, la doctrina jurisprudencial tiene dicho lo siguiente: "...la figura procesal del litisconsorcio necesario surge cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sea activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. En tal hipótesis, por consiguiente, un pronunciamiento del juez con alcances referidos a la totalidad de la relación no puede proceder con la intervención única de alguno o algunos de los ligados por aquélla, sino necesariamente con la de todos. Sólo estando presente en el respectivo juicio la totalidad de los sujetos activos y pasivos de la relación sustancial, queda debida e íntegramente constituida desde el punto de vista subjetivo la relación jurídico-procesal, y por lo tanto, sólo cuando las cosas son así, podrá el juez hacer el pronunciamiento de fondo demandado. En caso contrario, deberá limitarse a proferir fallo inhibitorio..." (G.J. Tomos CXXXIV, pág. 170, y CLXXX, pág. 381, reiterada en Casación Civil de 16 de marzo de 1990 y 13 de julio de 1992 sin publicar).

Entendido, pues, que de no producirse la extensión subjetiva de la litis en las eventualidades de las que viene haciéndose mención, se impone sin remedio un pronunciamiento formal de abstención acerca del mérito del juicio que debe por añadidura conducir a una absolutio ab instancia, *importa subrayar ahora que frente al recurso de casación este fenómeno no puede pasar desapercibido y que son claras, por cierto, las pautas fijadas para abordar su estudio en este terreno, habida consideración que, como tantas veces se ha recordado, no son pocos los fallos inhibitorios que adolecen de ilegalidad por apoyarse en una defectuosa integración subjetiva del proceso que en verdad no existe, y viceversa, o sea, sentencias de fondo proferidas no obstante configurarse el impedimento aludido. En efecto, y cuando de este último supuesto se trata, la providencia en cuestión puede haber sido resultado, ora del análisis erróneo que el juzgador hizo del litisconsorcio necesario y del régimen que le es aplicable, o ya de una apreciación equivocada de la situación fáctica involucrada en el caso, de donde se sigue que el rumbo de la impugnación no es igual en ambas hipótesis: "...en la primera, ha dicho la Corte, ninguna duda cabe que el ataque en casación tendrá que hacerse por la vía directa, pues por supuesto se tiene que el error jurídico del juzgador tuvo lugar con absoluta prescindencia del material probatorio obrante en los autos, mientras que en la segunda lo adecuado es utilizar la vía directa..." (G.J. Tomo CLII, pág. 9 y Casación Civil de 18 de noviembre de 1989, 20 de noviembre de 1989 y 13 de julio de 1992 sin publicar), alegando y demostrando, naturalmente, que el no pronunciamiento de la inhibición fue directa consecuencia de la falta de observación en que cayó el fallador al ignorar una incompleta integración del contradictorio que en realidad existe.*

2. En la especie de la que el plenario da cuenta, y ante la sentencia desestimatoria que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, salta a la vista que, a través de los dos primeros cargos formulados, el recurrente en casación pretende utilizar por separado los dos caminos descritos en el párrafo precedente, ello en procura de conseguir la infirmación de dicha providencia para que, en su reemplazo,

se profiera sentencia inhibitoria, propósito éste llamado a fracasar pues como pasa a verse enseguida, implica una profunda transformación en el planteamiento central de la litis sometida en concreto al conocimiento de los jueces a quo *y* ad quem, *cosa que de suyo es inadmisible en sede de casación si es que han de tenerse presentes postulados de vieja data reiterados por la Corte al hacer hincapié en que, para atacar el fallo definitivo con que terminó el debate judicial de fondo, "...es inaceptable que se sustituya con otro el objeto de la pretensión, se varíe el contenido del lazo procesal y se mutilen así las bases mismas que hubo de tener el sentenciador para aplicar las normas en el pronunciamiento...", toda vez que en semejante situación "...habría algo más que un medio nuevo en casación; sería romper el marco procesal después de terminado el litigio, lo que no abre prosperidad a censuras cimentadas en ese presupuesto..." (G.J. Tomo CVIII, pág. 240).*

En efecto, visto como queda que al tenor de los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil el litisconsorcio necesario se presenta, no solamente en los casos que de modo expreso la ley prescribe, sino también siempre que se propongan acciones encaminadas a la mutación de una relación jurídica que por su naturaleza se manifieste como única para varias personas y, desde una perspectiva objetiva, le incumba a prestaciones obligatorias inseparables frente a todas ellas, preciso es hacer ver que en el asunto bajo examen y dada la configuración que desde un comienzo y a su libre arbitrio le dio al pleito la parte actora, ahora recurrente en casación, no es posible hablar de insuficiencia en el contradictorio por no haberse convocado al proceso a dos de los sujetos que, junto con el demandante Luis Fernando Rodríguez, en un principio compartieron la posición de prometientes compradores en el contrato celebrado el día 4 de septiembre de 1980 en la ciudad de Medellín. La escueta y concluyente evidencia que del informativo se desprende es que, en su escrito de demanda (cfr. fls. 20 a 25 del cuaderno 1), el mencionado demandante, fundándose en el texto del "otrosí num. 1" que acompaña al documento en el cual constan las cláusulas de la promesa de marras, consideró que había sido convenida "...la divisibilidad de la obligación prometida y por ende la divisibilidad de su pago..." y por eso, acogiendo el criterio por cuya virtud la acción resolutoria por incumplimiento es así mismo divisible si se dan esas condiciones, se limitó a solicitar que, apenas parcialmente y en lo que toca con su interés porcentual en la negociación, se declare la resolución de la ameritada promesa, lo que en otras palabras significa que, por voluntad de la propia parte demandante y no por otra razón distinta, el juicio jurisdiccional por ella reclamado, en el evento de llegar a favorecer su aspiración, nunca podría tener incidencia sobre la totalidad de la relación contractual origen del litigio, privándola retroactivamente de sus efectos, inclusive frente a los prometientes compradores Miguel Buitrago e inmobiliaria Géminis y, por consiguiente, haciendo imprescindible la concurrencia de ellos al proceso para que pudiera dictarse sentencia de fondo.

En síntesis, a la decisión impugnada no es dado atribuirle violación de la ley por desconocer que la acción resolutoria es indivisible cuando ha sido el propio recurrente quien, durante el curso de las instancias, ha sostenido precisamente lo contrario y la tuvo por divisible para deducir sus pretensiones, luego es palmario que, ante contrasentido de tanta proporción, caen por su base los argumentos sustentatorios de las dos acusaciones estudiadas en este capítulo.

Se desechan, pues, los dos primeros cargos formulados.

Cargo tercero

Denuncia violación indirecta, como consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas, de los artículos 1544, 1546, 1613, 1614, 1615, 1687, 1959, 1960 y 1961 del Código Civil, 8ª de la Ley 153 de 1887 y 33 de la Ley 57 del mismo año, quebrantamiento que a juicio del censor se produjo en unos casos por aplicación indebida y en otros por inaplicación.

Y en desarrollo de su tesis, luego de rememorar los motivos que tuvo el Tribunal para resolver del modo en que lo hizo, sostiene el recurrente que esa providencia es fruto de errores de hecho en que incurrió el *ad quem* al hacerle decir a documentos mencionados por él algo que no expresan y al dejar de ver otros elementos demostrativos que ha debido tener en cuenta, todo lo cual puntualiza en los siguientes términos: a) La carta de 19 de julio de 1981 (fl. 1 del cuaderno 2) da cuenta únicamente de la voluntad del actor de "...reiterar su intención" de ceder el interés contractual a que tenía derecho, lo que significa que no había habido cesión;

b) La carta del 19 de agosto de 1981 no fue apreciada correctamente, puesto que allí, sólo en forma secundaria, aprovechó el demandante "...para poner en conocimiento que ha llegado a un acuerdo sobre las condiciones de una eventual cesión...", lo que al decir de la censura, significa que ese documento no contiene la cesión imaginada por el juzgador;

c) En fin, por lo que respecta al "otrosí" (fl. 5 del cuaderno 2), pasó por alto la providencia atacada que no fue suscrito por Luis Fernando Rodríguez, de suerte que no es posible concluir que, mediante este "otrosí" se haya perfeccionado la cesión que encontró probada el Tribunal, ni mucho menos su notificación.

"...De haber apreciado las cartas de 19 de julio de 1981 y del 19 de agosto del mismo año, y el otrosí (...) con realidad objetiva -dice a manera de síntesis el cargo en estudio- habría llegado el sentenciador a la conclusión de que no hubo cesión y, por consiguiente, no habría hecho la afirmación, carente de fundamento probatorio, de que según dichos documentos, la cesión del derecho del demandante se cumplió acorde con la preceptiva legal...", apreciación que remata afirmando categóricamente que esos documentos "...jamás pueden producir por sí solos la certeza en el juzgador sobre el hecho de haberse legalizado y perfeccionado la cesión...".

Se considera:

1. Muchas veces ha sido necesario recordar, ante ataques del linaje del que acaba de resumirse, que la facultad de combatir en casación la apreciación de la prueba a través de la vía que para el efecto consagra el segundo inciso del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, tiene por esencia un claro sentido de excepcionalidad por cuanto, en tesis general, esa apreciación y los juicios de hecho que en ella se fundan, deben ser respetados "...no sólo porque llegan cobijados por la presunción de acierto, sino porque se amparan en la discreta autonomía que al fallador de instancia le reconoce la ley..." (G.J. Tomo CXXXIX pág. 130). Y es por eso precisamente que si el punto central de la impugnación radica en desaciertos fácticos manifiestos e influyentes en

el resultado final del proceso, es de incumbencia del censor individualizar el medio falseado y mostrar el error imputable al Tribunal, error que para que pueda tener la suficiente entidad en casación, ha de consistir en no haber visto aquél evidencia que obra en los autos o, por el contrario, en haber supuesto la que allí no existe, hipótesis ambas que por imperativo lógico y como bien es sabido, comprenden la tergiversación de la prueba en su objetividad, bien sea por hacerle decir lo que no expresa o ya por cercenarle caprichosamente su real contenido. Significa esto, en otros términos, que al quiebre de una sentencia por violación indirecta de normas sustantivas por efecto de errores de esa clase, fáctica, no es factible llegar a través de una simple confrontación de criterios como suele pensarse con tanta frecuencia, sino que debe ser fruto de la demostración indiscutible de una radical equivocación, habida cuenta que en este ámbito, exigente en grado sumo, la infirmación del pronunciamiento recurrido únicamente puede fundarse en la certeza y es por eso que, en cualquier hipótesis, acquiere especial relieve la prueba de contraevidencia; si la censura se apoya apenas en que existe otra manera de ver las cosas dotada de mayor exactitud jurídica en su sentir, ella sin duda alguna se desvanece por existir la posibilidad de que, a pesar de todo, el sentenciador no haya errado (G.J. Tomos CVII, pág. 289 y CXXXIX, pág. 240, entre muchas otras).

2. En el caso presente no se requiere nada distinto a la lectura de las pruebas documentales señaladas por el Tribunal en su sentencia y que la crítica en casación estima mal apreciadas, vale decir el conjunto de elementos demostrativos que obran a folios 1 a 6 del cuaderno 2 del expediente, para comprender que dicho organismo contempló esos elementos tal y como ellos se ofrecen y que, en ejercicio de la potestad discrecional de valoración de la cual se halla investido por mandato de la ley, le dio una inteligencia a los hechos que, lejos de repugnar al texto de los mentados documentos y degenerar por lo mismo en ostensible arbitrariedad, se muestra razonable y por ende acompasada con el sentido común, en particular si se tiene en cuenta que, contra lo que parece insinuar la demanda de casación en estudio respecto del tema, el párrafo final de la carta de 19 de agosto de 1981 (fls. 3 y 4 del cuaderno 2), nada parecido por cierto a una apostilla sin importancia, es enfático en declarar que quien firma, es decir el demandante Luis Fernando Rodríguez, llegó a un "...pleno acuerdo..." para que los también prometientes compradores Miguel Builrago y la Inmobiliaria Financiera Géminis Ltda., asuman "...la totalidad de las obligaciones y beneficios" derivados del contrato de promesa, lo que suministra a su vez explicación coherente para que en el documento -otrosí- de fecha 15 de septiembre del mismo año se dijera que la escritura pública destinada a perfeccionar la venta prometida habría de otorgarse en favor únicamente de los cesionarios en mención "...ya que las partes han aceptado la cesión de los derechos que tenía el señor Luis Fernando Rodríguez solicitado (sic) en su comunicación de agosto 19 de 1981...", decisión materia de recurso descanse sobre la suposición de un negocio de cesión cuya verdad resulte incontrastablemente excluida por obra de las pruebas documentales referenciadas en la censura, luego el cargo tercero tampoco puede abrirse paso.

DECISION:

En mérito de las anteriores 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 que en el proceso ordinario de la referencia y con fecha veintiocho (28) de enero de 1992, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas son de cargo del recurrente en casación. 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.

Casación - Ataque Todas las Pruebas

Si el fallador de instancia apoyó su resolución en varias pruebas, el recurrente, para salir airoso en su actividad impugnativa, debe atacar todas las pruebas que sirvieron de respaldo a la decisión impugnada; si el Tribunal tuvo más de un soporte autónomo de su fallo, nada gana el recurrente con destruir varios de ellos si los derrumba todos, pues quedando uno solo en pie, él será estribo suficiente del fallo.

Violación Norma Sustancial - Ataque Todos los Fundamentos

Si la acusación al fallo del *ad quem* viene montada por la causal primera de casación y de los varios soportes en que descansa la decisión, el recurrente centra la impugnación en uno o varios, pero se desentiende de otro u otros que le sirven de puntal, la impugnación en esas condiciones es incompleta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de octubre de 1993.

Sentencia: Expediente número 3674

Despacha la Corte el recurso de casación que la parte demandante interpusiera en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que data del trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por la señora Graciela Núñez Apunte en frente de la Caja de Compensación Familiar, ATA, (en liquidación) y de Comfan, Caja de Compensación Familiar, Andercorp.

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta (Cund.), la mencionada demandante presentó demanda para que, con citación y audiencia de las entidades también nombradas, como demandadas, previos los trámites de un proceso ordinario, se dictase sentencia en la que se produjesen las siguientes declaratorias y condenas:

"A. Que las Cajas denominadas Caja de Compensación Familiar, ATA, y Confan, Caja de Compensación Familiar, Andercorp,...están en la obligación de pagar, solidariamente, a mi poderdante, por concepto de perjuicios materiales por ella sufridos las siguientes cantidades:

"a) La suma de dos millones de pesos ($2.000.000.oo) m/cte., como daño emergente, y

"b) La cantidad de tres millones setecientos mil pesos ($3.700.000.oo) m/cte., como lucro cesante, o en subsidio, las cantidades que se prueban en este proceso.

"B. Que las Cajas...están en la obligación de pagar a Graciela Núñez Aponte, los perjuicios morales causados por el despojo, cuya tasación se verificará conforme a disposiciones legales o en subsidio por peritación.

"C. Que las entidades demandadas deben pagar a mi mandante, por las sumas dejadas de percibir indicadas en el literal A del *petitum*, el interés comercial corriente...

"...".

2. Las pretensiones anteriores tuvieron como fundamento los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Entre la Caja de Compensación Familiar, ATA, y la demandante, se celebró el día 10 de marzo de 1982 un contrato de arrendamiento y administración sobre un inmueble conocido como "Doroga", situado en Sasaima, de propiedad de la Caja, habiéndose comprometido la arrendataria al pago de un canon de $3.000.oo mensuales, y del 40% del servicio de energía eléctrica.

El término de duración del contrato era de un (1) año, prorrogable a voluntad de las partes, pudiendo darse por terminado con aviso previo de treinta (30) días "cuando se esté afectando los intereses de cualquiera de los contratantes". La Caja podía darlo por terminado, sin previo aviso, de inmediato, al comprobarse falta grave, ineptitud de contratista o incumplimiento de las cláusulas que conforman el contrato.

Cuatro meses después de firmado el contrato, la Caja, el 29 de julio de 1982, lo dio por terminado argumentando razones muy diferentes a las pactadas en su cláusula decimosexta. En respuesta del 10 de agosto siguiente, la demandante, pide que se le especifique en qué forma se han afectado los intereses de la Caja para que se le pueda dar aplicación a la mencionada cláusula, lo que se contesta en nota del 19 siguiente, con el argumento consistente en que la Superintendencia de Subsidio Familiar "determinó que la administración de la colonia debe asumirla la Caja, sin hacer alusión alguna al contrato de arrendamiento suscrito entre la Caja de Compensación Familiar y mi mandante".

El 4 de febrero de 1983, Ramiro Gutiérrez Franco, Presidente del Consejo directivo, dirigió a la demandante una carta en que le manifiesta que el contrato se da por terminado el 15 de marzo de 1983. Este segundo aviso se produjo "sin argüir razones valederas, ni las verdaderas causas de terminación del contrato, que no son otras que las estipuladas en la cláusula decimosexta del contrato". Graciela Núñez respondió observando que de conformidad con el artículo 55 de la Ley 21 de 1982, el representante

legal de la Caja es el Director Administrativo, cargo desempeñado en ese momento por la señora Mireya Garzón de Rodríguez.

El 28 de marzo de 1983, la directora administrativa dirigió una nota a la demandante comunicándole que le envía copia de un cupo o reservación en la colonia para uno de los afiliados.

El 7 de abril del mismo año, el Superintendente del Subsidio Familiar, comunica a la demandante que ha comisionado a unos funcionarios para practicar una visita especial de carácter legal, financiero y contable a la Caja de Compensación Familiar, ATA, administrada actualmente por la señora Núñez Aponte".

El 2 de mayo de 1983, la demandante se dirige al Consejo Directivo de la Caja, para relacionarles una serie de anomalías surgidas en la ejecución del contrato, que van desde la carta de Ramiro Gutiérrez, hasta la pretensión de Mireya Garzón de R. "para tomar posesión de la colonia en forma arbitraria, mano militar, clausurando la puerta principal de entrada, y en fin perturbando la tenencia del inmueble que le había dado la Caja de Compensación a mi mandante". La arrendataria formuló denuncia penal en contra de la administradora de la Caja, quien, a su vez, hizo lo propio el 5 de julio de 1983, "con el ánimo de desalojar a mi representada de la colonia por ella administrada y que detenta en calidad de arrendamiento...por una supuesta violación de domicilio". En el mismo escrito manifiesta que "asumió directamente el control y administración de la colonia el día 16 de marzo de 1983, refiriéndose únicamente al hecho de que como la señora Núñez Ponte es apenas una simple administradora, ella podía removerla libremente cuando quisiera".

En diligencia de inspección judicial que practicó el Juzgado Penal el día 13 de julio de 1983, la denunciante manifestó que las habitaciones se encuentran cerradas desde el 22 de mayo, fecha en que la señora Núñez Aponte huyó por una orden de captura que había sido expedida en su contra por el despacho citado.

En la misma diligencia, el Juzgado Penal, sustituyendo la justicia civil, decidió "entregar la colonia vacacional Doroga, a la señora Mireya Garzón de Rodríguez en su condición de...representante legal de la Caja de Compensación Familiar, ATA, despojando en esta forma a mi mandante de la tenencia del inmueble, ya que el contrato se encontraba prorrogado, y no se había dado ninguna de las causales establecidas en el documento en la cláusula decimosexta".

La Caja, entonces, despojó a la demandante de la tenencia del inmueble. "primero como lo confiesa la Directora Administrativa asumiendo la dirección de la colonia, cambiando candados y dirigiendo el personal de la misma y por último prevaliéndose de una orden de captura y una diligencia de inspección judicial".

Al momento del despojo, el contrato se encontraba tácitamente prorrogado, y no se daba el factor indicado en la cláusula decimosexta.

La Caja de Compensación Familiar. ATA, llevó a cabo una negociación para traspasarle sus activos a Comfan, Caja de Compensación Familiar Andercorp, siendo ésta la razón para que se haya demandado solidariamente a esta última.

El proceso penal adelantado en contra de la demandante terminó con auto de cesación de procedimiento.

3. La demandada Comfan, Caja de Compensación Familiar, Andercorp, dio respuesta a la demanda anterior oponiéndose a las pretensiones de la actora. Dijo no constarle la mayoría de los hechos. Aunque admitió el traspaso de activo hecho por ATA, manifestó que desconocía la causa de la presente acción, como también la pretendida solidaridad que le atribuye la demandante.

Propuso las excepciones que denominó "carencia de acción", "carencia de *causa petendi*", "falta de legitimación en la causa", y "prescripción de las acciones".

4. Por su parte, la Caja de Compensación Familiar, ATA, en liquidación, también se opuso a las pretensiones de la actora, manifestando en relación con los hechos que debían probarse. Propuso las excepciones de "petición de modo indebido", "falta de legitimación en la causa" y "prescripción de la acción".

5. Adelantado el trámite propio de la primera instancia, el *a quo* dictó sentencia estimatoria de las pretensiones de la demandante.

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. El Tribunal, al desatar el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revocó lo decidido por el Juzgado, profiriendo en su lugar un fallo absolutorio. A ese propósito expuso las razones que a continuación se compendian.

2. Recuerda el *ad quem* que la ejercitada es una acción de responsabilidad contractual. Después señala que se dan los presupuestos del inciso 2 del artículo 60 del C. de P.C.

3. Pasa a referirse al contrato de arrendamiento y administración ajustado entre la demandante y la Caja de Compensación Familiar, ATA, para observar que es imprescindible indagar el verdadero alcance de la cláusula decimosexta de ese contrato, de la cual destaca sus apartes. Luego afirma que en la demanda se dijo que la demandada había incumplido esa cláusula al dar por terminado el contrato argumentando razones muy diferentes a las allí pactadas; y que la Caja despojó a la demandante del inmueble, cuando el contrato se encontraba prorrogado por voluntad tácita de las partes.

4. Se ocupa a continuación el Tribunal de la comunicación de fecha 29 de julio de 1982 dirigida por ATA a la demandante; de la carta del 10 de agosto de 1982 enviada por Graciela Núñez a la Caja; de la carta del 19 de agosto siguiente, de ésta a aquélla. Comunicaciones que, dice, fueron "desatendidas por la aquí demandante...".

Recuerda que de conformidad con la Ley 25 de 1981, entre las funciones que tiene la Superintendencia del Subsidio Familiar, existe la de "imponer por medio de resoluciones motivadas las sanciones pecuniarias a que se hagan acreedores los representantes legales, miembros de consejos directivos y funcionarios sometidos a su vigilancia". Que, sobre tal base, si la Superintendencia, había ordenado a la Caja asumir directamente la administración de la colonia vacacional, la Caja "tenía la obligación de atender de inmediato dicha orden y si no lo hacía verían afectados gravemente sus intereses, por cuanto, se hacía acreedora de las sanciones prescritas en la Ley 25/81...Por ello -concluye- la demandada no violó en ningún momento la cláusula 16 del contrato, sino por el contrario, actuó conforme a ella".

5. Por otro lado, también recuerda que la duración del contrato habría de ser de un año, y que a pesar de las comunicaciones del 29 de julio y del 19 de agosto de 1982, en las que el contrato se da por terminado, la demandante "continuó con la tenencia y administración del predio durante el año pactado para la duración del contrato y cuatro meses más".

Menciona las cartas del 4 de febrero y del 4 de marzo de 1983, remitidas por la Caja a la demandante, y que el requerimiento allí contenido tampoco fue atendido por ésta.

Sostiene que en el hecho 14 de la demanda "la actora confiesa que tuvo la tenencia física del inmueble hasta el 13 de julio de 1983", fecha en que el Juzgado Penal de Sasaima lo entregó a la representante legal de la Caja, un acto "cuya legalidad no puede controvertirse en este proceso", destacado que la entrega "se realizó sin solicitud a dicho juez penal por parte de la Caja de Compensación mencionada, según se lee en la correspondiente diligencia".

6. Asevera que "la prueba testimonial recaudada simplemente ratifica el contenido del contrato celebrado entre las partes...", y descarta el dictamen pericial.

7. Al concluir, reitera que la Caja no violó la cláusula 16 del contrato, y que no es cierto que ésta haya despojado a la demandante del inmueble "por cuanto según confesión de la actora, una autoridad jurisdiccional fue quien entregó el inmueble 'Doroga' a la Caja de Compensación Familiar...sin que obrara petición de la Caja al respecto a dicho juez, y por ello, no operó el mencionado despojo por parte de la demandada".

Aclara, finalmente, que el contrato había vencido desde meses antes de la entrega del inmueble, sin que hubiera sido prorrogado, por cuanto en la cláusula 16 se estipuló que la duración sería de un año prorrogable a voluntad de las partes, apareciendo clara en el expediente "la voluntad de la Caja...de darlo por terminado incluso antes del vencimiento del término de un año pactado en el contrato", por lo que no se puede afirmar que éste se encontraba prorrogado por voluntad tácita de las partes en la fecha en que se cumplió la entrega por parte de la justicia penal.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

1. En un solo cargo, planteado con base en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., se acusa en ella la sentencia anterior "como violatoria del ordinal k) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981, por aplicación indebida y de los artículos 29 de la Constitución Nacional, 1546, 1602, 1603, 1608, 1612, 1613, 1614, 1615, 1973, 1982, 1986, 1987, 1996 y 2007 del Código Civil, por falta de aplicación, como consecuencia de los evidentes y trascendentales errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas...".

2. El recurrente empieza la sustentación del cargo con una disquisición acerca del camino que ha debido seguir la entidad demandante con miras a recuperar la tenencia del inmueble, camino que en ningún caso podía ser el de la "restitución irregular..., mediante una diligencia de inspección judicial practicada por el Juez Penal Municipal de Sasaima (Cund.), en uso de atribuciones eminentemente de índole penal, y en manera

alguna, como lo entendió el Tribunal... '...del no cumplimiento, o cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de un contrato que vinculaba a las dos partes de este proceso...' ". Que, por lo mismo, no se trataba, de "dilucidar si hubo o no causal de terminación del referenciado contrato de arrendamiento, como erradamente lo apreció la precitada entidad judicial, sino de probar que la entidad demandada desconociendo la obligación de mantener a la demandada (sic) en la tenencia de la cosa arrendada, independientemente de que se hubiese configurado o no la causal de lanzamiento o de terminación del contrato celebrado, obtuvo el desalojo injustificado de la demandante de las instalaciones arrendadas...".

2. Dice entonces que la decisión del Tribunal es el producto de los yerros de facto cometidos en la apreciación de los siguientes elementos de juicio:

a) "Errada comprensión de la demanda introutoria del proceso", pues se pasa por alto que la reclamación de perjuicios está basada allí en el desalojo injustificado de la demandante por parte de la entidad demandada, en apoyo de lo cual se transcribe lo que allí se dice entre los hechos 11 y 18;

b) "Errada inteligencia del contrato base de la pretensión resarcitoria de perjuicios", pues sin que las partes lo estuvieran discutiendo, el Tribunal interpretó que tal pacto "no tipificaba un contrato de arrendamiento, sino de uno atípico", ya que la adición no desdibuja el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, ni lo degenera en otro diferente, ni llega a desfigurarlo "de tal manera que sea posible encasillarlo dentro de la nomenclatura tradicional...".

Que, dice un poco después, desde el aspecto literal el documento pone de presente que el contrato allí recogido es de arrendamiento, en abono de lo cual realiza transcripción de algunos apartes del mismo. Y que este criterio aparece reiterado en la correspondencia cruzada entre las partes contratantes.

Que si se admitiera en gracia de discusión que no existe contrato de arrendamiento, se estaría en presencia de un contrato bilateral, en cuyo caso regiría el artículo 1546 del C.C., en su inciso final. Por ello, concluye, en cualquiera de las dos hipótesis, la Caja de Compensación equivocó la instancia judicial;

c) "Preterición total de la denuncia penal presentada por Mireya Abigaíl Garzón de Rodríguez, Directora Administrativa de la Caja demandada...en la que la denunciante acepta que desde el 16 de marzo de 1983 asumió directamente el control y administración de la colonia vacacional 'Doroga', con el argumento de que la arrendataria era apenas una simple administradora que podía remover libremente cuando quisiera";

d) "Preterición total de la diligencia de inspección judicial llevada a cabo en las instalaciones del inmueble arrendado por el Juzgado Municipal de Susaima... diligencia en la que se consumió el despojo de la tenencia del citado bien a la arrendataria, sin que dicho funcionario fuese el competente para adoptar la arbitraria medida, ni el ente arrendador hubiese promovido el proceso de restitución correspondiente...".

El recurrente transcribe el aparte del acta correspondiente, en donde se dice que el Juzgado autoriza a la directora administrativa de la Caja para que cambien las guardas de las cerraduras, así como para que ponga candados en las habitaciones, en

razón de que el servicio se encontraba suspendido desde el mes de mayo anterior por ausencia de la administradora anterior, señora Graciela Núñez A., quien se llevó las llaves y se encuentra actualmente huyendo de la justicia;

e) "Preterición total de los testimonios de Blanca Murillo Bohórquez y Miguel Antonio Posada Sánchez, personas que les consta personalmente sobre el desalojo y la hostilización de que fue víctima Graciela Núñez Aponte". Reproduce algunas apreciaciones de estos dos testimonios, donde se habla del desalojo ejecutado por el Juzgado Penal de Sasaima;

f) Preterición de la providencia del 12 de octubre de 1985, por medio de la cual se dispuso la cesación de procedimiento en contra de Graciela Núñez, porque el hecho imputado no existió.

3. Argumenta luego el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente los anteriores elementos de juicio, "uno por cercenamiento de su contenido (la demanda inicial del proceso), otro por errónea interpretación (el contrato de arrendamiento) y las restantes por preterición...", porque si los hubiera entendido correctamente habría encontrado que la controversia versaba sobre los perjuicios causados a la arrendataria en razón del desalojo injusto patrocinado por la arrendadora, sin agotar los trámites judiciales previstos para el caso.

Anota, finalmente, que es totalmente inocuo el argumento del Tribunal consistente en que por haberlo dispuesto así la Superintendencia del ramo, las Cajas demandadas podían "omitir cualquier trámite judicial previsto para recuperar la tenencia de los bienes arrendados y la administración de los mismos", pues esa orden, como era lógico, no suponía desconocer derechos de terceros.

SE CONSIDERA

1. Respecto de los errores de hecho que el recurrente le adjudica al Tribunal, la Sala encuentra lo siguiente:

2) No hubo errónea comprensión de la demanda, pues el *ad quem* la vio según la presentó su autor. En efecto, entendió que la ejercitada era una "acción de responsabilidad civil contractual, que pretende el pago de los perjuicios ocasionados a un contratante por el otro", entendimiento que dedujo de observar que en los hechos de la demanda se afirma que la Caja de Compensación Familiar ATA incumplió la cláusula 16 del contrato al darlo por terminado, argumentando razones muy diferentes a las pactadas en la mencionada cláusula; y, además de que en la misma se agrega que la Caja despojó a la demandante del inmueble arrendado, teniendo en cuenta que el contrato se encontraba prorrogado por voluntad tácita de las partes.

Lo exactamente eso es lo que se dice en el hecho 14 de la demanda, sin que lo afirmado en numerales ulteriores pueda, de alguna manera, variar el sentido de lo allí consignado. Por el contrario, todos los otros hechos que hablan del despojo son una emanación de lo afirmado en éste, el cual, como es palmar en su diáfano tenor literal, liga al despojo con el contrato tácitamente prorrogado y con la ausencia de las causales establecidas en la cláusula decimosexta del mismo.

De la prórroga del contrato también se habla en los hechos 18 y 21, y en general, la demanda toda se encuentra diseñada sobre el contrato, su vigencia, y la transgresión del mismo por parte de la Caja.

Es cierto que, conforme el recurrente lo denota, en la demanda se menciona el despojo, o el desalojo, pero tal aspecto de la cuestión no era en sí mismo el factor definidor de la cuestión porque, como se acaba de ver, el propio demandante lo conectó con la vigencia del contrato, plasmada en su prórroga, y en este orden de ideas, el Tribunal, como en efecto lo apreció, no sólo tenía que ver las dos cosas, sino también conectacionarlas.

Ha sido el propio recurrente quien, al presentar el cargo, ha querido salirse del esquema fáctual ofrecido por él mismo en la demanda, al pretender que el factor definidor del asunto -no visto por el Tribunal- lo constituía el despojo o desalojo: éste, por supuesto, se encuentra afirmado en la demanda, pero no de una manera aislada -como ahora se le ha pretendido presentar- sino conectado o unido a la prórroga tácita del contrato. Y, vuélvase a decir, de esta manera fue como el juzgador lo apreció.

Justamente por buscar darle un giro distinto a la descripción fáctica que había ofrecido en la demanda -con miras a enrostrarle al Tribunal la comisión de un error inexistente- el recurrente no atina a impugnar lo que en realidad fue fundamento de la decisión. En ésta, como ya se ha expuesto, se parte de observar lo que en la demanda se informa acerca del incumplimiento de la cláusula 16 del contrato y del despojo cuando aquél se encontraba tácitamente prorrogado. Tras un análisis de distintos medios, sacó como primera conclusión la consistente en que la Caja no violó la susodicha cláusula contractual. Luego afirma que la Caja no despojó del inmueble a la demandante porque, "según confesión de la actora", la entrega la hizo una autoridad jurisdiccional, "sin que obrara petición de la Caja al respecto" conclusión ésta que refuerza observando que "ciertamente no hubo prórroga del contrato como lo alega la actora".

a) Las anteriores apreciaciones -que, reitérase, son congruentes con lo expuesto en la propia demanda- eran las que el recurrente ha debido impugnar. Pero no lo hizo por tomar el sendero ya apuntado, dejando de esa manera el fallo intacto en su fundamentación;

b) Que el Tribunal hubiera dicho que el contrato era atípico -"pues no era realmente un contrato de arrendamiento"- es cuestión por completo intrascendente porque, con prescindir de la administración también incorporada a la relación, la decisión tomada no hubiera sufrido ninguna variación. Y es que aquí el recurrente vuelve a desviar el ataque porque por concentrarse en censurar al sentenciador por no haber visto que se trataba de un contrato de arrendamiento, dejó de lado que éste, siguiendo los derroteros que se le marcaron en la demanda, ubicó el problema de manera concreta en el alcance que le cupiera a la cláusula decimosexta, la cual interpreta y confronta con las pruebas para concluir en que, como ya se dijo, la Caja demandada no sólo no la violó, sino que actuó conforme a ella, conclusión ésta que era perfectamente compatible con cualquiera de las denominaciones del contrato;

c) Si bien es cierto que el Tribunal guardó silencio en torno a la denuncia penal formulada en contra de la demandante por la directora administrativa de la Caja

demandada, tal omisión resulta intrascendente, pues aunque la hubiera apreciado, su decisión en nada hubiera variado ya que, no obstante que allí la demandada dijera que desde el 16 de marzo de 1983 asumió directamente el control y administración de la colonia vacacional, es la propia demandante quien está afirmando en la demanda que el despojo se consumó el 13 de julio de 1983 (hecho 14), modo del cual lo vio el Tribunal para quien, lo consignado en este hecho es constitutivo de una confesión.

También aquí el recurrente se abstuvo de impugnar la apreciación fáctica acogida por el *ad quem*;

d) Habla el censor de "preterición total de la diligencia de inspección judicial" cumplida por el Juzgado Penal de Sasaima, objeción que no es cierta, pues el Tribunal sí vio esa diligencia. Tanto, que allí encontró la prueba de la entrega cumplida por el Despacho mencionado a la representante de la Caja, añadiendo que la legalidad de ese acto no puede discutirse dentro de este proceso, y que esa entrega se realizó sin que mediara solicitud por parte de la Caja, "según se lee en la correspondiente diligencia", afirmó textualmente.

El recurrente así mismo, dejó de combatir, en el punto, lo expuesto por el Tribunal, ya que si éste cometió algún error de apreciación probatoria, en ningún caso éste fue por preterición total de la prueba antes mencionada;

e) De igual manera, afirma el impugnador que el Tribunal pretirió totalmente los testimonios de Blanca Clara Murillo B. y Miguel Antonio Posada S., lo que tampoco se acomoda a la sentencia, ya que en ella, de modo general, dícese que la prueba testimonial simplemente ratifica el contenido del contrato celebrado entre las partes.

Dado que el censor se duele de que el Tribunal no vio en las referidas atestiguaciones la demostración del "desalojo y la hostilización de que fue víctima Graciela Núñez Aponte", ha debido, por consiguiente, denunciar, no la omisión radical -que no pudo haberse presentado por lo acabado de decir- sino la mala interpretación por cercenamiento de las declaraciones. Y aún así, nada se hubiera agregado a lo que ya constaba en la diligencia de inspección judicial;

f) La no apreciación del auto que ordenó cesar el procedimiento penal en contra de la demandante, datado el 12 de octubre de 1985, es intrascendente porque se trata de algo que ninguna conexión guarda con los hechos de los que este proceso surgiera. O, al menos, el recurrente se abstiene de demostrar su incidencia en los mismos cuando denuncia el yerro.

2. Lo antes expuesto, en relación con los errores que en el cargo se le adjudican al Tribunal. Pero la verdad es que éste, como fue anticipado, con miras a sustentar su decisión, también se basó en otros medios probatorios. Así, por fuera de la demanda, del contrato y de la diligencia de inspección judicial, el Tribunal, para concluir que la Caja no había violado la cláusula decimosexta del contrato, tuvo en cuenta la comunicación que tal entidad dirigió a la demandante el 29 de julio de 1982, la respuesta de ésta, fechada el 10 de agosto de 1982, y la nueva comunicación de aquélla del 19 siguiente. Luego, para ver que el contrato no se encontraba prorrogado, igualmente se apoyó en las cartas que la Caja le dirigió a la actora el 4 de febrero de 1983 y el 15 de marzo siguiente.

El recurrente dejó de atacar la sentencia por la estimación de tales medios, lo que quiere decir que el cargo es incompleto, pues, como lo tiene enseñado desde antiguo la jurisprudencia de la Corte, ...si el fallador de instancia apoyó su resolución en varias pruebas, el recurrente, para salir airoso en su actividad impugnativa, debe atacar todas las pruebas que sirvieron de respaldo a la decisión impugnada; que si el Tribunal tuvo más de un soporte autónomo de su fallo, nada gana el recurrente con destruir varios de ellos si no los derrumba todos, pues quedando uno solo en pie, él será estribo suficiente del fallo..." (Cas. civ. 4 de sept. de 1975). Y más recientemente: "...Si la decisión combatida tiene soporte en varios motivos jurídicos, la acusación ha de comprenderlos todos, porque en su defecto el pilar no impugnado le sigue prestando a la sentencia apoyo suficiente para mantenerla en pie. Por consiguiente, si la acusación al fallo del *ad quem* viene montada por la causal primera de casación y de los varios soportes en que descansa la decisión el recurrente contra la impugnación en uno o varios, pero se desentiende de otro u otros que le sirven de puntal, la impugnación en esas condiciones es incompleta, lo cual se traduce en que no puede abrirse paso (Cas. civ. 13 de marzo de 1989).

En suma, si en el presente caso, el ataque se encuentra formulado de manera incompleta, y si, además, el Tribunal no incidió en los yerros que se le adjudican, o los mismos son intrascendentes, se sigue que el cargo no prospera.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que data del trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), dentro del proceso ordinario instaurado por Graciela Núñez Aponte en frente de la Caja de Compensación Familiar. ATA, (en liquidación) y de Comfan, Caja de Compensación Familiar Andercorp.

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

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

Competencia Territorial - Fueros / Rendición de Cuentas / Fuero Concurrente

Como factores de competencia, uno de los cuales es el territorial, en virtud del cual, se asigna el conocimiento de un proceso determinado a una autoridad judicial específica, teniendo en cuenta para ese efecto los denominados "fueros" o "foros", cuales son el general o personal, el real y el contractual, sin perjuicio de que en ocasiones por la confluencia de dos de ellos se dé origen al fuero concurrente. / Para procesos de esta índole -rendición de cuentas- por ministerio de la ley, existe un fuero concurrente entre el personal o general del llamado a rendir las cuentas y el real, determinado por el lugar de la administración de los negocios que dan lugar a que ellas se soliciten.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de octubre de 1983.

Referencia: Expediente número 4642.

Se decide por la Corte el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Primero Civil del Circuito de Medellín y Promiscuo del Circuito de Támesis (Antioquia) en el proceso de rendición de cuentas promovido por Víctor Mario, Dora Patricia, Diego y María Cristina Arango Wiedemann, como herederos de Sofía Restrepo Viuda de Arango, contra Jorge Arango Restrepo.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 46 a 61 del cuaderno principal Víctor Mario, Dora Patricia, Diego y María Cristina Arango Wiedemann, como herederos reconocidos en la sucesión de Sofía Restrepo Viuda de Arango, iniciaron un proceso de rendición de cuentas contra Jorge Arango Restrepo ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis (Antioquia), a efecto de que el demandado, como representante legal de la sociedad Francisco Arango Sucesores Ltda. -de la cual fue socia fundadora la causante Sofía Restrepo Viuda de Arango- rinda cuentas de la administración de dicha sociedad.

2. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, en auto de 13 de julio de 1993 (fl. 62, cdno. citado), rechazó la demanda por falta de competencia, aduciendo para este efecto que el domicilio de la sociedad Francisco Arango Sucesores Ltda., es la ciudad de Medellín, razón por la cual la competencia para conocer de este proceso se radica en los Jueces Civiles del Circuito de esa ciudad.

3. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, en auto del 1º de septiembre de 1993 (fls. 65 y 66, cdno. citado), a su turno se declaró remitir el expediente a esta Corporación para que dirima el conflicto, decisión ésta que fundamenta en que el domicilio del demandado es el municipio de Valparaíso (Antioquia), adscrito al Circuito de Támesis, por lo que es al juez promiscuo de esta ciudad al que corresponde tramitar el proceso, conforme a lo dispuesto por el artículo 23, ordinales 1º y 12 del Código de Procedimiento Civil.

4. Cumplida la tramitación señalada por el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, de la decisión de este conflicto de competencia se ocupa ahora la Corte.

II. CONSIDERACIONES

1. El legislador distribuye entre los distintos despachos judiciales el ejercicio de la jurisdicción que corresponde al Estado en materia civil, en atención a circunstancias específicas, conocidas como "factores de competencia", uno de los cuales es el territorial, en virtud del cual, se asigna el conocimiento de un proceso determinado a una autoridad judicial específica, teniendo en cuenta para ese efecto los denominados "fueros" o "foros", cuales son el general o personal, el real y el contractual, sin perjuicio de que en ocasiones por la confluencia de dos de ellos se dé origen al fuero concurrente.

2. El Código de Procedimiento Civil en su artículo 23 regula lo atinente a la competencia territorial y, para ello, en su numeral 1º preceptúa que en los procesos contenciosos será competente el juez del domicilio del demandado, y dispone que cuando exista pluralidad de domicilios podrá elegir el demandante cualquiera de ellos, salvo que se trate de un asunto vinculado a uno de los mismos, caso en cual el conocimiento del proceso corresponderá al Juez de este último. Es decir, que la norma en mención hace aplicación en este numeral del fuero personal o general, por cuanto el domicilio cumple entre otras funciones jurídicas la de indicar y precisar el lugar donde para el Derecho y para el Estado se encuentra una persona.

3. De la misma manera, el citado artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 12, prescribe que de los procesos sobre rendición de cuentas "conocerá también el juez que corresponda al centro principal de la administración", lo que quiere decir que para procesos de esta índole, por ministerio de la ley, existe un fuero concurrente entre el personal o general del llamado a rendir las cuentas y el real, determinado por el lugar de la administración de los negocios que dan lugar a que ellas se soliciten.

4. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, encuentra la Corte que en la demanda que obra a folios 46 a 61 del cuaderno principal, expresamente se indicó como domicilio del demandado Jorge Arango Restrepo, el municipio de Valparaíso (Antioquia), e incluso se señaló que para efectos de la notificación podría ser localizado

el demandado en ese municipio, "zona urbana, carrera 4ª número 4-33/43, a media cuadra del parque principal" (fls. 46 y 61, cdno. citado).

5. No queda pues duda de ninguna naturaleza de que los demandantes, como herederos de Sofía Restrepo viuda de Arango, quien fue socia de la empresa Francisco Arango Sucesores Ltda., convocaron al demandado Jorge Arango Restrepo a este proceso de rendición provocada de cuentas, haciendo uso de su derecho a elegir para su tramitación al juez que corresponde al domicilio del demandado, que lo es el del Circuito de Támesis (Antioquia), conforme a lo dispuesto por el Decreto 2270 de 1989, lo que significa que es éste el despacho judicial competente para conocer de este proceso y no el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Promiscuo del Circuito de Támesis (Antioquia) y Primero Civil del Circuito de Medellín, en el proceso de rendición de cuentas promovido por Víctor Mario, Dora Patricia, Diego y María Cristina Arango Wiedemann, como herederos de Sofía Restrepo viuda de Arango, contra Jorge Arango Restrepo, en el sentido de que corresponde conocer del mismo al primero de los despachos judiciales mencionados y no al segundo.

En consecuencia, envíese el expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis (Antioquia) y comuníquese esta decisión al Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, para los efectos legales.

Notifíquese.

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

Conflicto de Competencia / Acción Cambiaria / Título Valor / Fuero Concurrente / Fuero Contractual

No es acertado asimilar la acción encaminada al cobro de determinado título valor, con la tendiente a obtener el cumplimiento del contrato, por lo que entonces resulte desatinado invocar como presunto fuero concurrente el del lugar del cumplimiento del contrato frente a un asunto cobijado únicamente por el llamado fuero general o actor *sequitur forum rei*, de que trata el numeral 1 del artículo 23, y que se refiere a la regla según la cual debe demandarse en el domicilio del demandado. "El caso en el que el título valor tiene soporte incontrovertible en un contrato suscrito entre las futuras partes procesales, contrato que hace parte de los anexos de la demanda, pues en este evento la existencia del fuero concurrente encuentra arraigo en el numeral 5 del artículo 23 *in fine*.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4656.

Se decide el conflicto de competencia surgido entre los Juzgados Primero Civil del Circuito de Buenaventura (Valle) y Civil del Circuito de Tumaco (Nariño) para conocer de la demanda ejecutiva promovida por María Australia Marquínez contra Héctor Hernando Melo.

ANTECEDENTES

I. María Australia Marquínez presentó demanda ejecutiva contra Héctor Hernando Melo, en procura de obtener el pago de $ 2.000.000 que la primera dio en mutuo con intereses al segundo y a Edna Palacios de Mosquera, contrato en el que, suscrito en Buenaventura el 2 de julio de 1990, los mutuarios se comprometieron a devolver la suma mutuada "en un plazo máximo de diez meses contados a partir de la fecha y con vencimiento el 1º de junio de 1991".

II. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura a quien correspondió por reparto la demanda, la rechazó de plano, aduciendo que por tratarse del cobro ejecutivo de un título valor, al cual asimila el contrato mencionado luego de apoyarse en los artículos 621 y 709 del C. de Co., la competencia para conocer del libelo está

determinada por el artículo 23, numeral 1, del C. de P.C., es decir, radica en el juez del domicilio del demandado, que según la demanda, agrega, es el Municipio de Olaya Herrera (Nariño). Consecuente con dicha reflexión, y enterado que el citado Municipio es comprensión territorial del Circuito de Tumaco (Nariño), remitió, por razón de cuantía, la actuación al Juzgado Civil del Circuito de esa localidad, el cual discrepó del remitente al advertir que de conformidad con los artículos 621, 651 y 709 del C. de Co., no se está frente a un pagaré a la orden, sino de un contrato de mutuo, ante el cual se da el fuero concurrente previsto por el numeral 5 del artículo 23 del C. de P.C.

III. Suscitado de ese modo el conflicto de competencia, la actuación fue enviada a esta Corporación, que procede a decidir lo pertinente, cumplido como está el trámite de rigor.

CONSIDERACIONES

1. Con arreglo al artículo 28, inciso 1º, del C. de P.C., corresponde a esta Sala de la Corte Suprema de Justicia dirimir el conflicto de competencia aquí suscitado, por tratarse de juzgados pertenecientes a distinto distrito judicial.

2. De las reglas de competencia señaladas por el artículo 23 del C.C., la primera constituye la regla general, consistente en precaver como tal el domicilio del demandado, puesto que, según lo ha puntualizado la Corte, ello tiene por fundamento el que si la conveniencia social impone al demandado el deber de afrontar la litis por iniciativa del actor, resulta apenas justo que se le demande en su domicilio, en donde el trámite del proceso será menos oneroso para él (actor *sequitur forum rei*).

No obstante, la ley ha previsto la existencia de otros fueros concurrentes de competencia, habida cuenta de la génesis de los litigios y su naturaleza jurídica, tal como acontece en el numeral 5º del artículo 23 del C. de P.C., conforme al cual "de los procesos a que diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado...".

3. Teniendo por mira lo anteriormente expuesto, la Corte ha reiterado que tratándose del cobro compulsivo de un título valor, la competencia para conocer del proceso no está determinada por las estipulaciones legales regulativas del fenómeno sustancial del pago voluntario del instrumento, sino por las prevenciones del Código de Procedimiento Civil, ordenamiento frente al que ha puntualizado además que "la competencia para conocer del proceso ejecutivo no pueda darse sobre los supuestos contemplados por el numeral 5º del artículo 23... pues la emisión de dicho instrumento no denota, por sí sola, una relación de contenido contractual, que amerite la aplicación de esa regla de competencia territorial, es decir, la elección, ab libitum, *del actor del fuero concurrente allí previsto" (auto de 9 de octubre de 1992).*

Por esa razón y respecto del ejercicio de la acción cambiaria la Corte ha expresado que "como quiera que ambas se mueven en órbitas diferentes, no es acertado asimilar la acción encaminada al cobro de determinado título-valor, con la tendiente a obtener el cumplimiento del contrato, por lo que entonces resulta desatinado invocar como presunto fuero concurrente el del lugar del cumplimiento del contrato frente a un asunto cobijado únicamente por el llamado fuero general o actor sequitur forum rei, *de*

que trata el numeral 1 del mencionado artículo 23, y que se refiere a la regla según la cual debe demandarse en el domicilio del demandado" (auto de 9 de septiembre de 1992).

Distinto es, por tanto, el caso en el que el título valor tiene soporte incontrovertible en un contrato suscrito entre las futuras partes procesales, contrato que hace parte de los anexos de la demanda, pues en este evento la existencia del fuero concurrente encuentra arraigo en el numeral 5 del artículo 23 in fine, *del cual se puede servir el actor al presentar el libelo toda vez que, como lo ha advertido la Corte, es a éste y no al juez a quien corresponde la pertinente elección (auto de 26 de marzo de 1992).*

4. Con todo, en el caso de la acción ejecutiva aquí incoada por la demandante, no remite a duda que se está frente al cumplimiento de un contrato de mutuo, en virtud del cual los mutuarios se obligaron a pagar el 1º de junio de 1991 la suma de $2.000.000, más intereses legales, y aun cuando allí nada se indicó en relación con el cumplimiento de la obligación, es lo cierto que como con arreglo a la demanda la actora no ha variado su domicilio contractual que sigue siendo Buenaventura, es ese lugar el que debe tenerse en cuenta para efectos del cumplimiento del contrato, bien sea a la luz del artículo 876 del C. de Co. o del artículo 1647 del C.C.

5. En las precedentes circunstancias, no admite duda que se da el fuero concurrente previsto por el artículo 23, num. 5, del C. de P.C., tal como lo planteó la demandante al expresar en el capítulo correspondiente a la "Competencia..." que ésta corresponde al Juzgado Civil del Circuito de Buenaventura (reparto) "por la naturaleza de la acción, por el lugar donde se efectuó el contrato y por la cuantía que la estimó en más de dos millones de pesos...". Siendo así, el competente para conocer de esta actuación es el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura, sentido en el que debe resolverse el conflicto.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil *dirime* el conflicto en el sentido de disponer que corresponde al Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura (Valle) conocer de la demanda ejecutiva instaurada por María Australia Marquínez contra Héctor Hernando Meto, juzgado al que se ordena remitir el expediente, previa información de lo aquí decidido al Juzgado Civil del Circuito de Tumaco (Nariño).

Por Secretaría, líbrese la comunicación correspondiente.

Notifíquese.

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

DEMANDA DE REVISIÓN

Cada exigencia formal de la demanda de revisión tiene su razón de ser, y en lo que toca con la fecha en que se profirió la sentencia y el señalamiento del día en que quedó ejecutoriada, son datos que van orientados a que el juzgador, de entrada, pueda saber y determinar si el recurso fue formulado en la debida oportunidad, o sea, dentro del plazo o plazos señalados por la ley, o por el contrario, por fuera de tiempo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4610.

Se decide el recurso de súplica contra el auto de 6 de los cursantes, en virtud del cual se rechazó la demanda de revisión presentada por Teresa del Niño de Jesús Bedoya Olálvaro y por Oscar Fredy, Nelson Alberto y Jorge Iván López Bedoya.

ANTECEDENTES

I. Por auto de ponente de 17 de septiembre de 1993, la Corte inadmitió la demanda para que la parte recurrente, en el término de cinco días, allegara copias autenticadas "tanto de la actuación procesal, como de los registros civiles que adjunta para acreditar la calidad de herederos con la cual obran los recurrentes".

II. Mediante auto del día 6 de los cursantes la Corte rechazó la demanda de revisión por cuanto las copias de la actuación procesal traídas como anexos a aquella "permanecen sin la debida autenticación, como que no aparece en ellas la orden de su expedición proferida por el respectivo juez (art. 254 C. de P.C.)", habida cuenta que "importaba, por supuesto, el examen preliminar de esa actuación a efecto de establecer si el recurso de revisión se introdujo oportunamente".

III. La parte demandante en revisión ha interpuesto contra el último pronunciamiento recurso de súplica, en orden a que la Corte lo revoque y, en su lugar, disponga el cumplimiento del trámite previsto en el artículo 383 del C. de P.C., adujiendo en síntesis que el auto suplicado introdujo como motivo de rechazo una exigencia adicional y diferente a las impuestas en el de 17 de septiembre ya aludido, que fueron satisfechas, exigencia que no se compadece con el contenido del artículo 383 del C. de P.C., como

quiera que éste ordene el reclamo del expediente contentivo del proceso en el que se pronunció la sentencia objeto de revisión al Juzgado que lo adelantó, fuera de que esa actuación fue solicitada como prueba en la demanda de revisión y, además, no está consagrada dentro de los requisitos exigidos para tales efectos por el artículo 382 *ibidem*. Argumentan adicionalmente los suplicantes que las copias del proceso de filiación que adjuntaron como anexos de la demanda de revisión cumplen los requerimientos de autenticación previstos en la ley.

CONSIDERACIONES

1. La demanda contentiva de un recurso extraordinario debe reunir, para que se le dé curso normal, los requisitos que señala la ley, entre los cuales está el de la designación del proceso en que se dictó la sentencia, con indicación de su fecha, el día en que quedó ejecutoriada y el despacho judicial en donde se encuentra el expediente (art. 383 del C. de P.C.).

2. Cada exigencia formal de la demanda de revisión tiene su razón de ser, y en lo que toca con la fecha en que se profirió la sentencia y el señalamiento del día en quedó ejecutoriada, son datos que van orientados a que el Juzgador, de entrada, pueda saber y determinar si el recurso fue formulado en la debida oportunidad, o sea, dentro del plazo o plazos señalados por la ley, o por el contrario, por fuera de tiempo.

3. Respecto del requisito que se viene analizando, simplemente se cumple, en su aspecto formal, con la sola indicación en la demanda de la designación del proceso en donde se dictó la sentencia que se impugna en revisión, de la fecha en que se profirió y del día en que quedó ejecutoriado, lo que se traduce en que no se requiere, para darle curso al libelo que contiene el recurso de revisión, de prueba que acredite esos aspectos, los que ciertamente fueron referidos por los recurrentes en la correspondiente demanda.

4. Ahora bien, dispone la disciplina legal que *el recurso de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, cuando el impugnante alegue alguna de las causales contenidas en los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo 380 del C. de P.C., anadiendo que cuando se invoque la prevista en el numeral 7 del mencionado artículo, los dos años comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudiciada con la sentencia tuvo conocimiento de ella, con límite máximo de cinco años. No obstante, cuando la sentencia debe ser inscrita en registro público, los términos sólo comenzarán a correr a partir de la fecha del registro (art. 381 del C. de P.C.).*

Y, con relación, a la situación precedente, los recurrentes en la correspondiente demanda afirmaron: "Ya procesalmente dado el tiempo transcurrido conforme a las mismas normas de procedimiento, no es la única viable en favor de mis patrocinados; pues en relación a otra u otras que podría invocar, por haber transcurrido más de dos años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, ya se ha perdido la oportunidad. Mis poderdantes se enteraron de la sentencia objeto del presente recurso extraordinario de revisión, ahora, cuando se les demanda en proceso ordinario de Acción de Petición de Herencia ante el Juzgado Segundo de Familia de la ciudad de Medellín, cuyo radicado es el número 2625 y con base en esa sentencia en firme dictada por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín y el honorable Tribunal Superior de Medellín que

mediante el presente trabajo estoy recurriendo por inicua y violatoria del derecho de defensa contra mis poderdantes".

Y aunque lo deseable hubiera sido que los recurrentes hubieran indicado el día en que se enteraron de la sentencia, materia del recurso de revisión, lo cierto es que utilizan la locución adverbial "ahora", o sea, en este momento, en el tiempo actual o presente, afirmación está que permite concluir, con claridad, lo que se persigue, que es lo que determina si la causal está o no afectada de caducidad. Y como según esta reflexión, el recurso ha sido propuesto oportunamente, habrá de revocarse el proveído recurrido, para en su lugar disponer el impulso del recurso, sin perjuicio de que existan otros motivos para inadmitirla cuando la Corte tenga nueva oportunidad de calificación de la demanda.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, *revoca* el auto suplicado de 6 de los corrientes, y en su lugar dispone el impulso del recurso, de conformidad con el artículo 383 del C. de P.C.

Notifíquese.

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

AGENCIA COMERCIAL / SOCIEDAD / ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

No es posible confundir el contrato de agencia comercial con las agencias de las sociedades mercantiles. La más notoria de las diferencias entre estas dos figuras, que atañe al caso en cuestión, radica en que por virtud del contrato de agencia se crea en una persona natural o jurídica la calidad de agente, mientras que la agencia de una sociedad, por definición, es un establecimiento de comercio perteneciente a dicha sociedad, integrante por lo tanto de su patrimonio y a cuyo frente se encuentran administradores subordinados o dependientes que no tienen facultad para representarla.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4682.

Se decide el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Cartago (Valle) y el Juzgado Dieciséis (16) Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en relación con el proceso ordinario promovido por La Previsora S.A., Compañía de Seguros, contra Nuevo Transporte Chocó Ltda. y Cía S.C.S.

ANTECEDENTES

1. La Sociedad Nuevo Transporte Chocó Ltda. con sede en Cartago, celebró un contrato de agencia comercial con José Alberto Guerrero, por el cual dicha entidad arrienda su razón social para que administre la agencia de Bogotá y la explote en cuanto se refiere al transporte de carga, explotación que se hará bajo la propia responsabilidad del arrendatario, ya que la hace directamente el señor Guarrero a cambio de una mensualidad (fl. 48).

2. Este último, haciendo uso del nombre de la sociedad en referencia, celebró con el Idema un contrato de transporte para enviar una mercancía desde Santafé de Bogotá hasta Florencia, en el Departamento de Caquetá. Al no recibirse la mercancía, La Previsora, Compañía de Seguros S.A., entidad otorgante de una póliza que amparaba los riesgos surgidos en el transporte de dicha mercancía, reconoció la indemnización a la entidad pública afectada.

3. Posteriormente, La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en calidad de subrogataria, presentó demanda ante el Juez Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, solicitando que se declare responsable a la Sociedad Nuevo Transporte Chocó Ltda. y Cía S.C.S., del incumplimiento del contrato de transporte celebrado.

4. Conoció del asunto inicialmente el Juzgado 16 Civil del Circuito en Santafé de Bogotá, despacho que, después de ordenar que se subsanaran defectos formales de los que adolecía la demanda, se declaró incompetente para asumir el conocimiento de la misma (fl. 62). Al decidir sobre el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, aseveró dicho despacho que según el numeral 7° del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, es competente el juez del domicilio de la oficina principal de la sociedad, para los negocios que se celebren con ella; por existir en el expediente una certificación suscrita por el gerente de la sociedad demandada, en la que certifica que el contrato y el registro de la Cámara de Comercio se hicieron con la casa principal de Cartago, quedando independiente la agencia de Santafé de Bogotá, el Juez 16 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá entendió que el juez competente para conocer el presente asunto lo es el del domicilio principal de la sociedad, es decir, en Cartago (fl. 65).

5. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) no aceptó los argumentos del Juzgado Civil del Circuito en Santafé de Bogotá por las siguientes razones:

El contrato de transporte se celebró con la Agencia Nuevo Transporte Chocó Ltda. de Santafé de Bogotá domiciliada en la misma ciudad según certificado de matrícula de agencia expedido por la Cámara de Comercio (fl. 58).

La ya mencionada constancia, expedida por la agencia demandada, y en la cual fundamentó su decisión el Juez 16 Civil del Circuito en Santafé de Bogotá, se refiere no al contrato de transporte celebrado con el Idema, sino al contrato de agencia.

La documentación presentada en el expediente hace referencia a la agencia en Bogotá y para comprobarlo ha de tenerse en cuenta, por ejemplo, la comunicación enviada por el Almacenista General del Idema al Gerente de Nuevo Transporte Chocó Ltda. y Cía. S.C.S., en Bogotá solicitándole que explique la causa de la no entrega de la mercancía.

Habiéndose celebrado el contrato de transporte con la agencia en Bogotá, según el artículo 23 numeral 7° del Código de Procedimiento Civil, son competentes a prevención, tanto el juez de la sede principal, como el de las sucursales o agencias.

6. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), provocó entonces el conflicto de competencia objeto de estudio, y ordenó remitir el proceso a esta Corporación.

CONSIDERACIONES

1. El Contrato de agencia comercial está regulado por el Capítulo V, Título XIII del Libro 4º del Código de Comercio y hasta la lectura de estas disposiciones para

comprender que no es posible confundirlo con las agencias de las sociedades mercantiles, reguladas especialmente por el artículo 264 del Código de Comercio; en efecto, la más notoria de las diferencias entre estas dos figuras, que atañe al caso en cuestión, radica en que por virtud del contrato de agencia se crea en una persona natural o jurídica la calidad de agente, mientras que la agencia de una sociedad, por definición, es un establecimiento de comercio perteneciente a dicha sociedad, integrante por lo tanto de su patrimonio y a cuyo frente se encuentran administradores subordinados o dependientes que no tienen facultad para representarla.

Dicho en otras palabras y atendida la relación contractual existente entre la sociedad demandada, que lo es Nuevo Transporte Chocó y Cía S.C.S., y José Alberto Guerrero, empresario independiente y por lo tanto extraño a la organización interna de la mencionada entidad, forzoso es hacer ver que de acuerdo con estas nociones elementales ha de interpretarse el contenido de los certificados de matrícula visibles a folios 57 y 58 del cuaderno principal.

2. Así las cosas y en el bien entendido que no le compete a esta Corporación, al menos en esta fase preliminar del proceso, definir si la Sociedad Empresa Nuevo Transporte Chocó Ltda. y Cía. S.C.S., como consecuencia del llamado contrato de "agencia comercial" celebrado con José Alberto Guerrero, ha de asumir o no las consecuencias del incumplimiento del contrato concertado por el Idema y por virtud del cual se produjo el pago de un seguro por parte de la aseguradora demandante, son pertinentes dos breves observaciones en orden a dirimir la contienda de la que estos autos dan cuenta:

En primer lugar, la demanda presentada por La Previsora, Compañía de Seguros S.A., sociedad de economía mixta del orden nacional, se instauró sin duda alguna y de manera exclusiva contra la sociedad Empresa Nuevo Transporte Chocó Ltda. y Cía. S.C.S. (fl. 50 del cuaderno principal), no así contra el representante de comercio o "agente" que ella tiene en esta capital, y el domicilio de esa persona jurídica, en segundo lugar, lo es la ciudad de Cartago (Valle) según el certificado de la Cámara de Comercio de Cartago, adjuntado al proceso por el actor (fl. 45 del cuaderno principal), luego dados estos supuestos, la competencia para conocer de este proceso desde el punto de vista del factor territorial, la fijan con absoluta claridad el numeral 7°, parte primera, el numeral 18 y el propio numeral 1° del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, preceptos éstos de conformidad con los cuales ella le corresponde al Juez 2º Civil del Circuito de Cartago que es la cabecera donde, según quedó visto, tiene su domicilio principal la sociedad demandada.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, declara que el Juez competente para conocer de la demanda identificada en la referencia es el Juez 2º Civil del Circuito de Cartago (Valle).

En consecuencia, se ordena remitir el expediente a dicho juzgado para que prosiga con el trámite correspondiente.

Comuníquese así mismo lo resuelto al Juzgado 16 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

Notifíquese.

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

Unión Marital de Hecho / Sociedad de Hecho Concubinaria / Jurisdicción de Familia / Jurisdicción Civil

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 conformada 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 por la segunda, que 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 una con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal.

Nulidad Procesal / Falta de Jurisdicción

Cuando el superior jerárquico encuentra que el asunto del cual conoce corresponde a otra jurisdicción, debe decretar la nulidad que es insanable (art. 144 *ibidem*) y proceder de conformidad con lo reglado en el artículo 146 *ib.*, indicando la actuación que debe renovarse, para que la autoridad encargada del trámite en primera instancia, proceda a tomar la determinación pertinente que, en tal hipótesis, consistirá en rechazar la demanda.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D. C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4669.

Decídese por la Corte lo que corresponda respecto del conflicto surgido entre las Salas Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por María Brígida Moreno Moreno contra Guillermo Parra Colmenares.

I. ANTECEDENTES

1. María Brígida Moreno Moreno, por conducto de apoderado para pleitos, el 21 de mayo de 1990 presentó demanda ordinaria con el fin de que se pronuncien las siguientes declaraciones:

1.1. "Se declare la existencia de una sociedad de hecho entre María Brígida Moreno Moreno y Guillermo Parra Colmenares por un lapso de 19 años desde 1970 hasta 1989.

1.2. "Se declare que durante esta sociedad de hecho se dio también la *comunidad doméstica.*

1.3. "Se declare que igualmente durante la sociedad de hecho se dio la mutua fidelidad de los concubinos.

1.4. "Se declare que esta unión fue estable durante casi 20 años, durante los cuales la convivencia fue bajo un mismo techo y sus relaciones notorias y públicas siendo provistos los gastos del hogar por el concubinario y en etapa final por ambos.

1.5. "Se declare que durante esta sociedad de hecho se constituyó y estableció además una sociedad de bienes" (fls. 13 y 14, c. 1).

2. Entre otros hechos que sirven de apoyo a las pretensiones se mencionan:

2.1. "María Brígida Moreno y Guillermo Colmenares se conocieron en el año de 1968, dos años después establecieron la sociedad de hecho que nos ocupa.

2.2. "La señora Brígida de estado civil soltera y el señor Parra de estado civil casado y separado de bienes en el año de 1975 con liquidación en ceros patrimoniales.

2.3. "Después de vivir en la casa de la señora Brígida se establecieron en una casalote propiedad de los concubinos la cual se adquirió durante la sociedad y con los ahorros y la constante colaboración de la señora Moreno, en cuestiones de ahorro y de ayuda en el negocio Almacén de Repuestos de Segunda Ford "B" 68, era ella reconocida como la compañera del señor Parra por todos los trabajadores, lo mismo que por el propietario del inmueble donde estaba ubicado el almacén. Ella también asistió en reiteradas ocasiones a los papeleos propios del funcionamiento del almacén, por lo anterior le consta que él era el único propietario de dicho negocio ya que lo adquirió también durante esta convivencia".

3. La demanda correspondió por reparto al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, el que por auto del 8 de junio de 1990 la admitió. Rituado el proceso con la audiencia del demandado Guillermo Parra Colmenares (fls. 20 a 22, c. 1), culminó con sentencia (fls. 113 a 120, c. 1), pronunciada por el juez del conocimiento el 12 de noviembre de 1991, en la que se negaron las pretensiones por considerar el fallador que no se demostraron los elementos necesarios para acreditar la existencia de la sociedad de hecho entre demandante y demandado, para lo cual señaló: "De todo lo que se deja expuesto se deduce con certeza que entre demandante y demandado no existió, en ningún momento, la presunta sociedad de hecho que la primera reclama en su demanda. Hubo, eso sí, un acuerdo para convivir bajo un mismo techo, en pleno y público concubinato, en donde la barragana se dedicó a atender a la manutención y educación de las hijas del demandado pero descartando toda posibilidad de intervenir en todos los negocios de

Parra Colmenares, precisamente porque éste no le permitió en ninguna oportunidad. La actividad de comerciante de éste la desarrollaba en forma singular, sin rendirle cuentas a nadie, sin tomarle parecer a ninguna persona y, por consiguiente, mal puede hablarse de que hubiera existido la posibilidad de una sociedad de hecho con su manceba, como ésta lo pretende" (fl. 119, c. 1).

Apelado el fallo, por auto del 27 de enero de 1992 se concedió la alzada.

4. Llegado el expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, por auto del 21 de febrero de 1992 la Sala Civil de Decisión respectiva declaró que no tenía competencia para decidir el recurso de apelación, y dijo: "De la demanda presentada en vigencia del Decreto 2272 de 1989 se advierte que con ella se busca que en sentencia se declare la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos y de comunidad doméstica y se declare que durante dicho sociedad se constituyó y estableció una sociedad de bienes.

"Según lo estatuido en la Ley 54 de 1990, se advierte que el litigio corresponde a la jurisdicción de Familia, por lo cual, ha de ordenarse que por competencia, pase el presente asunto a esa Sala para los fines legales pertinentes" (fls. 4 y 5, c. 2).

5. La Sala de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá por auto del 25 de septiembre de 1992 (fls. 3 a 13, c. 3), se abstuvo de conocer del proceso por falta de jurisdicción, y suscitó "el conflicto negativo de jurisdicciones", porque estimó: "Se relata en la demanda que la sociedad de hecho cuya declaración de existencia se depreca, existió entre 1970 y 1989, sin que se conozca el motivo de su disolución, a pesar de que su terminación sí se insinúa en el libelo, todo lo cual quiere decir que la relación concubinaria y patrimonial se desarrolló bajo el imperio de normas civiles y comerciales reguladoras de la sociedad de hecho, sin que para la época de la presentación de la demanda, 21 de mayo de 1990, existiera la Ley 54 de 1990, cuya vigencia empezó con la publicación, la cual se realizó el 31 de diciembre de 1990, fecha en la que se insertó en el ***Diario Oficial***. Sólo si la acción se hubiese encausado para el reconocimiento de un núcleo familiar a la postre generador de derechos patrimoniales, y eventualmente con efectos personales, podría pensarse en que la controversia ingresaría a la órbita de la jurisdicción de familia. Y es que realmente, las disposiciones legales invocadas y los hechos narrados como fundamento de las pretensiones, enmarcan el litigio dentro de la esfera eminentemente patrimonial. La doctrina y la jurisprudencia han reiterado que es irrelevante la relación concubinaria entre las partes en conflicto cuando lo que se pretende es la declaración de una sociedad civil y comercial con todos los elementos axiológicos que la conforman" (fls. 5 y 6, c. 3).

6. Remitido el expediente al Tribunal Superior de la Judicatura, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en providencia del 20 de noviembre de 1992 (fls. 2 a 9, c. 4), se abstuvo de resolver el conflicto, bajo el criterio de que se trata de un conflicto de competencia y no de jurisdicción, ordenando su devolución al Tribunal Superior de Bogotá para lo de su cargo.

7. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante auto de Sala Unitaria del 17 de septiembre del que cursa, en atención a lo acordado por la Sala Plena de esa Corporación el 12 de junio 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, no lo es de competencia sino de la jurisdicción, por lo que dada la superioridad jerárquica funcional de esta Sala, correspondía a ésta dirimirlo.

II. CONSIDERACIONES

8. Vistos los antecedentes que se dejan reseñados y después de examinar la prolija actuación que desde hace más de año y medio viene surtiéndose en el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, lo primero por destacar es que la cuestión suscitada entre las Salas Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, declarándose incompetentes para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, ocurre ciertamente entre dos órganos judiciales, pero pertenecientes ellos a distintas especialidades, -la Civil y la de Familia- creada y organizada ésta por el Decreto-ley 2272 de 1989.

9. Ahora bien: Es de observar que la demanda para la declaración de la existencia de una sociedad de hecho entre María Brígida Moreno Moreno y Guillermo Parra Colmenares se instauró antes de la promulgación y vigencia de la Ley 54 de 1990 que presume la "sociedad patrimonial entre compañeros permanentes", siempre y cuando se den los supuestos consagrados en el artículo 2º del referido ordenamiento, asunto para el cual en su artículo 4º asignó la competencia a los Jueces de Familia en Primera Instancia.

9.1. En casos como el de autos esta Corporación ha expresado:

"Al tiempo de iniciarse este proceso -18 de agosto de 1988- no existían la jurisdicción de familia ni los jueces civiles del circuito especializados en asuntos de comercio, creada la primera por el Decreto 2272 y los segundos por el 2273 de 1989, que rigen desde el 1º de febrero y el 1º de marzo de 1990, en su orden. Por ello el asunto se inició, se tramitó y falló con la jurisdicción civil -Juez 18 Civil del Circuito de Bogotá- el 15 de enero de 1991, funcionario con plena jurisdicción para decidir el litigio al igual que la Sala Civil del Tribunal en su pronunciamiento del 30 de julio de 1991.

"En efecto. El fallo objeto de impugnación fue dictado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con jurisdicción de conformidad con las normas vigentes al tiempo de su iniciación y como superior jerárquico del a quo en la controversia. Como se verá más adelante, no se podía entablar demanda de declaración de 'Unión Marital de hecho', institución creada por la Ley 54 de 1990, por obvias razones, sino sociedad de hecho paralela al concubinato, figura existente al tiempo de la demanda y de incumbencia de la jurisdicción civil, pues rige aun con postulados diferentes a los que consagra la Ley 54 citada, cuando de unión marital de hecho se trata, con jurisdicción a la de familia.

"Al resolver conflictos de jurisdicción surgidos precisamente en torno al conocimiento de asuntos como el presente, ha dicho la Corte:

"... Con mucha anticipación a la vigencia de la Ley 54 de 1990, la jurisprudencia permitía la declaración judicial de existencia de sociedades de hecho entre concubinos,

no sobre la hipótesis de ser reales esas relaciones concubinarias, que para tal efecto fueron intrascendentes, sino merced a la concurrencia de un consentimiento recíproco de asociarse entre los concubinos, que aunado al suministro de aportes hechos por ambos permitieran la explotación económica de una actividad lucrativa, tendiente al reparto de utilidades. Sobre esa hipótesis específica procedía, pues, la declaración de existencia de la sociedad en mención y, por ende, la pretensión del actor debía estar orientada no sólo a la declaración de esa relación patrimonial, sino que su actividad procesal tenía que moverse en orden a la comprobación de los supuestos fácticos ya dichos.

"Bajo el sistema de la Ley 54 de 1990, al concubino actor le basta probar la prolongación de sus relaciones concubinarias en el tiempo para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial, supuesto que envuelve una situación sustancialmente diferente a la anterior, y ha conducido a la Corte a aseverar que '... su decreto conlleva al reconocimiento legal de un núcleo familiar, con las obligaciones y derechos que de él dimanan: es decir, que mientras para el régimen que pudiera llamarse jurisprudencial las relaciones concubinarias no eran aptas para denotar la existencia de una sociedad civil o comercial de hecho, para éste son la fuente misma de la comunidad patrimonial, llamada unión marital'.

"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 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.

"Esa es la razón para que esta Sala haya indicado que '... es del resorte exclusivo de los Jueces Civiles el reconocimiento del otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos, aún entre concubinos, quienes, por no reunir quizás los presupuestos requeridos para convertirse en núcleo familiar reconocido legalmente, o ... por interponer la acción antes de que existiera la Ley 54, acudieron a esas otras modalidades'.

"Desde luego que si de los beneficios de la ley en comento sólo pueden valerse los concubinos a partir de su vigencia, es necesario entender que las acciones tendientes a obtener la declaración de existencia de sociedades de hecho iniciadas con anterioridad, no pueden enderezarse ni en lo sustancial ni en lo adjetivo a los dictados de esa normatividad, lo primero porque se estarían modificando oficiosamente las pretensiones del actor, y lo segundo porque se llegaría a un vicio de incongruencia al decidirse respecto de distintas pretensiones a las formuladas por el actor. De ahí también, lo ha puntualizado esta Sala, que 'unas y otras sociedades, sin embargo, no puedan ser confundidas; como se anunció, cada una de ellas tiene sus propios perfiles y por ello no pueden subsumirse en el género de la 'unión marital' para asignarlos en su conocimiento, sin distingo, a la jurisdicción de familia'.

"Es igualmente el criterio para haber aseverado 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' (auto del 16 de julio de 1992).

"El presente litigio se inició antes de entrar a regir la Ley 54 de 1990 y con él pretende la demandante la declaración de existencia de una 'sociedad civil comercial' de hecho entre ella y el finado..., como la orden de disolución y liquidación de la misma, peticiones con las que se pone ante todo de presente la existencia entre ambos de una relación de contenido patrimonial, punto de partida del que se puede colegir con facilidad, no sólo por la fecha de iniciación del proceso, sino por la orientación del petitum, *que la actora... no instauró la acción de que trata la ley en comento, y por esa razón, de ella ha de ocuparse la jurisdicción civil y no la de familia, sentido en el que debe dirimirse el conflicto suscitado.*

"Se trata, pues, de una controversia judicial sobre la existencia de una sociedad comercial de hecho y su orden de liquidación, integrada por dos personas que además eran concubinos, lo cual difiere de la figura de la 'unión marital de hecho' creada por la Ley 54 de 1990 y que establecida en la forma allí prevista, tiene por naturaleza realizar 'una comunidad de vida permanente y singular' (art. 1º Ley 54 de 1990) sin que necesariamente esté amparada bajo el aspecto patrimonial" (Casación del 29 de septiembre de 1993, sin publicar).

9.2. *No obstante lo dicho, al rompe se advierte que el conflicto aún no existe. En efecto, el artículo 357 del C. de Procedimiento Civil, en relación con la competencia del* ad quem, *establece: "En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. 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. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime convenientes".*

Cuando de una situación como la que emerge de autos se trata, ha dicho esta Sala:

"... Sin embargo, la Sala correspondiente, en contravención de expresas reglas procesales, se negó a conocer del mismo por estimar que el asunto correspondía a la jurisdicción de familia, y sin mediar actuación previa alguna, ordenó la remisión del proceso ante la Sala especializada en dicho ramo, generando así una actuación irregular por las circunstancias que a continuación se puntualizan.

"En efecto, desde el momento mismo en que el proceso, de mayor cuantía y susceptible por ello de la dualidad de instancias, se inició por parte del Juzgado del conocimiento, el Tribunal, en su Sala Civil, por ser la superior inmediato de la dependencia judicial de primer grado, se convirtió en la autoridad con competencia para desatar la segunda instancia.

"Esa competencia, se ciñe, por ende, al carácter funcional del ejercicio jurisdiccional y se circunscribe, entonces, a las atribuciones que la ley procesal determina para cada caso concreto, de tal manera que si se trata del grado de consulta, como es el evento acá planteado, las facultades inherentes a ella se limitan a tramitarla y resolverla; a liquidar costas y decretar copias y desgloses; o, incluso, si observa que

'en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad ...', proceder, 'en la forma prevista en el artículo 145 ...' (art. 357 del C. de P.C.).

"En ese orden de ideas, cuando el superior jerárquico encuentra que el asunto del cual conoce corresponde a otra jurisdicción, debe decretar la nulidad, que es insaneable (art. 144 ibidem*), y proceder de conformidad con lo reglado en el artículo 146* ib., *indicando la actuación que debe renovarse, para que la autoridad encargada del trámite en primera instancia, proceda a tomar la determinación pertinente que, en tal hipótesis, consistirá en rechazar la demanda (art. 85* ibidem*).*

"No puede, en cambio, el superior jerárquico, dejar incólume lo actuado, como aquí hizo, para abrirle paso a una competencia funcional que resulta ajena a la línea vertical que la caracteriza, y ante otra autoridad que no se adecúa al orden jerárquico con relación a la dependencia judicial que de él conocía en primera instancia.

"Quiere decir lo expuesto, que es ante la respectiva autoridad con competencia funcional, donde necesariamente se agota el trámite procesal propio de la segunda instancia, cuando en él advierte falta de jurisdicción, toda vez que la solución procesal ya indicada excluye cualquier posibilidad de envío ante distintas autoridades que, para el caso, carecen de ese factor especial de competencia.

"Por último, conviene precisar, en pos de aclarar el tema, que las Salas de Familia tienen la competencia funcional que les asigna el Decreto 2272 de 1989, y las Salas Civiles de los Tribunales Superiores la que determina el artículo 26 del C. de P.C., concretados a aquellos asuntos de los cuales previamente han conocido los respectivos jueces del circuito de cada especialidad, sin que en el interregno unas u otras puedan confundir sus funciones, propias de diferentes jurisdicciones.

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

"Y también: 'Conforme a lo expuesto, previamente ha de concluirse que en estricto rigor jurídico en hipótesis como la mencionada en el numeral precedente no se configura un conflicto de jurisdicción, sino que en realidad lo que se presenta es una abstención de la Sala que tiene la competencia para el efecto, de cumplir con el 'poder-deber' de decretar la nulidad si ésta es absoluta, o de ponerla en conocimiento de la parte con ella afectada para que, si lo estima pertinente, la sanee' ", (autos del 24 de febrero y 31 de marzo de 1993, N.P.).

10. Luego si el *ad quem* -Sala Civil en este caso- no procedió como el precepto indicado manda, dio pie para que surgiera un conflicto a todas luces todavía inexistente. Cuando esto ocurra será pertinente examinar la competencia para dirimirlo y, si fuere

el evento, resolverlo. Por ahora la decisión tiene que ser la de abstenerse de proveer en un conflicto que evidentemente aún no se presenta.

DECISION

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

RESUELVE:

Abstenerse de decidir el supuesto conflicto acá propuesto, y ordenar, en cambio, el envío del expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá para lo que juzgue conducente de acuerdo con lo dicho en la parte motiva.

Comuníquese lo decidido a la Sala de Familia del Tribunal citado, previo envío de copias de la presente providencia.

Cópiese y notifíquese.

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

Error de Hecho

El error de facto, aparece cuando el juez tiene por demostrado un acontecimiento con base en una prueba que, en realidad no obra dentro del proceso (error por suposición). O cuando el juez niega la existencia del hecho, no obstante haberse incorporado al proceso la prueba tendiente a establecerlo (error por preterición). Variante de la primera forma de error es aquella que se da cuando el juez le hace decir a un determinado medio probatorio lo que éste, de hecho, no representa (suposición por adición). Y la segunda es la advertible cuando el juez, sin ignorar la existencia del medio probatorio, recorta o mutila su contenido (preterición por cercenamiento). / El error de hecho así configurado debe ser, empero, ostensible o protuberante para que pueda justificar legalmente la casación del fallo.

Acción Reivindicatoria / Posesión

Cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda judicial 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. Si bien los medios más adecuados para demostrar la posesión son el testimonio y la inspección judicial, no por eso puede decirse que éstos sean los únicos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

Referencia número 3692.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de junio de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario promovido por José Ignacio Montoya Ortegón frente a Alvaro Orjuela.

ANTECEDENTES

1. Mediante libelo presentado el 19 de enero de 1988, que por reparto correspondió al Juzgado 1º Civil del Circuito de Espinal (Tolima), José Ignacio Montoya Ortegón demandó a Alvaro Orjuela para que por los trámites de un proceso Ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes o semejantes declaraciones:

1ª. Pertenece en dominio pleno y absoluto a José Ignacio Montoya Ortegón, mayor de edad, vecino de Ibagué, el fundo rural denominado Santa Bárbara ubicado en el municipio de Coello, Tolima, compuesto de una extensión aproximada de 81 hectáreas, con mejoras de cercos de alambre, casas de habitación, luz eléctrica, agua para el riego con canal de producción para la misma, con merced de 177 litros por segundo otorgada por el Inderena según Resolución 111 del primero de marzo de 1971 con su correspondiente bocatoma propia de la cual parte el canal que distribuye agua para la finca Santa Bárbara" y la de los señores Rojas, ubicada en el Llano de la Virgen o Rojas, jurisdicción del municipio de Coello, Tolima, comprendida dentro de los siguientes linderos: Desde el Peñón de Anclar que se encuentra hacia la banda occidental del Río Coello y a orillas de este río; de aquí siguiendo en dirección occidente bordeando en una peña que hay atrás de la casa del finado Góngora que tiene en el potrero denominado Santa Bárbara del mismo terreno se continúa cruzando el camino por donde ha existido la puerta de golpe que ayudaba a contener dicho potrero; y de aquí a dar en la misma dirección a un árbol Diomate Verde que se encuentra en la cabecera de arriba a una peña colorada y de dicho árbol cogiendo por los lados occidente y norte, pues va curveando a un palo seco llamado Diomate; y de éste se sigue dirección Occidente hasta dar con un poste de corazón de madera que está clavado al pie de Diomate Verde; y de éste cruzando otra peña hasta llegar al Río Coello; y por éste arriba hasta llegar al Peñón de Anclar que se señaló como primer lindero.

"2ª. Como consecuencia de esta declaración de dominio en favor del demandante, condénase al demandado Alvaro Orjuela, mayor de edad, vecino de Ispinal, a restituir, seis días después de ejecutoriada esta sentencia en favor de Jose Ignacio Montoya Ortegón, mayor de edad y vecino de Ibagué, el fundo denominado Santa Bárbara ubicado en el municipio de Coello, Tolima, compuesto de una extensión aproximada de 81 hectáreas, según plano protocolizado con la escritura de aclaración numero 763 de 1986, finca rural que tiene mejoras consistentes en cercos de alambre, casas de habitación, luz eléctrica con agua para el riego con canal de producción para la misma con merced de 177 litros por segundo, otorgada por el Inderena según Resolución 111 del 1º de marzo de 1972 con su correspondiente bocatoma propia, de la cual parte el canal que distribuye agua para la finca Santa Bárbara, y la de los señores Rojas y que está comprendida por los linderos que marcan en la primera de las declaraciones de esta sentencia.

"3ª. El demandado Alvaro Orjuela pagará al demandante José Ignacio Montoya Ortegón, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los frutos naturales o civiles del inmueble antes discriminado, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, a justa tasación de peritos, desde el mes de octubre de 1977 hasta el momento de la entrega de la finca, más el precio del costo de las reparaciones que el hubiere sufrido por culpa del poseedor.

"4ª. El demandante no está obligado a indemnizar las expensas a que se refiere el artículo 965 del C. C. porque el demandado es poseedor de mala fe.

"5ª. En la restitución de la finca *Santa Bárbara*, se comprenderán las cosas que forman parte del fundo o que se reputan como inmuebles, por la conexión con él, según lo prescrito en el título 1 del libro 2º del C. C.

"6ª. Inscríbase esta sentencia en el libro respectivo de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Espinal Tolima, inmediatamente que aquélla quede ejecutoriada.

"7ª. El demandado Alvaro Orjuela, pagará al demandante José Ignacio Montoya Ortegón, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, las costas y costos del presente proceso".

2. Las suplicas referidas se hicieron descansar en los hechos que a continuación se exponen:

"1. Por escritura pública número 2390 de 14 de julio de 1986 de la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué, la señora Bárbara Almanza de Cifuentes, dio en venta y para el patrimonio de José Ignacio Montoya Ortegón, el derecho de dominio pleno y la posesión efectiva sobre un lote de terreno que hizo parte del globo general denominado *Llano de la Virgen*, que constituye hoy la finca que figura en el Catastro bajo ficha número 00-00-001-0435 y con el nombre de *Santa Bárbara* con cabida superficiaria exacta o aproximada, según plano que se protocolizó de ochenta y una (81) hectáreas de extensión, plano protocolizado con la escritura respectiva de aclaración número 763 de 1986, finca rural que tiene mejoras consistentes en cercas de alambre, casas de habitación, luz eléctrica, con agua para el riego con canal de producción para la misma con merced de 177 litros por segundo otorgada por el Inderena según Resolución 11 del 1o de marzo de 1971 con su correspondiente bocatoma propia, de la cual parte el canal que distribuye agua para la finca *Santa Bárbara* y la de los señores Rojas ubicada en el Llano de la Virgen o Rojas, jurisdicción del municipio de Coello, Tolima, comprendida dentro de los siguientes linderos... (aquí ellos).

"2. La señora Bárbara Almanza viuda de Cifuentes, adquirió la finca rural a que se refiere el hecho anterior, por adjudicación que se le hizo, siendo viuda en el contrato de permuta celebrado con el señor Jacinto Betancourt Ramírez, en los términos de la escritura pública número 1131 de fecha 21 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué, registrada en la oficina de Registro del Círculo del Espinal, el 5 de diciembre del mismo año, en el Libro 1º impar, Tomo 2º, folio 384, número 571, hoy con matrícula inmobiliaria número 357-000-2445 y aclarada en cuanto a su cabida, por medio del instrumento público 763 de 17 de marzo de 1986, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué, registrada bajo la misma matrícula inmobiliaria 357-000-2445.

3. A su vez el señor Jacinto Betancourt, adquirió el inmueble cuya determinación y linderos aparecen en el hecho primero por dación en pago de Luis Arturo Romero Góngora, Clementina Romero Góngora y Teresa de Jesús Romero Góngora, mediante la escritura número 968 de 15 de mayo de 1953, de la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué, debidamente registrada.

"4. Hay identidad perfecta en la especificación y linderos del inmueble que menciono en el hecho primero de este libelo de demanda, con los que rezan las escrituras públicas citadas en los hechos segundo y tercero del mismo libelo.

"5. José Ignacio Montoya Ortegón no ha enajenado ni tiene prometido el fundo denominado *Santa Bárbara*, ya determinado, y por consiguiente se encuentra vigente el registro de su título inscrito, que lo está en la oficina de Registro de Instrumentos

Públicos del Círculo de Espinal, Tolima, bajo matrícula inmobiliaria número 357-000-2445.

"6. Los registros anteriores al de la Escritura Pública número 2390, de la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué, por la cual el demandante adquirió el dominio de lo que trata de reivindicar, se han cancelado, conforme al artículo 789 del C. C. desde veinte años atrás, hasta llegar al último registro que es el mencionado en el hecho inmediatamente anterior, por lo que está vigente.

"7. José Ignacio Montoya Ortegón adquirió el dominio de la finca denominada *Santa Bárbara*, por la escritura ya citada de quien era su verdadera dueña y ésta a su turno de quien era su verdadero dueño, señor Jacinto Betancourt Ramírez, y éste a su vez, adquirió de igual manera el dominio, pues sus tradentes también tuvieron el dominio pleno y absoluto sobre el mismo fundo, materia de esta acción.

"8. José Ignacio Montoya Ortegón, está privado de la posesión material del fundo denominado *Santa Bárbara*, por cuanto esa posesión la tiene actualmente Alvaro Orjuela, mayor de edad y vecino de Espinal, Tolima, posesión que ha adquirido mediante las circunstancias a que se refieren los hechos subsiguientes.

"9. Alvaro Orjuela, de la mayoría y la vecindad ya dichas, comenzó a poseer el fundo *Santa Bárbara*, desde el mes de octubre de 1977, reputándose dueño, sin serlo, como quiera que este argullo (sic) situaciones de derivar supuestamente su título de quien no era dueño de la finca que Montoya Ortegón trata de reivindicar. En efecto: Alvaro Orjuela en forma violenta, clandestina y de mala fe, ha venido ejecutando actos reales como cultivando todo el fundo en arroz, concretamente una extensión de cincuenta y seis (56) hectáreas, que desde que se detenta la posesión, el usufructo asciende a una suma aproximada de veintiocho millones de pesos ($28.000.000) moneda corriente, y el resto de extensión de la finca la ha venido usufructuando con criaderos de ganados, así como levantando mejoras varias y otras no necesarias como se demostró en el trámite del proceso. Con miras a permanecer el demandado dentro del fundo, ha argumentado sin piso jurídico que tiene títulos de propiedad, cuestión ilusoria por cuanto si se estudia el certificado de tradición el señor Orjuela no aparece que persona alguna le haya hecho transferencia de la finca "Santa Bárbara" el citado demandado.

"10. El demandado: Alvaro Orjuela, públicamente en estos días últimos ha querido justificar sus pretensiones de dueño, sin serlo, aduciendo haber adquirido el fundo materia de esta acción por tradencia de Manuel Amaya Combariza o de Alejandro Rodríguez o de Alejandro Buendía, pero resulta que ninguno de éstos ha sido dueño de la finca rural denominada "Santa Bárbara" y a que se contrae este proceso.

"11. En cambio el dominio jurídico en cabeza de la señora Bárbara Almanza viuda de Cifuentes, hoy tradente, no presenta dudas al respecto, si apreciando ya en los juzgados se tramitó procesos de ejecución contra éste y precisamente se trabó el fundo Santa Bárbara, por haberse acreditado la propiedad de la citada Almanza viuda de Cifuentes, obrando desde luego como demandantes Jaime Roncacio, quien instauró su acción en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Ibagué, y, el instaurado por el señor Gilberto Calderón Vivas, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué. En tales procesos se operó embargo y secuestro de la finca Santa Bárbara, en cuyas diligencias

practicadas por el señor Juez Promiscuo Municipal de Coello, Tolima, no sólo en los secuestros, sino en las entregas a Bárbara Almanza, se identificó el bien por sus linderos, o sean, los mismos, que se determinan en los hechos de este libelo de demanda, como se demostrará en el proceso.

"12. Alvaro Orjuela, actualmente es el poseedor de mala fe del fundo "Santa Bárbara", que José Ignacio Montoya Ortegón, trata de reivindicar.

"13. Afirmó que Alvaro Orjuela, es poseedor de mala fe, para los efectos de las prestaciones a que haya lugar, según las exigencias de los artículos 764, incisos 1º y 2º, 768, 770, 961, 963, 964, 969 y 970 del C.C.

"14. Alvaro Orjuela está en incapacidad legal de ganar por prescripción el dominio a que se refiere el hecho 1º de esta demanda.

"15. El inmueble denominado *Santa Bárbara*, materia de esta acción, vale más de $10.000.000 moneda corriente".

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado a la parte demandada, quien por medio de apoderado judicial la contestó oponiéndose a las pretensiones. Frente a los hechos manifestó que parte de ellos no la contestaban y otros no eran ciertos. Particularmente dijo respecto de los hechos 12 y 13: "Es cierto que el señor Alvaro Orjuela es poseedor del inmueble objeto de reivindicación pero de buena fe y con justo título".

Propuso así mismo la excepción previa de prescripción adquisitiva de dominio, que rituada legalmente, no recibió despacho favorable, en razón de la revocatoria que hizo el *ad quem*, del proveído del *a quo* que la había estimado fundada.

4. Tramitado el proceso, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Espinal, le puso fin a la instancia por sentencia de 14 de septiembre de 1990, resolviendo:

"1º. Declarar infundada la objeción por error grave hecha por el apoderado de la parte actora sobre el dictamen pericial obrante a folios 54 y ss. del cuaderno número 5.

"2º. Denegar las pretensiones declarativas y condenatorias invocadas en la demanda.

"3º. Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda comunicando al Registrador de Instrumentos Públicos del Espinal mediante Oficio 013 de 9 de febrero de 1988. Ofíciese".

5. Apelado este pronunciamiento por el actor, el Tribunal lo confirmó por el que es objeto del presente recurso de casación.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

6. Luego del concebido recuento de los antecedentes del litigio -que incluye síntesis de las pretensiones, resumen de los hechos en que sustentan las súplicas, trámite que recibió la demanda y la oposición del demandado y contenido de la decisión de primer grado- manifiesta el *ad quem* no se advierte nulidad procesal capaz de invalidar la actuación, ni se aprecia irregularidad en la conformación de los mencionados presupuestos procesales, procede a decidir de mérito la apelación pendiente.

A tal fin, señala la importancia que en nuestro derecho civil tiene la denominada acción reivindicatoria o de dominio; reproduce en parte el texto del artículo 946 del C. C., y precisa que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han sostenido que, para su prosperidad se hace indispensable la confluencia de cuatro postulados a saber: derecho de dominio en el demandante; posesión material en el demandado; cosa singular reivindicable o cuota determinada de ella, y por último, plena identidad entre la cosa cuya propiedad acredita o pretende el actor con la cosa cuya posesión material está ejercitando. y agrega que la falta de alguno de cualquiera de los aludidos postulados conlleva necesariamente que la reivindicación no pueda prosperar judicialmente.

Seguidamente se detiene el sentenciador en el examen de uno de los elementos axiológicos de la acción reivindicatoria o de dominio, que concierne con la identidad entre la cosa pretendida por el actor y lo poseído por el demandado, ya que en este aspecto se centro el análisis de fondo del *a quo* para negar la reivindicación y le permitió concluir "Que el bien raíz o inmueble poseído materialmente por el demandado Orjuela, es una cosa totalmente diferente del bien raíz inmueble descrito en el título de propiedad que para reivindicarlo presenta el demandante Montoya Ortegón, o sea la escritura pública número 2390 del mes de julio de 1968 de la Notaría de Ibagué".

Para el efecto expone el Tribunal estas precisiones:

a) Entre los elementos fundamentales para que prospere la pretensión de dominio está el que se acredite por el demandante la plena prueba de que la cosa singular materia de reivindicación sobre la cual carece de posesión, pero tiene la propiedad, sea exactamente la misma sobre la cual ejerce actos posesorios el demandado; es decir, que haya plena identidad de bien singular o de cuota determinada en cosa singular, a fin de que pueda saberse con certeza cuál es el objeto de la acción, pues si la cosa poseída no coincide o es de otra, la violación del derecho no existe y el demandado tendrá que ser absuelto;

b) Tratándose de bienes raíces o de inmuebles, tal identificación equivaldrá a la determinación precisa del bien, confrontando la realidad territorial objetiva con los datos que suministra la demanda y los títulos que se aportan, pues sólo si constata que los linderos allí indicados son los mismos que aparecen en el bien raíz, la identidad quedará establecida;

c) Que la jurisprudencia nacional, tiene dicho que para tal constatación son aptos los distintos medios de prueba, mas también ha precisado que el mas apropiado viene a ser la inspección personal del juez sobre el terreno, la cual en algunos casos, requiere necesariamente, la ciencia de los peritos, entonces, el dictamen será la base de la identificación.

En respaldo de sus afirmaciones transcribe en lo pertinente las sentencias de la Sala de Casación Civil de 30 de abril de 1963 y 5 de abril de 1967.

Abordando el estudio de los medios de convicción aducidos, se refiere a la inspección judicial que se practicó sobre el predio materia del litigio, a los diferentes dictámenes periciales que se rindieron durante el trámite de la instancia, como también a las manifestaciones que hizo el demandado en el escrito de contestación a la demanda.

En torno a una y otras pruebas, se expresó así el sentenciador:

"Con la finalidad de acreditar el postulado en comento, la parte demandante, obtuvo el decreto de la práctica de una inspección judicial, con peritazgo concurrente a ella, según lo muestran los autos en el cuaderno número 5 del expediente (fol. 18 fte. a 61 fte. del citado cuaderno). Mas conforme con dichas probanzas no fue posible la demostración de lo requerido por el actor, pues según tales probanzas la única conclusión inevitable a que se llega es la de que el bien raíz o inmueble poseído materialmente por el demandado Orjuela, es una cosa totalmente diferente del bien raíz o inmueble descrito en el título de propiedad que para reivindicar presenta el demandante Montoya Ortegón, o sea la escritura pública No. 2390 del 14 de julio de 1986 de la Notaría 7ª de Ibagué. En este particular, precisamente el folio 61 fte. del cuaderno número 5, los peritos topógrafos que intervinieron en la inspección judicial, Marlio Lozano y César Augusto Salazar, categóricamente expresan lo siguiente:" La descripción hecha por escritura pública número 2390 no corresponde al predio poseído por el demandado de acuerdo con lo anteriormente relacionado, sin embargo tiene un punto, que podemos identificar como común, cual es la piedra de amolar, que está localizada en la orilla del río Coello".

"El dictamen rendido por los mencionados topógrafos fue corroborado por el rendido por los Ingenieros Civiles Mario Portela Sánchez y Bernardo Trujillo Gómez, quienes aparecen conceptuando en los fls. 129 y ss. del mismo cuaderno número 5 del expediente y precisamente el folio 133 fte. expresan: 'El predio actualmente poseído por el demandado no corresponde al que trata la escritura 2390 obrante a folio 2 del cuaderno número 1'.

"Es de anotar que el dictamen rendido por los Ingenieros Civiles anteriormente mencionados fue decretado con la finalidad de acreditar el presunto error grave formulado por el apoderado de la parte demandante el experticio rendido por los topógrafos a que atrás se alude. Dicha prueba, es decir, el concepto rendido por los Ingenieros Civiles tan sólo sirvió para ratificar como inobjetable lo conceptuado por los topógrafos.

"VI. A lo anterior no se opone lo manifestado por el apoderado del demandado al contestar la demanda cuando el folio 161 fte. del cuaderno número 1 del expediente, refiriéndose a los hechos 12 y 13 del libelo inicial, expresa: Es cierto que el señor Alvaro Orjuela es poseedor del inmueble objeto de reivindicación pero de buena fe y con justo título", porque aparece en principio, como si en verdad el bien raíz a que se alude en la demanda, sea el mismo poseído por el demandado, pues ámbos se distinguen con el nombre de Santa Bárbara y aparecen ubicados, según los títulos respectivos, en la misma región del Municipio de Coello, en el Departamento del Tolima, como colindantes con el río Coello y existentes en la región conocida con el nombre de Llano de la Virgen. Mas lo anterior, es decir, separada lo manifestado por el demandado al contestar los hechos 12 y 13 de la demanda no constituya plena prueba de la identidad en el caso *sub examine*, en el que se ha demostrado todo lo contrario, de lo que de buena fe creyó el demandado al contestar la demanda: Que el inmueble denominado Santa Bárbara, mencionado en los títulos presentados por el demandante, en ningún caso coincide o es el mismo inmueble denominado "Santa Bárbara", cuya posesión material ostenta actualmente el demandado Alvaro Orjuela. En todo caso, cualquier duda al respecto quedó totalmente

disipada con los dictámenes técnicos rendidos dentro del proceso, durante la primera instancia por los topógrafos profesionales atrás citados y por los dos ingenieros civiles, también atrás mencionados".

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dentro de la órbita de la causal 1ª de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal un único cargo que pasa a resolverse.

Cargo único

"Con apoyo en la causal primera de casación acuso la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de ser indirectamente violatoria de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 669, 673, 946, 947, inc. 1, 950, inc. 1, 952, 961, 962, 964, inc. 1, 967, inc. 1, 762, 981, 1849, 1857, inc. 2, 756, 2.526 del Código Civil, artículos 12, 31, 32 y 103 del Decreto 960 de 1970, artículos 2º, 5º, 22 a 30, 40, 42, 43, 44, 54 del Decreto-ley 1250 de 1970, infracción cometida como consecuencia de los errores evidentes de hecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de las pruebas que más adelante singularizaré, yerros que lo condujeron a no reconocer la identidad del bien pretendido en reivindicación con el poseído por el demandado y por esa vía a absolverla".

7. El recurrente desarrolla el cargo sobre los escritos siguientes:

Hace una descripción conceptual de lo que es el derecho de dominio; precisa las diferencias que existen entre el título y el modo; y se refiere a la posición asumida por el demandado al contestar la demanda.

Con esta introducción, afirma que desde muy vieja data la Sala de Casación Civil viene sosteniendo que cuando el demandado en reivindicación al contestar la demanda reconoce ser poseedor del inmueble en litigio, o cuando propone la excepción de prescripción extintiva del dominio en contra del demandante o la adquisitiva a favor suyo (del reo) esas manifestaciones implican *per se* confesión y prueban suficientemente tanto la posesión material del demandado sobre ese bien, como la identidad del que él posee con el que es objeto de la reivindicación.

Así mismo, que cuando en un proceso de declaración de pertenencia quien en éste es demandado formula contra el demandante demanda de reconvención con el fin de reivindicar el predio que se pretende usucapir, ese acto procesal, que equivale a confesión suya, es plena prueba tanto de su posesión como de la identidad del predio de la pertenencia con el que el demandado pretende reivindicar. Y que el demandante en el primer caso (acción reivindicatoria) o el demandado en la pertenencia (segundo caso) no se le puede exigir otra prueba demostrativa de la posesión y de la identidad.

En respaldo de lo antes afirmado, cita las providencias de esta Corporación de 19 de noviembre de 1973, 16 de junio de 1962, 3 de noviembre de 1982, 7 de febrero de 1984, 20 de marzo de 1986, 22 de agosto de 1986 y 5 de abril de 1990.

Transcribe, en lo pertinente, las sentencias del 13 de abril de 1986, y 11 de junio de 1965,. y 20 de marzo de 1986, que determinan el alcance del presupuesto de la

reivindicación que se refiere a la identidad entre la cosa pretendida por la demandante y la poseída por el demandado.

En el campo de la precisión de los errores fácticos en que pudo incurrir el sentenciador, señala el casacionista los siguientes:

1. La no apreciación de la contestación de la demanda (folios 160 a 163 del cuaderno número 1), en especial la respuesta de los hechos 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14, por cuanto no vio el Tribunal que esas respuestas constituyen prueba de confesión judicial, válida para demostrar la identidad del bien pretendido en reivindicación como de propiedad del demandante y el poseído por el demandado.

2. La no apreciación del escrito de excepciones previas (visible en los folios 21 a 23 del cuaderno número 2), a través del cual propuso la excepción previa de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, sobre el fundamento de que Alvaro Orjuela tiene la posesión regular no interrumpida, por término superior a 10 años, o sea desde el 16 de septiembre de 1977 sobre la finca *Santa Bárbara* a motivo de reivindicación.

A juicio del censor, el error del Tribunal consistió en no ver que en la confesión en ese escrito, se encuentra la prueba idónea del presupuesto axiológico de la pretensión reivindicatoria del dominio, consistente en la identidad del predio, su identificación y linderos respecto de lo demandado y lo poseído por el reo.

3. La no apreciación de las siguientes pruebas documentales:

a) La providencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué de 11 de enero de 1983, recaída en el ejecutivo de Gilberto Calderón Vives contra Bárbara Almanza, en la que se declaró que "Alvaro Orjuela tenía la posesión material del bien cuando se practicó el 14 de mayo de 1982" el secuestro del predio Santa Bárbara, materia del proceso ordinario;

b) La providencia del Juzgado 4 Civil Municipal de Ibagué de 21 de octubre de 1985, por medio de la cual declaró sin vigencia ni efecto, a instancias de Alvaro Orjuela, el embargo y secuestro decretado el 12 de abril del mismo año y practicado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Coello sobre el predio Santa Bárbara.

El recurrente estima que el Tribunal dejó de apreciar las anteriores decisiones judiciales, que de haberlas considerado habría encontrado la identidad del bien impetrado y del poseído por el demandado.

4. La no apreciación del plano protocolizado en la escritura pública No. 763 del 17 de marzo de 1986 de la Notaría 2ª de Ibagué y los documentos de folios 127 y 128 del cuaderno número 5, referentes a los levantamientos planimétricos del bien materia de litigio, en mayo de 1990, por cuanto de haberlos apreciado hubiera concluido que el inmueble a que se refieren tales documentos es el mismo a que hizo alusión el demandado en la contestación de la demanda y en el escrito de excepciones previas, y no que se trataba de dos predios, como equivocadamente lo apuntó el *ad quem*.

5. Interpretación equivocada del dictamen pericial o peritación (folios 57; 61 y 129-133 num. 5).

Dice el recurrente que el Tribunal desechó la confesión judicial contenida en la contestación de la demanda y en el escrito de excepciones de parte del demandado, y en su lugar se apoyó en el dictamen de los expertos que intervinieron en el proceso.

En orden a demostrar el error en la interpretación de los dictámenes, relata que los asertos de los peritos están en contradicción con los planos de los folios 157 y 158 del cuaderno 5 y el del folio 7 del cuaderno 1, que son ellos de épocas diversas y muestran la misma realidad topográfica, pero para el Tribunal solamente los peritos son quienes dicen la verdad.

Agrega "como no atendió a la documentación gráfica de los planos, aceptó sin miramientos el Tribunal, como lo aseveran los peritos, que sólo el lindero de la piedra de amolar en su extremo sur occidental a orillas del Río Coello, en el último punto coincidentes los croquis de la finca, de admitir que son distintos; pero olvidó el Tribunal, que el lindero sur de los dos planos y el del plano del folio 7 del cuaderno número 1 es el mismo: El Río Coello, que corre en el mismo sentido de occidente-oriente, con lo cual los peritos no dicen la verdad, pues por lo menos son estos dos linderos, uno artificio y el otro natural e inveterado, los coincidentes en los planos, como para que no se trate de los mismos predios".

Concluye que de haber apreciado esos documentos frente al dictamen hubiera visto que los predios son los mismos, en el entendimiento que de tal concepto en materia de reivindicación tiene sentado la jurisprudencia, a saber: que no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno; o que la medición acuse exactamente la superficie que los títulos declaren; que los títulos declaran; o que haya coincidencia matemática en todos y cada uno de los pormenores a examinar. Basta que razonablemente se trate del mismo predio según sus características fundamentales.

Así mismo que no tuvo en cuenta el Tribunal que legalmente de conformidad con el artículo 31 del Decreto 960 de 1970, las características fundamentales de los inmuebles serán su cédula o registro catastral si lo tuvieren; su nomenclatura, el paraje o localidad donde están ubicados, sus linderos; y que en el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, se observa que ellas se contraen, según el artículo 6º, el departamento, el municipio de la ubicación del bien, a la cédula catastral que corresponda a éste dentro del municipio respectivo, que indicará también si el inmueble es urbano o rural, designándolo por su número o nombre respectivamente, y describiéndolo por sus linderos, perímetro, cabida y demás de identificación que pueden abstenerse y si existieren plano y descripción catastral, éstos se adosaran al folio como parte integrante del mismo.

Igualmente que olvidó el Tribunal, por la interpretación equivocada de los dictámenes y de los planos que también el carreteable que va a la cabecera municipal de Coello, es otro rasgo de identidad que ni el Tribunal ni los peritos tuvieron en cuenta; lo propio que las construcciones están en un mismo sitio, y que en los planos del fundo, tal como lo dice el título de adquisición del demandante, mencionan una merced de aguas, y lo que es también protuberante, que la bocatoma de la merced de aguas está estribada en el Río Coello que los planos registran.

Seguidamente señala la trascendencia del error en la decisión que impugna.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

8. Según extracto que del pronunciamiento se hizo, el Tribunal con fundamento en la prueba de Inspección Judicial, así como la resultante del dictamen de peritos (topógratos e ingenieros civiles) que incluyó sendos levantamientos topográficos, dedujo que el predio actualmente poseído por el demandado no corresponde al que relaciona la escritura 2390 obrante en el folio 2 del cuaderno número 1.

A su turno precisó que lo manifestado por el demandado al contestar los hechos 12 y 13 de la demanda, no constituye prueba de identidad.

Fue esta la consideración del *ad quem:*

"A lo anterior no se opone lo manifestado por el apoderado del demandado al contestar la demanda cuando al folio 161 fte. del cuaderno número 1 del expediente, refiriéndose a los hechos 12 y 13 del libelo inicial expresa: Es cierto que el señor Alvaro Orjuela es poseedor del inmueble objeto de reivindicación pero de buena fe y con justo título: porque aparece en principio, como si en verdad el bien raíz a que se alude en la demanda sea el mismo poseído por el demandado, pues ambos se distinguen con el nombre de 'Santa Bárbara' y aparecen ubicados, según los títulos respectivos, en la misma región del Municipio de Coello, en el Departamento del Tolima, como colindantes con el río Coello y existentes en la región conocida con el nombre de Llano de la Virgen. Mas lo anterior, es decir, lo manifestado por el demandado al contestar los hechos 12 y 13, de la demanda no constituye plena prueba de la identidad en el caso *sub examine*, en el que se ha demostrado todo lo contrario de lo que de buena fe creyó el demandado al contestar la demanda: que el inmueble denominado "Santa Bárbara", mencionado en los títulos presentados por el demandante, en ningún caso coincide o es el mismo inmueble denominado "Santa Bárbara", cuya posesión material ostenta actualmente el demandado Alvaro Orjuela, en todo caso, cualquier duda al respecto quedó totalmente disipada con los dictámenes técnicos rendidos dentro del proceso, durante la primera instancia por los topógrafos profesionales atrás citados y por los dos ingenieros civiles, también atrás ya mencionados" (Fls. 16 y 16 vto. C. Trib.).

9. En el desarrollo del cargo, el censor le endilga al Tribunal haber incurrido en error de hecho, por preterición, entre otras, frente a estas pruebas: a) El escrito de contestación de la demanda, específicamente en las respuestas a los hechos 8°, 9°, 10, 12, 13, y 14, en cuanto no vio que esas respuestas constituyen plena prueba de confesión judicial, válida para demostrar la identidad del bien pretendido en reivindicación como de propiedad del demandante y el poseído por el demandado; b) El escrito de excepciones previas (visible en los folios 21 a 23 del cuaderno número 2), por el cual propuso la excepción previa de prescripción "ordinaria adquisitiva de dominio", sobre el fundamento de que Alvaro Orjuela tiene la posesión regular no interrumpida, por terminó superior a diez años, o sea, desde el 6 de septiembre de 1977 sobre la finca Santa Bárbara, motivo de la reivindicación".

9.1. En orden a establecer la existencia de los yerros que se le endilgan a las pruebas a que anteriormente se hizo referencia, se precisa:

El error de hecho, ha dicho la Corte, tiene lugar cuando el sentenciador supone una prueba que no obra en el proceso, dando como demostrado por este medio imaginario un hecho que no ha sucedido, o cuando deja de observar la prueba que sí militó en los

autos (error por preterición), o apreciándola como se presenta cercena su alcance significativo. Modalidad del yerro por suposición se presenta también cuando el juzgador le da al medio una connotación o alcance probatorio objetivo que no tiene, es decir, cuando le hace decir lo que en realidad no reza, porque "ciertamente leer un medio de modo distinto a como éste se manifiesta es en definitiva suponer un elemento de convicción que no está en el proceso (CXLIII, 213)

En efecto, precisando los alcances del error de facto, dijo la Corte en sentencia del 6 de agosto de 1985, no publicada, que éste "... ha de consistir en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no obra en el proceso o ignorado la que existe en él, hipótesis que comprende la adulteración de un medio de convicción, bien por habérsele hecho decir lo que no expresa o bien por habérsele cercenado su real contenido".

En sentencia posterior, del 29 de marzo de 1990, dijo esta Corporación al ocuparse de los lineamientos de este yerro, que el "...aparece cuando el juez tiene por demostrado un acontecimiento con base en una prueba que, en realidad no obra dentro del proceso (error por suposición). O cuando el juez niega la existencia del hecho, no obstante haberse incorporado al proceso la prueba tendiente a establecerlo (error por preterición). Variante de la primera forma de error es aquella que se da cuando el juez le hace decir a un determinado medio probatorio lo que éste, de hecho, no representa (suposición por adición). Y la segunda es la advertible cuando el juez, sin ignorar la existencia del medio probatorio, recorta o mutila su contenido (preterición por cercenamiento" (no publicada).

9.2. El error de hecho así configurado debe ser, empero, ostensible o protuberante para que pueda justificar legalmente la casación del fallo, porque al gozar los juzgadores de instancia de autonomía para apreciar las pruebas, la decisión por ellos proferida llega a la Corte amparada con la presunción de acierto, y en esta forma el único yerro del sentenciador capaz de producir la información es aquel que emerge con tal notoriedad que puede apreciarse a primera vista. No constituye, pues, error de esta naturaleza y, por consiguiente, no autoriza la casación del fallo, la decisión del sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación, que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como resolución ilógica o arbitraria. Solamente entonces, cuando la estimación sustitutiva expuesta por el recurrente es la única posible frente a los que demuestra el proceso, la determinación del juzgador se presenta de manera incuestionable como contraevidente y es censurada para los fines impugnativos indicados.

Explicando esta doctrina, la Corte ha manifestado en forma insistente 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 todos 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 en 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 esta órbita se demuestra la comisión del error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, yerro que emerja con esplendor bajo la circunstancia de su enunciación. De modo pues que las conclusiones de la sentencia

recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o contradigan la realidad procesal. Se imponen a la Corte. Tal la razón para que la doctrina jurisprudencial haya dicho reiteradamente que para que los juicios del sentenciador de instancia no admitan censura en casación, basta que no degeneren en arbitrariedad por no situarse ostensiblemente fuera del sentido común, aunque se puede organizar otro análisis de los medios probatorios más profundo y sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica o de la misma Corte. Y aun en el evento de que un nuevo estudio probatorio produjera vacilaciones mas o menos intensas sobre el acierto o desacierto del sentenciador en las conclusiones fácticas, mientras aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda" (Cas. del 17 de junio de 1964, G.J. 107, pág. 288 y Sent. 330 del 27 de septiembre de 1990 no publicada).

9.3 En punto al alcance que tiene la afirmación que hace el demandado en la contestación de la demanda de ser poseedor material de la cosa que se le reclama en reivindicación, ha dicho la Corporación:

"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 judicial 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..." (Cas. Civ. 16 de junio de 1982, G.J. Tomo CLXV, pág. 125).

Y precisando aún más este planteamiento, dijo que:

Para demostrar judicialmente que entre una persona determinada y cierto bien se ha establecido una relación de hecho, por virtud de la cual aquélla ha ejercido sobre éste actos materiales, de uso, conservación y transformación sometiéndole al ejercicio del derecho real de propiedad, que es al que ordinariamente corresponden dichos actos, el derecho probatorio no exige prueba específica; y si bien los medios más adecuados para demostrar la posesión son el testimonio y la inspección judicial, no por eso puede decirse que éstos sean los únicos, o que como lo pregona la sentencia aquí impugnada, la confesión del demandado sea medio probatorio inidóneo o ineficaz" (CLXV, 125).

10. Ahora bien. Como el demandado en su escrito de contestación a la demanda, en la respuesta que dio a los hechos 8º y 14, expresamente manifestó que "el señor Montoya Ortegón no está privado de ninguna posesión ya que la finca que posee Alvaro Orjuela es de su exclusiva propiedad y tiene una tradición que se remonta a término superior a 20 años (8): Es cierto que Alvaro Orejuela comenzó a poseer la finca "Santa Bárbara" no desde el mes de octubre de 1977, sino desde el 6 de septiembre de dicho año, cuando adquirió dicho inmueble por medio de la escritura 1330 de la Notaría de Girardot por compra hecha a Manuel José Amaya Combariza... No es cierto que Alvaro Orjuela haya adquirido la posesión de la finca "Santa Bárbara" en forma violenta, clandestina y de mala fe, sino por el contrario adquirió dicha finca de muy buena fe y de muy buena fe la ha poseído y la posee. Es cierto que Alvaro Orjuela ha venido ejecutando actos de dueño tales como cultivando arroz en la citada finca y usufructuándola con

criaderos de ganado, establecimiento de cercas de alambre de púas, levantando construcciones. No es cierto que los títulos de propiedad de mi patrocinado, sean ilusorios, en cambio la titulación del demandante, sí lo es. Este hecho lo acepto en cuanto a que el señor Alvaro Orjuela posee el inmueble objeto de reivindicación desde el año de 1977 cuando lo adquirió por compra a Manuel José Amaya Combariza (9°); Alvaro Orjuela no ha querido justificar su calidad de dueño, sino que por el contrario ostenta la propiedad de la finca "Santa Bárbara", o San Remo, por estarla poseyendo desde el año de 1977 con justo título y buena fe (10): No es cierto que Bárbara Almanza vda. de Cifuentes haya sido dueña del inmueble que motiva este proceso ya que Alvaro Orjuela deriva la propiedad del mismo de su verdadero dueño. En el proceso ejecutivo promovido por Gilberto Calderón Vivas contra Bárbara Almanza se obtuvo el desembargo y levantamiento del secuestro, digo mal, el mero levantamiento del secuestro, precisamente por no ser poseedora Bárbara Almanza de la finca "Santa Bárbara" y por ser dueño de la misma y poseedor Alvaro Orjuela Huelgos. (11): Es cierto que Alvaro Orjuela es poseedor del inmueble objeto de reivindicación pero de buena fe y con justo título (12 y 13). No es cierto que Alvaro Orjuela esté en incapacidad de prescribir por cuanto, muy al contrario, no únicamente es el poseedor sino también el propietario del inmueble que increiblemente se pretende reivindicar (14), (fls. 160 y 161 cuad. número 1); y además en el escrito de excepciones previas propuso como tal la de "prescripción ordinaria adquisitiva del dominio" con fundamento en estos hechos: Consiste la presente excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio en el hecho de que Alvaro Orjuela tiene la posesión regular no interrumpida, por término superior a 10 años, o sea, desde el 6 de septiembre de 1977 sobre la finca "Santa Bárbara", motivo de reivindicación... Ganó Alvaro Orjuela la prescripción ordinaria de la finca "Santa Bárbara", motivo de la reivindicación porque su posesión ha sido regular, es decir , con justo título e ininterrumpida desde el 6 de septiembre de 1977 cuando adquirió por compra a Manuel José Amaya. Se encuentra Orjuela exactamente en las circunstancias del artículo 2528 y 2529 del C.C., ya que su posesión tiene más de diez años ininterrumpidos, como tanto lo he repetido con justo título". (fls. 21 cuad. número 2). ha de concluirse que como el Tribunal no vio que esas respuestas constituyen prueba de confesión judicial válida, para demostrar la identidad del bien pretendido en reivindicación de propiedad del demandante y el poseído por el demandado, conforme a reiterada jurisprudencia, incurrió el sentenciador en el error de hecho que le endilga la censura, error tanto más protuberante cuanto que las demás pruebas no demuestran inequívocamente que se trate de otro inmueble distinto al que admite el demandado.

10.1 Como el yerro es manifiesto y trascendente, ya que de la simple lectura de la sentencia del Tribunal fácilmente se advierte que éste dejó de ver en las manifestaciones que hizo el demandado al contestar la demanda y proponer la "excepción previa" de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, que éste confeso tanto la posesión como la identidad del bien objeto de reivindicación; y que esa confesión es suficiente para tener por establecido el elemento axiológico que el Tribunal echó de menos en el fallo que se combate, ha de concluirse que el cargo se abre paso en orden al aniquilamiento de la sentencia que hoy es objeto de impugnación.

11. Concebida así la acusación, tiene que seguirse que ella releva a la Corte del examen de las restantes pruebas que a juicio del censor se dejaron de estimar por el *ad quem* en el fallo que se impugna.

11.1 Empero, como la Corte considera que antes de proferir la sentencia de reemplazo, se hace necesario recurrir a la facultad probatoria que le concede el inciso segundo del artículo 375 del C de P.C., en armonía con el inciso segundo del 180 *ibidem*, decretará de oficio la practica de las pruebas documental y pericial que adelante se puntualizan.

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, *casa* la sentencia del 26 de junio de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y, en sede de instancia,

RESUELVE:

Decrétanse las siguientes pruebas:

1. Incorpórense copias auténticas de la escritura No. 2390 del 14 de julio de 1986 de la Notaría Segunda de Ibagué, que contiene la compraventa de Bárbara Almanza vda. de Cifuentes a José Ignacio Montoya Ortegón y de la No. 1131 del 21 de octubre de 1958 de la Notaría Primera de Ibagué, que contiene la adjudicación que se le hizo a Bárbara Almanza vda. de Cifuentes, copias que deberán aducirse con la correspondiente nota de inscripción de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva y que se expedirán a costa de las partes.

Líbrense los oficios respectivos a las precitadas Notarías.

2. Por medio de peritos, estímese el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el predio Santa Bárbara actualmente poseído por el demandado, producidos a partir del 6 de septiembre de 1977, y los producidos desde la notificación del auto admisorio de la demanda, hasta la fecha, y no solamente los producidos, sino los que se hubieren podido producir con mediana inteligencia y cuidado en las épocas a que anteriormente se hizo referencia.

Para que designe los peritos, los posesione y reciba el dictamen, se comisiona al señor Presidente de la Sala Civil del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con término de 40 días para la evacuación de dicha prueba.

Los peritos tendrán en cuenta las previsiones del artículo 237, numeral 6, del C. de P. C., y las probanzas cuyas copias se anexarán al despacho comisorio.

Líbrese despacho comisorio anexando copia auténtica de la demanda principal, de la respuesta de ésta, de las diligencias de inspección judicial y de los dictámenes rendidos en el proceso, de la prueba testimonial recaudada y de la escritura pública 2390 citada.

3. Término probatorio, cuarenta (40) días.

4. El costo de las pruebas es de cargo de ambas partes por igual.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese y notifíquese.

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

Secretaría Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

Se deja constancia que el magistrado doctor Alberto Ospina Botero, no suscribió la anterior providencia, por cuanto no participó en la Sala en que se discutió y aprobó la misma, por encontrarse en uso de permiso.

Luis Antonio Montañez Soto,

Secretario.

Casación - Naturaleza / Técnica de Casación

La casación no ha constituido, ni constituye, una instancia más del proceso, en la que, como en éstas, sea de recibo hacer toda suerte de planteamientos y de polémicas probatorias. El recurso de que aquí se trata es de linaje extraordinario, lo que de suyo pone de presente que tiene límites precisos dentro de los cuales puede y debe moverse el casacionista; de franquearlos, se coloca en franca pugna con la técnica de la casación.

Violación Norma Sustancial - Vía Indirecta / Técnica de Casación - Medio Nuevo

Montado un cargo en casación por la causal primera, por vía indirecta, no permite el recurrente planteamientos destinados al ingreso de la litis de un hecho nuevo, porque una parte no puede quedar expuesta al recurso extraordinario a que la otra, a última hora, los sorprenda con aspectos no controvertidos o invocados en las instancias y, por tanto, con desconocimiento de la garantía constitucional de la defensa.

Presunción de Acierto / Error de Hecho

La sentencia de instancia sube a la Corte amparada por la presunción de acierto y como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en este recurso extraordinario, mientras por el impugnante no se demuestre que aquél, y al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado de los autos o en la infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y la eficacia de los medios de convicción aducidos al proceso. / El error de hecho equivale al desacierto del juez en la contemplación objetiva de los medios de prueba, en esa especie de yerro incurre cuando aprecia mal los hechos por haber considerado una prueba que no obra materialmente en el proceso y por tanto desvirtúa la concepción sobre éstos; o cuando da por demostrados hechos que no aparecen del medio de prueba que sí existe físicamente en los autos; o, en fin, cuando altera, o modifica, adicionándolo o cercenándolo, el contenido del medio realmente existente, hipótesis todas éstas que comprenden los casos de suposición o preterición de pruebas. / El error fáctico manifiesto, evidente u ostensible es el que aparece *prima facie* y que justamente por ser tan protuberante para hallarlo no son menester mayores esfuerzos.

CARGA DE LA PRUEBA / CONFESIÓN

Con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a favor de sus aspiraciones. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el art. 175 del C. P. C., con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del juez. Lo que está vedado es que alguien diga en su favor una cosa y sin más se le dé crédito. No lo está en cambio, crearle la prueba a la contraparte mediante confesión.

DICTAMEN PERICIAL / ERROR DE HECHO

La calificación de si prueba semejante -pericial- viene o no fundamentada, le corresponde hacerlo libremente al juzgador y, por tanto, el superior no puede variarla, sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto, o de manifiesto en los autos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de *casación* interpuesto por la demandante contra la sentencia de 20 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el proceso ordinario que Gustavo Rojas Cuervo instauró contra Andrea Lucero Salcedo (representada por Cecilia Salcedo Mondragón).

I. ANTECEDENTES

1. Por la demanda respectiva se pretende que se declare sin ningún valor la sentencia de 30 de noviembre de 1984, dictada por el entonces Juzgado Promiscuo de Menores de Garagoa, por medio de la cual se declaró que Gustavo Rojas Cuervo es el padre de Andrea Lucero Salcedo y se hicieron los ordenamientos consecuentes a esa filiación.

Pidióse igualmente que entre tanto se dicte la sentencia, se suspendan los efectos de tal paternidad así declarada, e incluso el proceso de alimentos que, en virtud de la misma, se adelanta su contra.

2. La *causa petendi*, compendiada, es como sigue:

a) El abogado Defensor de Menores de Garagoa formuló demanda de investigación de paternidad, a fin de que a Gustavo se declarase padre de la menor Andrea Lucero, proceso que se inició en el Juzgado Promiscuo de Menores de tal ciudad.

Por entonces se adujo que Blanca Cecilia Salcedo conoció a Gustavo en agosto de 1982, cuando él laboraba en el Juzgado Promiscuo Municipal de Sutatenza, quien la

contrató para que le lavará la ropa, "oficio que ella realizaba cada 15 días en la casa de la señora Carlina Ovalle de Medina, lugar donde Gustavo Rojas ocupaba una pieza de habitación quedando embarazada en el mes de septiembre de 1982, razón por la cual nació, el 26 de mayo de 1983, una niña que se llamó Andrea Lucero".

Allí se opuso el demandado a las pretensiones, negó las relaciones sexuales que se le achacan, indicó que a Blanca Cecilia se la tiene por prostituta y que a la época de la concepción de la criatura tuvo trato carnal con Guillermo Muñoz Dueñas, Oviedo Quintero Yecid, Raúl Bohórquez y Hernando Velásquez. Admitió que, por una sola vez, ella le lavó unas piezas de ropa en la residencia de él, ocasión en la que no estuvo en el lugar porque se trasladó a Tunja, y que "no la volvió a ocupar porque ya tuvo malos informes sobre su honestidad y comportamiento".

Tal proceso se tramitó y concluyó con sentencia estimativa de las pretensiones, calendada, como se dijo, el 30 de noviembre de 1984.

b) Se dan las causales legales para promover el proceso ordinario de revisión de ese pronunciamiento judicial, porque:

El examen antropohereditobiológico practicado en el juicio no cumple los requisitos del artículo 7º de la Ley 75 de 1968" por cuanto se omitieron los exámenes persona es de los ascendientes de mi poderdante y de los terceros con los cuales se ha demostrado en autos que *Blanca Cecilia Salcedo Mondragón*, sostuvo relaciones sexuales,... pericia indispensable para reconocer técnicamente las características hereditobiológicas paralelas entre la hija, cuya paternidad se investiga y sus presuntos padres. Igualmente en dicha pericia se ignora el análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, físicos e intelectuales transmisibles, los cuales se valorarán según su fundamentación y pertinencia".

En el trámite del aludido proceso se desconoció el derecho de defensa de Gustavo Rojas, traducido en que habiendo cumplido la cita que se le hizo en el laboratorio de genética del Instituto de Bienestar Familiar de Bogotá, Blanca Cecilia no se presentó para la práctica del examen de genética ordenado por el juez, pese a lo cual no se tuvo tal conducta como indicio en contra de la demandante, cual lo preceptúa la parte final del art. 7º de la Ley 75 de 1968, y sí, en cambio, se decretó nuevamente, ya de oficio, esa prueba.

De otra parte, se presentó la irregularidad consistente en que el auto que corrió traslado del dictamen, fue notificado personalmente al defensor de menores, sin que se dejara un día de por medio para que permaneciera en la Secretaría; no se notificó personalmente a Gustavo, sino por estado y no se cumplió con el término de traslado.

A Gustavo Rojas y la menor "solamente se les practicó exámenes referentes a los factores sanguíneos", lo cual hace incompleta la pericia, pues se dejaron de lado los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles. Con sólo aquello la pericia es endeble, y "sirve para excluir la paternidad, mas no para determinarla, ya que de atenernos sólo a él sin analizar los otros medios de prueba que la ley permite conforme ocurrió en el proceso de investigación de paternidad cuya sentencia es materia de revisión, se cometería una gran injusticia en contra de la persona del presunto padre natural hoy demandante en revisión...".

El juez de menores omitió las declaraciones de Elma Paulina Medina de Pérez y Dolores Velasco vda. de Márquez, Juez y Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Sutatenza, quienes declararon que Blanca Cecilia, un martes de noviembre de 1982, llegó a esa oficina judicial y les manifestó la intención de formular denuncia contra Guillermo Muñoz Dueñas por el delito de violencia carnal de que fue víctima dos meses atrás, y a consecuencia de lo cual se hallaba embarazada.

Aunque lo pidió el demandado, en ese proceso no se recibió declaración al Defensor de Menores de Garagoa, a quien le manifestó Blanca Cecilia ser verdad que había ido a denunciar a Guillermo Muñoz. Así se le violó el derecho de defensa.

Tampoco se realizaron los careos allí solicitados.

La conducta disoluta de Blanca Cecilia hace imposible determinar la paternidad de Gustavo Rojas. Amén de que acudió a consulta siquiátrica y en el informe por entonces elaborado se hizo consta que ella "se encuentra embarazada, según la paciente por un agente de policía de Ramiriquí".

La misma madre "demuestra la duda como mínimo acerca de quién es el engendrador de la infante cuya paternidad natural se discute", y esto no se analizó.

3. Con oposición a las súplicas fue respondida la demanda. Alegose que la sentencia del juzgado de menores fue dictada con fundamento en las pruebas "legal y oportunamente aportadas al proceso al amparo de normas procesales y positivas...".

A la menor se le designó curadora, quien igualmente se opuso a lo demandado.

4. El proceso concluyó, en su primera instancia, con sentencia de 25 de mayo de 1991, por la que se accedió a las pretensiones de la demanda, pero, apelada por la parte demandada, fue revocada por el Tribunal Superior de Tunja, mediante la suya de 20 de febrero de 1992.

5. La del Tribunal fue recurrida en casación por el actor; aparejado el recurso, procede la Corte a desatarlo.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Cumplida la exigencia de resumir el litigio, señaló que se daban las condiciones procesales y materiales para desatar la controversia, la cual -dice- se trata de la "acción ordinaria de revisión de las sentencias proferidas en los juicios de investigación de la paternidad, adelantadas ante los Jueces de Menores", de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 75 de 1968.

Entregóse enseguida al análisis de la filiación extramatrimonial que se reclama con base en las relaciones sexuales habidas entre la madre del hijo y el presunto padre, a lo cual puede llegarse por vía del trato social y personal mantenido entre la pareja.

En la tarea de ponderar los medios de convicción traídos para ello, relacionó los atinentes a los dictámenes periciales y los testimonios que obraron en el juicio seguido ante el juzgado de menores, y los que en este proceso se recepcionaron, y empezó descalificando las versiones de Elma Paulina Medina y Dolores Velasco, en su orden Jueza y Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Sutatenza, así como la de

Octavio Rojas Gómez -defensor de menores de Garagoa- lo que hizo en los términos que siguen:

"Elma Paulina Medina de Pérez y Dolores Velas vda. de Márquez, manifiestan que Blanca Cecilia Saleedo Mondragón acudió al Juzgado de Sutantenza a formular denuncia penal por violencia carnal contra Guillermo Muñoz, la que extrañamente no le fuera recibida y tramitada legalmente, máxima, que la primera de éstas ostentaba la calidad de Juez de la República, constituyéndose, por lo tanto en simples testimonios ex *audutur* que corren el riesgo de equivocación o mentira y por ende tienen muy poco o escaso poder de convicción por haber oído los hechos constitutivos de la presunta violación de boca de la propia madre de la menor Andrea Lucero, de quien se sabe es una persona afectada de trastorros mentales, habida consideración a su historia clínica psiquiátrica, comportamiento y personalidad, para al fin y al cabo a través del proceso desmentir la susodicha versión.

"Octavio Rojas Gómez, igualmente oyó de parte de la misma Blanca Cecilia Saleedo, en la defensoría de menores de Garagoa, la aceptación de relaciones sexuales con Guillermo Muñoz, cuando al sufrir alteración y cambio de personalidad increpa en forma violenta a Gustavo Rojas, diciéndole que si tenía tratos con un señor, a él que le importaba; saliendo a relucir a juicio de la Sala, la perturbación mental padecida por la citada Blanca Cecilia".

Descalificó igualmente los testimonios de Samuel Antonio Siena Ramírez, José Pastor Molina Combita, Carlina Ovalle de Molina, Lisandro Contreras y Ana Cecilia Piñeros de Piramanrique, "cuando expresan que saben del trato que con otros hombres sostenía Blanca Cecilia, porque ella misma lo comentaba".

Porque los supradichos declarantes dan cuenta de lo que escucharon de labios de Blanca Cecilia, es por lo que el juzgador refuerza esta parte del análisis memorando que "Es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba", acogiéndose a las palabras que la Corte plasmó en sentencias del 12 de febrero de 1980.

Y pasó, líneas adelante, a esta segunda conclusión:

"*Contrario sensu* de las mismas versiones de Elma Paulina Medina y Dolores Velasco aparece como un hecho cierto que el señor Gustavo Rojas por el mes de noviembre de mil novecientos ochenta y dos reclamara a Blanca Cecilia del porqué (sic) estaba diciendo que él era el padre de la criatura que esperaba: toda vez que esto si lo percibieron directamente y así lo afirma éste. Otro tanto ocurre con su llegada a trabajar al Juzgado de Sutatenza como escribiente, en el mes de junio de 1982, fecha desde la cual empezó a vivir como inquilino en casa de José Pastor Molina.

"Otro hecho cierto es que Blanca Cecilia lavó la ropa a Gustavo Rojas, demostrando plenamente, de una parte con la aceptación del demandante en este proceso, y de otra de lo declarado por José Pastor Molina y su esposa Carlina Ovalle de Molina, efectuándose precisamente con antelación al mes de noviembre, por cuanto para ese mes ya Rojas se encontraba disgustado con Blanca Cecilia en razón a los comentarios que ésta hacía respecto a la paternidad endilgada con relación al hijo que ella estaba esperando. Epoca justamente para cuando Raúl Bolívarez observara al varón de que

se trata, tomar del brazo a Blanca Cecilia y entrarla a su habitación, comportamientos y hechos que constituyen para la Sala elementos valederos y que conducen a inferir que el trato social entre Gustavo Rojas y Blanca Cecilia Salcedo se produjo durante la época en que según el art. 92 del C. C., se presume ocurrió la concepción de la menor y que frente a los resultados de los exámenes antropoheredobiológicos constituyen firme soporte para inferir necesariamente la paternidad extramatrimonial deprecada, pues dichos exámenes practicados por el laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los que en forma reiterada, insistente e inconfundiblemente han dado resultados de compatibilidad con relación a la impresión sobre paternidad, respecto de Gustavo Rojas cuya secuencia ha sido la siguiente:

"El practicado el 21 de agosto de 1984 entre Gustavo Rojas Cuervo, Blanca Cecilia Salcedo y Andrea Lucero, cuyo resultado sobre la paternidad dio compatible, entre otras cosas aceptado por el ahora demandante en razón a no haberlo objetado oportunamente.

"El practicado el 5 de noviembre de 1987, entre Gustavo Rojas, Yesid Oviedo Quintero, Raúl Bohórquez, Hernando Vásquez, Andrea Lucero y Blanca Cecilia Salcedo, siendo compatible la impresión sobre paternidad para Gustavo Rojas y para Raúl Bohórquez e incompatible para Yesid Oviedo y Hernando Vásquez, dictamen éste que al no ser objetado por Gustavo Rojas implica su aceptación, no así por la curadora *ad litem* de la menor quien solicita aclaración en aras a que se indique cuál de las dos personas con resultados compatible se aproxima en grado mayor para ser con probabilidad máxima como padre de la menor Andrea Lucero, pentagro que a la postre da compatible para el citado Gustavo Rojas e incompatible para Raúl Bohórquez".

Como complemento de ello, recordó el mérito probatorio que la Corte atribuye al dictamen antropoheredobiológico, aseverando "...que en la actualidad se cuenta con descubrimientos que, con un grado de posibilidad tan alto que se acerca a la certeza, permiten hacer el señalamiento de la persona del padre investigado".

Agregó luego que "en lo concerniente al testimonio de Hernando Velásquez, en el sentido de manifestar que en una ocasión en las horas de la noche vio a Gustavo Rojas y Blanca Cecilia que estaban juntos en el parque de Sutatenza, y luego se dirigieron hacia el lugar donde vivía el primero, también contribuye a la convicción del trato personal que entre estas dos personas existía para la época en que ocurrió la concepción de la menor Andrea Lucero, ya que necesariamente tuvo que suceder esto con posterioridad a la llegada del presunto padre a la localidad de Sutatenza, y con anterioridad al mes de noviembre cuando se sabe se rompió todo vínculo entre los protagonistas".

Aborda finalmente la *exceptio plurium concumbentium*, para indicar que no hay asomo probatorio de ella, pues "nadie, pero absolutamente nadie pudiera decir siquiera haber visto a Blanca Cecilia Salcedo Mondragón con alguno de los hombres con quienes se le atribuye relaciones sexuales para la época en que se presume la concepción de la menor Andrea Lucero, corroborándose esto con los exámenes antropoheredobiológicos practicados a Hernando Velásquez, Yesid Oviedo, Raúl Bohórquez y Gustavo Rojas, siendo excluyentes para los tres primeros y compatibles para el último de los nombrados, concluyéndose el fracaso de tal excepción, ya que para su prosperidad se requiere que no se presente la más leve duda como reiteradamente lo ha sostenido la honorable Corte Suprema de Justicia".

Así que, como se advirtió, revocó la sentencia apelada y denegó las pretensiones.

III. LA DEMANDA DE CASACION

Formúlanse tres cargos, todos dentro del ámbito de la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los que se despacharán en el orden propuesto por el casacionista; pero los dos últimos en forma conjunta, dadas las razones que en su momento se expondrán.

Primer cargo

En él se denuncia la violación de los artículos 6º (num. 4), 7º y 31 de la Ley 75 de 1968; 1º, 2º, 3º, 5º, 10, 60 y 89 del Decreto 1260 de 1970; 66 y 92 del Código Civil y 187, 194, 195, 237, 241 y 250 del Código de Procedimiento Civil, pues se endilga al Tribunal "haber incurrido en error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas".

Para explicarlo, abre el recurrente señalando que el trato social y personal de donde se infiere la causal alusiva a las relaciones sexuales, que fue la aquí declarada, "no lo constituye un hecho aislado, sin ningún antecedente, sino una serie de actos y hechos continuos... que revele cierta intimidad, que permita distinguirlo de otras relaciones afectuosas, como la amistad, la fraternidad, el compañerismo...".

En razón de lo cual critica al Tribunal que tal cosa haya dado por establecida con sólo los testimonios de Carlina Ovalle de Molina, José Pastor Molina, Raúl Bolívar Suárez y Hernando Velásquez, porque el hecho relatado por la primera (que Cecilia fue a lavarle ropa a Gustavo), así como el del penúltimo de los mencionados (que vio conversando a Cecilia con Gustavo), no ocurrieron más que una vez, amén de que "ambos dicen que no les consta que entre los protagonistas de sus relatos existieran amores, amistad o algo al respecto".

Aspecto sobre el que insiste así:

"Los hechos relatados por los testigos son hechos únicos, sin antecedentes, aislados unos de otros, sin continuidad alguna, ni entre sí, ni con ningún hecho acreditado en el proceso...". No son, pues, reiterados, públicos ni íntimos. "El Tribunal imaginó en los relatos algo que ellos no contenían y que era necesario para configurar el hecho, trato social y personal... Este error evidente lo llevó a declarar una paternidad con violación de la norma que consagra la causal de las relaciones sexuales".

Por ello se pregunta el casacionista: no hay algo anómalo, contrario al sentido común, deducir el trato social y personal de dos declaraciones que se refieren a un hecho aislado, cuando todos los declarantes, absolutamente todos, manifiestan no tener noticia de su existencia".

Otro error del sentenciador consistió en el esquema mental por el que ubicó temporalmente las relaciones carnales, pues "ante la imprecisión de los testigos", infirió que la época coincide con la que prevé el art. 92 del Código Civil, memorando apenas que si Rojas llegó a Sutatenza el 1º de junio de 1982 y disgustó con Cecilia en el mes de noviembre siguiente, tal cosa ocurrió en el interregno, y llegó hasta afirmar que así tuvo que haber sucedido "necesariamente".

También yerra el juzgador al preterir la "confesión extrajudicial" de Blanca Cecilia, hecha ante Elma Paulina Medina de Pérez y Dolores Velasco viuda de Márquez (Jueza y Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Sutatenza), "cuando de manera categórica y enérgica declaró que Gustavo Rojas no era el padre del hijo que estaba esperando... El Tribunal nada dice de lo afirmado por esos testigos, quienes dieron razón de la ciencia del dicho. Es, en definitiva una confesión que reúne las exigencias legales, la cual, por sí sola, es bastante para descartar la paternidad".

Vuelve y desacierta el Tribunal cuando asegura que los exámenes antropoheredobiológicos son "firme soporte para inferir necesariamente la paternidad extramatrimonial deprecada", dándoles así, indebidamente, el valor de plena prueba, pese "a que carecen de los fundamentos y explicaciones que exije (sic) el artículo 237 del C. de P. C.". Por fuera de que es una prueba incompleta "porque no se hicieron los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparecen indispensables para reconocer pericialmente las características antropoheredobiológicas paralelas entre el hijo y el presunto padre: no se estudiaron los caracteres patológicos, fisiógicos (sic) e intelectuales transmisibles, para que el juez pudiera valorar los resultados, de acuerdo con su fundamentación y pertinencia. Nada de esto contienen los dictámenes, que presentan escuetamente los resultados, en una sola hoja, sin explicar el proceso seguido para llegar a ellos, desconociendo no sólo la disposición citada, sino también el artículo 7º de la Ley 68 de 1975 (sic), que los considera necesarios para que el dictamen ilustre el criterio del juez"

Punto acerca del que reitera:

"Las fallas anotadas no permiten a éste (juez) apreciar los dictámenes, porque no conoce la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, teniendo que realizarlos, porque sería ilegal aceptarlos como verdad sabida y buena fe guardada".

Por lo que dice apuntalarse en que la Corte ha señalado "que la peritación no constituye motivo por el cual, por sí solo, puede inferirse necesariamente la paternidad... sino que requiere de otros elementos persuasivos que conduzca a establecer cuándo se produjo el trato carnal entre hombre y mujer..." y que de esa probanza se desprende una mera probabilidad (cas. de noviembre de 1987).

CONSIDERACIONES

1. *Suficientemente conocido es que la casación no ha constituido, ni constituye, una instancia más del proceso, en la que, como en éstas, sea de recibo hacer toda suerte de planteamientos y de polémicas probatorias. El recurso de que aquí se trata es de linaje extraordinario, lo que de suyo pone de presente que tiene límites precisos dentro de los cuales puede y debe moverse el casacionista; de franquearlos, se coloca en franca pugna con la técnica de la casación.*

Así, sin pretensiones de agotar el punto y más bien ceñirse a lo que concierne a este preciso asunto, la Sala estima conveniente recordar que cuando se denuncia la comisión de yerros fácticos en la apreciación de la prueba, es de rigor que se indique, y más que esto, se demuestre, que el desatino es, amén de trascendente, protuberante, que son precisamente las connotaciones a que expresamente alude la ley. Y ello es así

porque tal labor ponderativa y apreciativa de las probanzas ha de corresponder, en estrictez jurídica, a los juzgadores de instancia, temática que en principio no puede por tanto trasladarse a una más, con la utilización de un conducto que por antonomasia está reservado para cosas diferentes, y que, por lo mismo, resulta manifiestamente inadecuado para esos efectos, como lo es el que marca el recurso extraordinario tratado. Solamente, y, como es comprensible, por vía de excepción, hay un resquicio por el que cabe plantear debate semejante en casación, el cual presenta ya un perfil singularísimo, pues difiere en mucho del que comúnmente se hizo o se pudo haber hecho en las instancias, cuya característica fundamental estriba en que el recurrente, antes que disputarle la autonomía del juzgador para sopesar los diferentes elementos persuasivos y de ese modo habilitarse para presentar su propio parecer, tiene la insoslayable tarea de demostrar que, si bien la proclamada autonomía es necesaria para asegurar el correcto cumplimiento de la misión del juzgador, no puede ella mantenerse a ultranza y hacerla servir incluso de rodela para perpetuar como válidos razonamientos que entrañen desaciertos ostensibles, que repugnan al sentido común. Síguese, entonces, que sólo ahí, en ese evento, es posible admitir en casación el planteamiento probatorio correspondiente, debiéndose demostrar por el casacionista, no simplemente que hubo un error, sino que el que denuncia es tan manifiesto; tanto, que es inane, so pretexto de la autonomía de los falladores de instancia, mantener en pie el fallo acusado. En fin, que la evidencia del desacierto impone el quiebre de la sentencia.

Así lo ha explicado sin cesar la Corte:

"Ha sido doctrina constante de esta Corporación la de que la sentencia de instancia sube a la Corte amparada por la presunción de acierto; y como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en ese recurso extraordinario, mientras por el impugnante no se demuestre que aquél, y al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado de los autos o en infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y eficacia de los medios de convicción aducidos al proceso.

"Ha dicho insistentemente también la jurisprudencia que como el error de hecho equivale al desacierto del juez en la contemplación objetiva de los medios de prueba, en esa especie de yerro incurre cuando aprecia mal los hechos por haber considerado una prueba que no obra materialmente en el proceso y por tanto desvirtúa la concepción sobre éstos; o cuando da por demostrados hechos que no aparecen de medio de prueba que sí existe físicamente en los autos; o, en fin, cuando altera o modifica, adicionándolo o cercenándolo, el contenido del medio realmente existente, hipótesis todas éstas que comprenden los casos de suposición o preterición de pruebas".

"Pero para que el error de hecho en cualquiera de sus facetas, dé lugar a la casación de un fallo combatido es necesario que sea evidente, o sea que, como lo preceptúa el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, 'aparezca de modo manifiesto en el proceso'.

"Dícese que el error fáctico manifiesto, evidente u ostensible es el que aparece prima facie; *y que justamente por ser tan prominente para hallarlo no son menester mayores esfuerzos" (Sentencia de 28 de septiembre de 1977).*

"Más exactamente, acerca de la connotación del error de hecho, ha dicho:

"Si márgenes de duda permitieran a éste 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 todos 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 en los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificarles apreciaciones del fallador, atinentes a puntos de hecho, cuando formulando 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. Tal la razón para que la doctrina jurisprudencial haya dicho reiteradamente que para que los juicios del sentenciador de instancia no admitan censura en casación, basta que no degenere en arbitrariedad por no situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios probatorios más profundo y más sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica o de la misma Corte. Y aun en el evento en que un nuevo estudio del haz probatorio produjera vacilaciones más o menos intensas sobre el acierto o desatino del sentenciador en las convicciones fácticas, mientras que no aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda". (Cas. Civ. de 17 de junio de 1964, G. J. Tomo 107, pág. 288; 21 de marzo de 1980; 21 de junio de 1984; 6 de julio de 1987, aún no publicadas.

2. Pese a que es esa una doctrina pertinaz de la Corte, fue menester recordarla una vez más, porque el *sub lite* se ofrece incomparable para palpar que repulsa miramiento de cualquier especie.

Bien se sabe, en efecto, que la declaratoria de maternidad la fundó el Tribunal, en esencia, en los exámenes antropohereda-biológicos obrantes en el juicio, aunando los testimonios de Raúl Bohórquez, José Pastor Molina, Carlina Ovalle de Molina y Hernando Velásquez. Y si es incontestable como en verdad lo es, que esas pruebas científicas dieron por resultado, en la impresión sobre paternidad, que el demandante es compatible, y que ciertamente los testigos relacionados narraron los hechos en que se apuntala el juzgador, tales como el lavado de ropa que Blanca Cecilia hizo en casa de Gustavo Rojas, y que, además, vieron cuando éste la tomó del brazo y la dirigió a su habitación, no se puede, al menos en principio, endilgarle al Tribunal que, de cara a todo ello, extrajo una conclusión contraevidente o notoriamente desacertada. Jamás pudo anidarse allí una falencia de las características anotadas.

3. Ya en lo inherente a la labor desarrollada por el casacionista con el objeto de restarle fuerza demostrativa a esas pruebas, especialmente cuando les antepone la manifestación que Blanca Cecilia (madre de la menor) hizo frente a la jueza y la secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Sutatenza, cuando allí las hizo sabedoras

de la intención de denunciar, por violencia carnal, a Guillermo Muñoz, de quien agregó se hallaba embarazada, lo cual aconteció justamente por la época de la gestación de la menor acá demandada, ha de decirse que tampoco tiene la virtud de contar con éxito en casación, si no se pierde de vista lo que viene de explicarse, toda vez que por sí solo está lejos de mostrar que la conclusión del Tribunal es ilógica y desprovista de toda razón. Porque en el punto querrá el impugnante, desde luego, que faltando a la técnica dicha, que frente a pruebas antagónicas se escoja la que de su parte propone y se deje de lado la que para el juzgador resultó más convincente; y con sólo eso, como se apreciará, no es dable afirmar que el sentenciador se equivocó estrepitosamente, dado que lo que en el fondo se busca es simplemente suplantar al Tribunal en la labor que de hecho le corresponde, cual es la de apreciar el elenco probatorio.

El asunto, en verdad, es resplandeciente. Para el censor, la manifestación de Blanca Cecilia desmerece el índice persuasivo de la prueba científica y testimonial tenida en cuenta en la sentencia; al paso que para el Tribunal, no. Planteamiento escueto que no descubre, sin más, el yerro que con estridencia se achaca a éste. Con tanta mayor razón en cuanto que el sentenciador expresó las razones por las que no concedió mérito a la declaración de Blanca Cecilia, explicando a ese propósito, entre otras cosas, que la precitada señora padecía entonces de algunos trastornos mentales, de los cuales ciertamente hay respaldo probatorio en el expediente, y que ameritaron asistencia médica (folio 13, cuaderno 1).

4. Relativamente al cuestionamiento que se hace a las pruebas antropo-hereditobiológicas, encuentra la Sala que configura un medio nuevo, que, como ya es cosa averiguada, le repele la técnica de casación.

Revisada la actuación, evidentemente, salta que el examen practicado en el juicio seguido ante el juzgado de menores, se fue oportunamente objetado, dejándose transcurrir pacíficamente el término de su traslado. El reparo extemporáneo, que lo hubo, es como si no existiese, habida cuenta que así lo impone, sin dispensa alguna, el principio de la preclusión; sábese, el reclamo a deshora es estéril, procesalmente hablando.

De cara al practicado en este juicio ordinario, se observa que durante su traslado fue protestado únicamente por la curadora de la menor. No así por el demandante, quien apenas si asomó cuestionamiento cuando ya se precisó el dictamen a instancia de la referida curadora. Y si el cuestionamiento hecho por él estribó solamente en que, en su sentir, la pericia no venía fundada más que en factores sanguíneos, por lo que, dijo, "este medio de prueba se hace *incompleto*, por cuanto faltan por practicasen (sic) exámenes, de los factores patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles", (se resalta), es claro que, no obstante habérsele denominado objeción al dictamen, lo que en el fondo suplicaba era una complementación del mismo, como textualmente lo expresó el actor en el mismo memorial, al decir: "Por tal razón considero señor Juez, que se debe completar el reconocimiento pericial". Adición que ya resultaba intempestiva, pues es cuestión que debe pedirse desde el traslado inicial del dictamen. Ha de memorarse en el punto que la complementación cabe hacerla, por lo general, y según lo estatuye el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la contradicción del dictamen, desde que éste se pone a disposición de las partes por intermedio del traslado.

Extemporaneidad que sube de punto si se deja de lado la crítica que de incompleto se le hace, y se analiza en su lugar la falta de fundamentación que por igual se denuncia, porque reproche de tal naturaleza jamás se hizo en las instancias. Ciertamente, en el memorial arriba aludido, que se motejó de objeción, pero que en verdad no pasa de ser una solicitud de adición, nunca se hicieron las manifestaciones que ahora se ensayan introducir a través del recurso extraordinario, tales como las de que los dictámenes presentan "escuetamente los resultados, en una sola hoja, sin explicar el proceso seguido para llegar a ellos", o que no se conoce "la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos...".

En estas condiciones, es diamantino que planteamientos semejantes ameritan su rechazo *in limine*, habida consideración que la casación no es escenario para repentizar con argumentos probatorios que no se blandieron en las instancias.

Acerca del medio nuevo ha dicho insistentemente la Sala: "...montado un cargo en casación por la causal primera, por vía indirecta, no permite al recurrente planteamientos destinados al ingreso de la litis de un hecho nuevo, porque una parte no puede quedar expuesta, en el recurso extraordinario a que la otra, a última hora, la sorprenda con aspectos no controvertidos o invocados en las instancias, y por tanto, con desconocimiento de la garantía constitucional de la defensa (art. 26 -hoy 29- Constitución Nal.)" (Cas. Civ. 22 de junio de 1988, sin publicar).

No es todo. Aunque se deje de lado lo dicho y se averiguara por el verdadero mérito de tales probanzas, se desmerece en mucho la crítica de la censura en el punto, como que sería de tener en cuenta que en este caso el Tribunal no se apoyó en un solo examen sino en dos, con el agregado de que el segundo de ellos contiene la precisión que a instancia de la curadora del demandado, que no del actor, hizo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, plasmándose allí algunas explicaciones acerca de los estudios cromosómicos realizados, con la puntualización de que, conforme a las variantes encontradas en los diversos pares, la paternidad es compatible con el señor Gustavo Rojas Cuervo.

No resulta ser cierto, entonces, que existe una absoluta carencia de fundamentación en dichos exámenes.

Pero donde queda definitivamente descartado el yerro que con la característica de palmario se le achaca al Tribunal, es cuando se mira que la conclusión del sentenciador de segundo grado fue el producto del amalgamiento de esas pruebas con la testimonial que mencionó. Los testimonios, es verdad, fueron tenidos como elementos corroborantes, y, como tales, acabaron por formar en el juzgador el convencimiento de la paternidad que se cuestionó a través de este proceso ordinario. Fluye, pues, que, de tal modo, menos pudo haberse cometido aquel tipo de error.

La misma razón anotada, esto es, que todo fue fruto de la conjunción de unas y otras pruebas, hace inane argüir que los declarantes narraron hechos aislados y que, por ende, no pueden formar la idea de reiteración que del trato social exige la ley; los testimonios, se repite, apenas sí coadyuvaron a convencer al juzgador sobre la conclusión que principalmente extrajo de las pruebas científicas.

5. Si, pues, los dictámenes y los testimonios en que el juzgador edificó su decisión, permanecen incólumes ante las críticas del impugnante, la conclusión que aquél dedujo, y que de comienzo se dejó plasmada, no se ofrece, ni con mucho, aberrante. En consecuencia, no se abre paso el cargo.

6. Debe señalarse si que el otro motivo por el que se descartó credibilidad a la multicitada manifestación de Blanca Cecilia, hecha como se dijo ante la Jueza y la Secretaria del Juzgado Promiscuo de Sutatenza, no es exacto ni jurídico, punto en el que pecó el Tribunal aplicando erróneamente la doctrina que de la Corte citó allí.

Es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema haya dicho en un importante número de veces (una de la cuales es citada en el fallo acusado) que "es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori *no existiría, si al demandante le bastara con afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el juez" (Sentencia de 12 de febrero de 1980).*

Empero, cosa distinta, por no decir que opuesta, es la situación creada por la parte que afirma algo que, en vez de favorecer, perjudica la posición jurídica que asumió en el litigio, caso en el cual, como es de sindéresis, no puede aplicarse la doctrina transcrita, porque es exactamente la situación contraria, y la declaración de la parte es en su caso, y siempre y cuando se den los requisitos legales, una típica confesión que no puede desecharse por provenir de la parte misma. De aceptarse lo que en el punto concluyó el Tribunal, sería admitir que toda manifestación de las partes, cualquiera fuese, deben desoírse en el juicio, sin distinguir si lo que dijeron favorece o perjudica sus intereses; para decirlo en breve, sería abolir el medio probatorio de la confesión. No. Hay que diferenciar, porque lo que está vedado es que alguien diga en su favor una cosa y sin más se le dé crédito. No lo está, en cambio, crearle la prueba a la contraparte mediante confesión.

Es lo que aquí aconteció. Si Blanca Cecilia, quien, se reitera, es la progenitora de la menor Andrea Lucero, dijo algo que en un momento dado, antes que favorecer su interés como madre de la parte demandada, le perjudica (como lo es sin duda la afirmación de que otro diferente a Gustavo Rojas engendró a su hija), sin más no puede desecharse su testimonio con el argumento de que es sospechosa su versión o que nadie puede hacerse su propia prueba. Yerro que, como se advirtió, no incide en la decisión final, porque, visto quedó, que no sólo ese motivo fue invocado por el Tribunal para restarle mérito a ese específico medio de prueba; y el otro resultó respaldado en los autos. Empero, bien vale dejar sentada esa corrección doctrinaria.

Y también es bueno aclarar, de otra parte, que todo dictamen finca su mérito demostrativo, no tanto por el silencio del demandado, como por "la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos", así como, y no es esto lo menos importante, por la fuerza que revele parangonándolo con los "demás elementos probatorios que obran en el proceso" (artículo 241 del Código de Procedimiento Civil).

Por manera que es deber ineludible del juzgador de instancia aplicarse a estudiar, sin dispensa alguna, tales aspectos, de lo cual no puede sentirse relevado por el simple hecho de que la pericia no haya sido objetada, escudándose para ello en que el silencio de la parte implica su aceptación.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Segundo cargo

Considérase por éste que se han infringido los artículos 6° (ordinal 4), 7° y 18 de la Ley 75 de 1968; 1°, 2°, 3°, 5°, 10, 60 y 89 del Decreto 1260 de 1970; 174, 124, 183, 233, 236, 237, 238, 241, 313 y 321 del Código de Procedimiento Civil.

Encuentra el censor que la producción del dictamen pericial practicado en este proceso ordinario no se ajustó a las prescripciones de ley, por cuanto "se ve que está inconclusa la producción de la prueba, y que no puede resolverse sobre su admisibilidad y fundamentación...". Dícese, en efecto, que el Juzgado Penal del Circuito de Girardot (el que tramitó parte del juicio ante impedimento del civil) prescindió de la notificación de los autos, dictándolos de solo cumplimiento, acabando con los términos y creando su procedimiento *sui generis*, sin garantía para las partes. "Así, pedida la aclaración del dictamen, el que también se objetó, tal juzgador ordenó oficiar, por auto de cúmplase, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar 'para que indicara según sus conocimientos cuál de las dos personas con examen médico compatible se aproxima en grado mayor, para ser considerado con probabilidad máxima como padre de la menor Andrea Lucero Salcedo...', privándose a la otra parte de pedir pruebas, ni de manifestar si estaba o no de acuerdo con ese auto". Una vez se arrimó una hoja firmada por el Jefe de Genética del mentado instituto, contentiva de los resultados obtenidos, se dio traslado a las partes, y el demandante objetó el dictamen pidiendo un examen a practicarse por la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, la que contestó que no es viable esa petición. Tras lo cual el juzgado corrió traslado para alegar, auto que combatió el actor mediante reposición que no se decidió, y sobrevino la sentencia.

Por manera que el Tribunal tuvo en cuenta el dictamen "como si hubiera sido tramitado legalmente", y edificó el fallo sobre prueba que no fue regular y oportunamente allegada al proceso.

"Se violó también -sigue diciendo- el art. 237 del C. de P. C., porque se acogió un dictamen que no es detallado, ni explica los exámenes, experiencias e investigaciones efectuadas, ni los fundamentos científicos de sus conclusiones; el 241 *ibidem*, porque se le consideró fundado, sin que apareciera la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos; los arts. 313 y 321 *ibidem*, porque no se notificaron los autos en forma legal; el 402 *ibidem*, porque no se cumplieron los términos de prueba, y el art. 403 porque se dio traslado para alegar sin estar clausurado el término de prueba".

Culmínase el cargo señalando que "a consecuencia de estos errores de derecho en la apreciación de la prueba pericial, admitiéndola como completa y legalmente tramitada y además, para demostrar las relaciones sexuales entre Gustavo Rojas y Cecilia Saledo", se violaron las normas que de comienzo enuncia.

Tercer cargo

Atácase la sentencia por considerarla violatoria de los arts. 66, 92, 553, 1502, 1503 y 1504 del Código Civil; 6 (num. 4) 7, 17 y 18 de la Ley 68 de 1975 (sic); 1, 2, 3, 5, 10, 60 y 89 del Decreto 1260 de 1970 y 194, 195, 204, 225, 226, 228 (num. 2 y 3) del Código de Procedimiento Civil, debido a error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión.

El Tribunal rechaza la *exceptio plurium constupratorum* porque, en su sentir, "no se vislumbra el más mínimo asomo probatorio" de que alguien pudiera siquiera decir que vio a Blanca Cecilia con alguno de los hombres con quienes se dice tuvo trato sexual, lo que halló corroborado con los exámenes antropohereodobiológicos cuyos resultados dieron incompatible con todos ellos.

Empero, "de las declaraciones de la doctora Ilma Paulina Medina y de Dolores Velasco V. de Márquez, aparece nítidamente que ante ellas reconoció Blanca Cecilia que el padre de su hija era Guillermo Muñoz Dueñas, precisamente cuando, en noviembre de 1982, acudió al Juzgado donde tales dos personas se desempeñaban como juez y secretaria, a formular denuncia contra dicho señor, imputándole violencia carnal, por cuya razón estaba grávida desde hacía más o menos dos meses atrás".

Al negarle prácticamente todo valor probatorio a esos dos testimonios, aduciendo que eran de oídas, cometió el sentenciador "un error de derecho", porque resultó "creando así, una nueva tarifa de pruebas que vulnera el artículo 187 del C. de P. C.", el que manda apreciarlas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Ha debido valorarlos sin importar que sean de "oídas", "y su mayor o menor fuerza de convicción dependerá de que sea responsivo, exacto y completo, circunstancia que el mismo juez se encargará de que aparezca en la declaración...".

Y no cabe restarle valor a la confesión, señalando al efecto que Blanca Cecilia era una persona afectada de trastornos mentales, así se cite en su apoyo el comportamiento y personalidad de ella y "su historia clínica siquiátrica", pues de ese modo se cae en un nuevo error de derecho al considerarla persona incapaz "sin haber sido declarada en interdicción por causa de demencia, sin haberse demostrado que no estaba en el uso de sus facultades mentales, cuando hacía esas declaraciones, señalando cuál era el padre del hijo que iba a tener".

La confesión extrajudicial de Blanca Cecilia reúne todos los requisitos de ley.

CONSIDERACIONES

1. Despáchanse conjuntamente porque ambos presentan defectos de técnica que, de por sí, los hace imprósperos.

2. En lo que hace al cargo segundo, tiénese: de continuo se ha repetido que la trasgresión indirecta de la ley sustancial puede estar generada por error de hecho o de

derecho; y que dada la circunstancia de que cada uno de estos yerros tiene tan acusados perfiles propios que los hace perfectamente diferenciables, el casacionista debe guardarse de refundirlos, so pena de ir en abierta pugna con lo que informa la técnica de casación.

En efecto, aunque uno y otro error tienen en la base el común denominador de incidir en el ámbito fáctico y probatorio del proceso, es evidente que, para no citar más que su desemejanza capital, mientras el de hecho se ofrece en la contemplación objetiva de la probanza, el de derecho dice relación es con la observación de los preceptos que gobiernan la producción y valoración de ella. "Y este sencillo enunciado -dice la Corte- hace ver que en el campo probatorio, cada uno de los dos errores, el de *hecho* y el de *derecho*, asume entidad específica propia, en cuya virtud no pueden confundirse ni hacerse derivar el uno del otro..." (Cas. Civ de 5 de septiembre de 1967).

En el cargo dicho, si bien al comienzo del mismo se denuncian yerros que atañen a la producción de la prueba pericial, (argúyese que la contradicción del mismo no se sujetó a las normas pertinentes) lo cual acompasa con el error de derecho que se endilga al Tribunal, encuéntrase que mas adelante se hacen reparos que tienen que ver con la presencia objetiva de la pericia, como que se critica su falta de precisión y fundamentación. Obsérvese sobre el particular que se afirma por el censor que se vulneró el art. 237 al acogerse un dictamen "que no es detallado, ni explica los exámenes, experiencias e investigaciones efectuadas..."; que el 241 fue vulnerado igualmente "porque se le consideró fundado, sin que aparezca la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos..."; cuestiones que, a ojos vistas, conciernen al aspecto objetivo o material del dictamen, y que serían propias, por consiguiente, de un error de hecho. Precisamente, desde antaño viene diciendo la jurisprudencia que la calificación de si prueba semejante "... viene o no fundamentada, le corresponde hacerlo libremente al juzgador y, por tanto, el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto, o de manifiesto en los autos" (Sentencia de febrero de 1981, proceso de Susana Castillo Solano y otros contra Miguel Antonio Cañón).

3. Falencia que de igual jaez muestra el tercer cargo, pues que la característica que del error de derecho se dejó vista, repulsa que al abrigo suyo se hagan planteamientos tales como el de que el sentenciador, aduciendo no haber asomo probatorio al respecto, falló en la "apreciación de la confesión" hecha por Blanca Cecilia Saledo (madre de la menor demandada), puesto que -prosigue el censor- ésta reconoció ante dos de las personas que declararon en el juicio, que el padre de la niña era Guillermo Muñoz Dueñas. El desacierto técnico de la acusación estriba entonces en que, de conformidad con ello, es indudable que se está reprochando al juzgador el no haber analizado tales testimonios de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo cual le hubiere permitido descubrir la presencia de la confesión alegada. Esta situación, como se ve, aparejaría un error de hecho y no de derecho.

Conviene agregar que el sentenciador jamás dijo que la prueba testifical era inidónea para demostrar, dado el caso, tal confesión, cuestión que ciertamente sería típica del error de derecho, como que es verdad que a través de la prueba testimonial se puede llegar a ella; de manera que el Tribunal no anduvo creando en el punto "una nueva tarifa de pruebas" -cual lo asegura terminantemente el -censor-, sino que sencillamente,

como luego lo señala el mismo recurrente, pese a que analizó las versiones de los testigos, no les dio el mérito persuasivo que hubiese deseado el impugnante y que ahora sugiere.

No es cierto, pues, que el *ad quem* haya desdeñado los testimonios por creer que en tópico exista una tarifa legal de pruebas. No. Sólo después de valorarlos fue que concluyó que no ameritaban el hecho por probar.

No se abren paso, entonces, estos cargos.

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 20 de febrero de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Sin costas en el recurso extraordinario por la corrección doctrinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Súplica / Reposición / .

Demanda de Revisión / Revisión - Rechazo

El auto del magistrado ponente por cuya virtud se resuelve positivamente sobre la admisibilidad del recurso de revisión, por no encontrarse en la lista de apelables que trae el ordenamiento y por no haberse establecido respecto del mismo recurso de súplica expresamente, este último no tiene cabida en el evento referido, procediendo de este modo al estudio de fondo de recursos de reposición interpuestos contra el auto que admite la demanda de revisión. / Contra la providencia que *in limine* rechaza la demanda de revisión y cierra definitivamente la vía, dictada por el Magistrado ponente en el trámite del recurso extraordinario aludido, que es de única instancia, es claro que contra tal providencia no procede el recurso de reposición, sino de súplica.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

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

Referencia: Expediente número 4033.

Se decide sobre la procedencia del recurso de súplica interpuesto contra el auto de fecha ocho (8) de febrero de 1993, por el cual se admitió a trámite la demanda de revisión contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de julio de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el proceso ordinario de pertenencia promovido por C. I. Prudeco Productos de Colombia S. A., contra personas indeterminadas.

Surtido el procedimiento indicado en el artículo 364 del Código de Procedimiento Civil, basían para decidir las siguientes consideraciones:

Según lo dispone el artículo 363 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto.

Y teniendo en cuenta ese precepto, el criterio reiterado de esta corporación ha sido que el auto del magistrado ponente por cuya virtud se resuelve positivamente sobre la

admisibilidad del recurso de revisión, por no encontrarse en la lista de apelables que trae el ordenamiento y por no haberse establecido respecto del mismo recurso de súplica expresamente, este último no tiene cabida en el evento referido (auto del 19 de octubre de 1992), procediendo de este modo al estudio de fondo de recursos de reposición interpuestos contra el auto que admite la demanda de revisión, recursos que ha encontrado admisibles al tenor de lo dispuesto en el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, texto éste dotado por lo demás de claridad suficiente en cuanto expresa que el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el magistrado ponente siempre que no sean susceptibles de súplica (auto del 18 de mayo de 1989).

Por el contrario, contra la providencia que in limine *rechaza la demanda de revisión y cierra definitivamente la vía, dictada por el Magistrado ponente en el trámite del recurso extraordinario aludido, que es de única instancia (numeral 2º, del artículo 26 y numeral 2º, artículo 25 ejusdem), "...es claro que contra tal providencia no procede el recurso de reposición sino el de súplica". (Auto del 25 de junio de 1992).*

Por último, preciso es no perder de vista que el auto por el cual se resuelve sobre la admisión de la demanda en el recurso de revisión y al propio tiempo se decreta la medida cautelar de inscripción allí solicitada, es de suyo complejo y cabe por lo tanto distinguir ambas materias, pues su tratamiento procesal, en orden a definir la viabilidad de los recursos de reposición y de súplica, no puede confundirse. En efecto, frente a hipótesis semejante y por fuerza de los textos legales que se dejan señalados, si la inconformidad del litigante se encamina tan sólo a discutir la legalidad de la providencia cautelar en el auto involucrada, es el segundo de tales recursos el que puede utilizarse, mientras que si el propósito perseguido es el de cuestionar en términos generales la decisión consistente en aceptar la demanda entablada, argumentando por ejemplo que no se cumplen los requisitos de procedibilidad del recurso extraordinario por conducto de ella interpuesto y sustentado, ninguna duda cabe que es el recurso de reposición, el único medio de utilización posible en orden a conseguir la revocatoria de dicha decisión, puesto en otros términos, la condición objetiva de "apelabilidad" predicable de la medida precautelativa de conformidad con los artículos 385 y 690 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, no se la reconoce la ley en forma alguna al auto admisorio de la demanda de revisión, circunstancia que en ausencia de norma expresa que disponga en sentido distinto, obliga a entender que por su "naturaleza" ese proveído no es suplicable.

Así, pues, de estarse en la especie que se estudia a la regulación positiva que sobre los recursos de súplica y de reposición contienen los artículos 363, 364, y 348 del Código de Procedimiento Civil, y teniendo en cuenta además la realidad escueta que el expediente ofrece en el sentido de que es "...un auto del magistrado ponente no susceptible de súplica" el objeto de la impugnación interpuesta, esta última tiene por fuerza que ser rechazada.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, resuelve *rechazar* por improcedente el recurso de súplica interpuesto contra el auto de fecha ocho (8) de febrero del año en curso.

Una vez adquiera firmeza esta providencia, deben regresar los autos al despacho del magistrado ponente para lo de su competencia.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor María Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Revisión / Nulidad Procesal / Indebida Representación / Indebida Notificación

Los numerales 7º, 8º y 9º del art. 140 del C. P. C., hacen, relación a causales de nulidad que confluyen en el motivo séptimo de revisión y que, aunque todas encuentran fundamento en la garantía de la defensa, tienen supuestos diferentes por lo que no se puede pretender que, indiscriminadamente, puedan ellas operar frente a un único evento. A qué se refiere cada una de aquéllas. Cualquiera que sea el motivo de nulidad alegado para que proceda su declaración por la vía extraordinaria del recurso de revisión, debe además de estar plenamente demostrado, comprobarse que el vicio no se encuentra saneado.

Principio de la Trascendencia / Nulidad Procesal - Legitimación

Si se tiene en cuenta el principio de la trascendencia, se puede sentar como regla general la de que está legitimado para alegar una nulidad procesal quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos. Con todo carecen de legitimación: a) Quienes hayan dado lugar al hecho que la origina; b) Quienes tuvieron la oportunidad de proponerla como excepción previa; c) La nulidad por indebida representación o emplazamiento en forma legal, sólo puede alegarla la persona afectada; d) Las nulidades a que se refieren los numerales 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del artículo 152 del C. P. C., no pueden invocarlas quienes hayan actuado en el proceso sin alegarlas.

Paternidad Extramatrimonial - Legitimación / Legitimacion en la Causa / Litisconsorcio Facultativo

Para que pueda adelantarse válidamente un proceso de filiación extramatrimonial, es indispensable que se surta con legítimo contradictor, esto es, con citación y audiencia del presunto padre si se encuentra vivo, y en su defecto, es decir, si ya ha fallecido, deberá dirigirse contra, según fuere el caso, sus herederos determinados e indeterminados y su cónyuge. Significa lo anterior que en caso de adelantarse un proceso de esta índole sin la debida integración del

contradictorio o sin la citación de quien por ministerio de la ley debe ser parte demandada, la sentencia así obtenida se encuentra viciada de nulidad. / En los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario. El litisconsorcio que entonces se forma entre los herederos demandados es meramente voluntario.

NULIDAD PROCESAL / INDEBIDA NOTIFICACIÓN / EMPLAZAMIENTO / REVISIÓN

No dirigir la demanda contra quien es el titular del derecho, no cuando se sabe quien es ésta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado, habrá sido legítimo opositor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal hecho, al preceptuar que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de personas que deben ser citadas como parte y al establecer que este episodio genera causa de revisión del proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

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

Referencia: Expediente número 3911.

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Carmen Doris Bautista de Landazábal actuando a nombre propio y en representación de sus menores hijos Rosa Helena, César, Lisandra y Mario Landazábal Bautista, contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de enero de 1991 por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó la proferida el dos (2) de agosto de 1990 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad en el proceso ordinario de filiación iniciado por Tránsito Patiño Osorio, en representación de su menor hijo Jorge Armando Patiño, contra los sucesores de Mario Landazábal Gamboa.

EL RECURSO DE REVISION

1. Mediante demanda admitida a trámite el 11 de agosto de 1992, actuando a través de apoderado, Carmen Doris Bautista de Landazábal invocando su calidad de cónyuge supérstite de Mario Landazábal Gamboa, y actuando tanto en nombre propio como en representación de sus hijos menores Rosa Helena, Cesar, Lisandra y Mario Landazábal Bautista, propuso el recurso de revisión para que, una vez agotado el procedimiento de rigor, con apoyo en la causal 7ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso ordinario de filiación adelantado por

Tránsito Patiño Osorio, en representación de su hijo menor Jorge Armando Patiño, contra los sucesores del causante Mario Landazábal Gamboa, convocados allí como personas indeterminadas, y tramitado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, así como para que se ordene la cancelación y anulación de los registros que se hubieren efectuado en cumplimiento de la sentencia estimatoria de las pretensiones del menor demandante.

Las circunstancias de hecho en que tal pedimento se apoya, bien pueden recapitularse en la siguiente forma:

a) A raíz de la muerte de Mario Landazábal Gamboa el 28 de marzo de 1988, su legítima esposa Carmen Doris Bautista de Landazábal, actuando en su propio nombre y en el de sus hijos Rosa Helena, César, Lisandra y Mario Landazábal Bautista, únicos herederos legítimos del causante, iniciaron el respectivo proceso de sucesión ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga.

b) Antes de iniciarse dicho trámite, Tránsito Patiño Osorio, en representación de su menor hijo Jorge Armando Patiño, presentó en julio de 1988 ante... filiación extramatrimonial contra sucesores indeterminados del causante Mario Landazábal Gamboa quienes fueron emplazadas conforme lo estipulaba el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y representadas por curador, al haber afirmado que revisados los radicadores de los Juzgados Civiles del Circuito de dicha ciudad, no existía constancia de haberse iniciado la mortuoria del presunto padre.

c) La demandante en el proceso de filiación, con fecha 26 de octubre de 1988, solicitó al Juzgado del conocimiento que comunicara la existencia de dicho proceso al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga donde se tramitaba la sucesión de Mario Landazábal Gamboa, y así la actuación siguió su curso normal hasta que, mediante sentencia del 2 de agosto de 1990, se declaró la filiación reclamada en decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 28 de enero de 1991, título de estado con el cual Tránsito Patiño Osorio, actuando en representación del menor Jorge Armando Landazábal Patiño, inició con posterioridad acción de petición de herencia contra la cónyuge sobreviviente Carmen Doris Bautista de Landazábal y sus hijos menores a quienes les fue notificada personalmente la condigna demanda el 2 de septiembre de 1991.

d) Al no haber adelantado el proceso que determinó la filiación directamente contra el cónyuge y los hijos del causante "y si se quiere demás herederos indeterminados", no se integró debidamente el contradictorio en los términos que la ley señala; por lo tanto, no se cumplió tampoco con la garantía del debido proceso y del derecho de defensa a favor de éstos, configurándose la causal de nulidad contemplada en el numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y a su vez, la establecida en el numeral 7 de la misma disposición, nulidad que, según dice, no ha sido saneada por cuanto los recurrentes no actuaron en el proceso por causa imputable a la parte demandante.

2. Aceptada la caución prestada y recibido el expediente enviado por el Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga, se encontró admisible el recurso interpuesto y, por esta razón, de conformidad con el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, de la demanda se ordenó correr traslado a la parte demandada quien hizo uso del mismo,

dando respuesta en escrito presentado el 5 de octubre de 1992 ante el Juzgado comisionado para notificar el auto admisorio y recibido en esta Corporación el 9 del mismo mes, escrito mediante el cual se opuso a las pretensiones deducidas alegando que la notificación efectuada por emplazamiento no fue defectuosa, "y no obstante el mismo, se les hizo saber a los interesados la existencia del proceso con lo cual queda despejado el camino, para que ellos se hicieran parte en el proceso, haciendo caso omiso a este llamado, además tal comunicación elevada de un juzgado a otro se efectuó dentro del término legal"; propuso por lo tanto como defensa la "inexistencia de la causal alegada por el recurrente, para impetrar la revisión".

3. El ciclo probatorio transcurrió normalmente y es de advertir que ambas partes tuvieron ocasión de presentar sus alegatos de conclusión, derecho del cual ninguna hizo uso en forma oportuna.

En este estado las cosas, resultando que la relación procesal existente en este caso se ha constituido regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor resolver sobre el fundamento del recurso interpuesto y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. *Por tratarse de un medio extraordinario de impugnación en el sentido estricto que a esta expresión le imprime la doctrina científica contemporánea, bien sabido es, que el éxito de un recurso de revisión está condicionado a que, oportunamente, se alegue y se demuestre, desde luego por quien se encuentre legitimado para hacerlo según el caso, la existencia de alguna de las causales previstas con evidente sentido limitativo para tal fin por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, causales que en verdad tienen distinto origen y su naturaleza por ende es diferente, pues como tantas veces lo ha reiterado la Corte con apoyo en el propio texto del precepto recién citado, "... este recurso extraordinario no apunta exclusivamente al quiebre de las sentencias inicuas, es decir, de las obtenidas con claro quebranto de la justicia (nums. 1ª a 6ª del artículo 380), sino que busca también el imperio del derecho de defensa (art. 380, nums. 7ª y 8ª), o la tutela del principio de la cosa juzgada (num. 9º del art. 380 ...") (G.J. Tomo CLII, pág. 191).*

Entendidas las cosas con este cuadro general de referencia, el legislador señala, dentro de la enumeración taxativa de los motivos de revisión de una sentencia que ostenta el sello de la cosa juzgada material, el hecho de estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados por la codificación procesal civil en el capítulo de las nulidades adjetivas en los numerales 7º, 8º y 9º (art. 140 del Código de Procedimiento Civil), norma que por cierto guarda estrecha concordancia con el artículo 142 ibidem en cuanto dice este último, en su inciso tercero, que "...la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma podrá también alegarse (...) mediante el recurso de revisión...".

Los numerales 7º, 8º y 9º hacen relación a causales de nulidad que confluyen en el motivo séptimo de revisión y que, aunque todas encuentran fundamento en la garantía de la defensa, tienen supuestos diferentes por lo que no se puede pretender que, indiscriminadamente, puedan ellas operar frente a un único evento. En efecto, el numeral 7º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil se refiere a indebida representación de las partes, aludiendo por ende a la falta de capacidad en el proceso y no a la legitimación en la causa considerada como una de las condiciones de la acción, de donde se sigue que se refiere a la ausencia de un presupuesto procesal y no al fondo del asunto debatido; a su turno el numeral 8º ibidem *opera cuando quien ha sido demandado, no es notificado en legal forma, proposición de la cual se infiere que para que tenga aplicación el precepto, quien ha sido indebidamente notificado debe ser expresamente señalado como parte, es decir, que contra él se haya dirigido la demanda; y, el numeral 9º* ejusdem *opera "cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley", comprendiendo aquellos casos en los que no se notifica en legal forma a personas que normas especiales ordenen llevar al proceso, en razón a la naturaleza del mismo.*

De otro lado, bien sabido es, que cualquiera que sea el motivo de nulidad alegado para que proceda su declaración por la vía extraordinaria del recurso de revisión, debe además de estar plenamente demostrado, comprobarse que el vicio no se encuentra saneado, luego es forzoso concluir que resulta improcedente cuando "las irregularidades ocurridas durante la tramitación del proceso e invocadas como constitutivas de nulidad general no existen, si existiendo no están contempladas taxativamente dentro de los motivos de nulidad adjetiva que enumera aquel artículo, o si estándolo y siendo saneables, fueron convalidadas por efecto del asentimiento expreso o tácito de la parte afectada con ellas". (G. J. CLII, pág. 219), condiciones que desde luego responden a un esquema doctrinario acerca del cual ha dicho la jurisprudencia que "... el Código, siguiendo la orientación trazada por sus redactores en el sentido de restringir en lo posible los motivos de nulidad, en sus artículos 154, 155 y 156 -actualmente 142, 143 y 144 de acuerdo con la nueva numeración introducida por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989- no sólo consignó reglas acerca de la oportunidad y legitimación para alegarlos, sino que estableció, además, todo un sistema de saneamiento tácito; de tal suerte que las nulidades procesales no se pueden alegar por cualquier persona, ni en el momento que le provoque. Por lo que toca a la legitimación para alegar un motivo de nulidad, si se tiene en cuenta el principio de la trascendencia, se puede sentar como regla general la de que está legitimado para alegar una nulidad procesal quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos. Con todo, carecen de legitimación: a) Quienes hayan dado lugar al hecho que la origina; b) Quienes tuvieron la oportunidad de proponerla como excepción previa; c) La nulidad por indebida representación o emplazamiento en forma legal, sólo puede alegarla la persona afectada; d) Las nulidades a que se refieren los numerales 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil no pueden invocarlas quienes haya actuado en el proceso sin alegarlas. En lo que concierne al saneamiento, el artículo 156 establece que se considera saneada la nulidad cuando la parte que podía alegarla no lo hizo

oportunamente, es decir, tan pronto como pudo actuar en el proceso y tener conocimiento de ella, de tal modo que si posteriormente lo alega, el juez debe rechazarla de plano...", y líneas adelante recalca que se trata por consiguiente de un conjunto de restricciones que constituyen clara aplicación "... de los principios de la convalidación y de la lealtad procesal, pues, según el primero, dado el carácter dispositivo del proceso civil, a las partes les es permitida la ratificación expresa o tácita de las actuaciones irregulares cuando sólo las afecten a ellas; y en virtud del segundo, se busca impedir la maniobra desleal de alegarlas solamente si el proceso en su marcha se presenta desfavorable a esa parte...". (G. J. Tomo CLXXX, pág. 193), postulado este último en desarrollo de cual, en reciente pronunciamiento de fecha 15 de junio de 1993 tuvo oportunidad esta Corporación de señalar que: "...quien tiene conocimiento de la existencia de un proceso en donde está llamado a intervenir como parte y permite que éste transcurra sin haber comparecido a él, convalida la actuación que se está surtiendo porque su indiferencia no otra cosa puede significar..." reiterando así doctrina afirmada en la sentencia de marzo 11 de 1991 donde dijo la Corte: "... De suerte que subestimar la primera ocasión que se ofrece para discutir la nulidad, conlleva el sello de refrendación o convalidación. Y viene bien puntualizar que igual se desdeña esa oportunidad cuando se actúa en el proceso sin alegarla, que cuando a sabiendas del proceso se abstiene la parte de concurrir al mismo. De no ser así, se llegaría a la iniquidad traducida en que mientras que a la parte que afronta el proceso se le niega luego la posibilidad de aducir tardíamente la nulidad, se le reserva en cambio a quien rebeldemente se ubica al margen de él, pero que corre paralelo a su marcha para asestarle el golpe de gracia cuando mejor le convenga. Sería, en trasunto, estimular la contumacia y castigar la entereza..." doctrina ésta que por lo demás encuentra firme apoyo en el primer inciso del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil leído en concordancia con el numeral 1º del artículo 144 ibidem, *puesto que como es bien sabido, al tenor de estos textos están impedidos para solicitar y obtener una declaración de nulidad, no solamente quienes por su actitud de asentimiento hayan dado lugar a la irregularidad que se origina, sino también aquellos que obrando del mismo modo y contrariando por ende dictados elementales de lealtad y buena fe, han contribuido al afianzamiento de dicha irregularidad con todas las consecuencias que ella supone.*

2. Presupuesto indispensable para que pueda adelantarse válidamente un proceso de filiación extramatrimonial, ha sostenido la Corte, "... es que se surta con legítimo contradictor, esto es, con citación y audiencia de presunto padre si se encuentra vivo, y en su defecto, es decir, si ya ha fallecido, deberá dirigirse contra, según fuere el caso, sus herederos determinados e indeterminados y su cónyuge, conforme lo autoriza el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en armonía con el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil. Significa entonces lo anterior que en caso de adelantarse un proceso de esta índole sin la debida integración del contradictorio o sin la citación de quien por ministerio de la ley debe ser parte demandada, la sentencia así obtenida se encuentra viciada de nulidad" (sentencia de 12 de diciembre de 1991), criterio por cierto reiterado de tiempo atrás por la doctrina jurisprudencial al señalar que "... la legitimación activa en causa de esta acción investigativa de la paternidad la tienen los

presuntos hijos, como legítimos contradictores que son en los causas de filiación legítima o natural, y la legitimación pasiva le corresponde, en primer término, al padre en vida en la condición de legítimo contradictor que le confieren los artículos 403 del Código Civil y 7ª de la Ley 45 de 1936; y muerto el padre, la tienen los herederos abintestato o testamentarios, a quienes pasan todos los derechos y obligaciones transmisibles como continuadores de la persona del causante en su condición de representantes de él (artículos 1008, 1011, 1155 del Código Civil). La legitimación de parte del hijo natural y del heredero o herederos del pretenso padre natural es la que hace que la relación jurídico-procesal en esta acción de estado no se pueda trabar sino entre ellos, quienes, por lo mismo, deben sostenerla hasta su culminación con la sentencia que ponga fin a la litis" (G. J. Tomo CXV, pág. 110).

Así se tiene que, acogiendo las orientaciones dadas por la Corte, el citado artículo 10 de la Ley 75 de 1968 establece con la suficiente claridad: a) Que muerto el presunto padre, la acción de investigación de paternidad natural puede adelantarse contra los herederos y el cónyuge sobreviviente; b) Que cuando el fallecido es el hijo, dicha acción corresponde a sus descendientes legítimos y a sus ascendientes; y en fin, c) Que la sentencia estimatoria de estas acciones no producirá efectos patrimoniales, sino a favor y en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción, disposición esta última de la cual se sigue entre otras cosas de no menor importancia, que pueden ser convocados al respectivo proceso todos o parte de los herederos, caso en el cual la dicha sentencia les será inoponible a los que no fueron citados.

Pues bien, tomando pie en el aludido texto legal y en la consiste doctrina que lo inspira, tiene dicho la Corte que en los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario por virtud del cual sea forzoso, además de incluirlos a todos en la demanda introductoria de la causa, decidir sobre su mérito en forma uniforme para el conjunto, esto por cuanto en eventos de ese linaje no se trata, por principio, de hacer valer el carácter de indivisible predicable del estado civil. "... sino de oponer ese estado a dichos herederos supuesto en el cual se lo puede probar frente a uno o varios de los mismos causahabientes. El litisconsorcio que entonces se forma entre los herederos demandados -prosigue la Corte- es meramente voluntario y trae por tanto las consecuencias de que se puede producir sentencia de fondo frente a esos demandados y de que el fallo no afecta sino a quienes fueron llamados a la litis..." (G. J. Tomos LIX, pág. 593, CXXXII-CXIV, pág. 239, y CXLII, pág. 52, reiterada en Casación Civil de 6 de septiembre de 1975, no publicada).

Pero si bien, no conforman desde el punto de vista pasivo un litisconsorcio necesario, sí tienen los herederos y el cónyuge que concurrir en la condición de demandados en los procesos orientados a lograr la declaración de una paternidad extramatrimonial que se le atribuye al causante, y por tal razón contra ellos debe dirigirse la demanda, notificándoseles personalmente en la medida en que son conocidos y por lo tanto determinables, notificación que desde luego debe realizarse observando las formas que según la ley le son propias y cuyo sentido preponderante, como ya lo ha sostenido la Corte, responde a la necesidad de hacerle saber a la parte demandada el contenido de la demanda contra ella entablada, brindándole la

oportunidad de proponer la defensa que juzgue más adecuada, de donde se sigue que en esta materia ha de procurarse por todos los medios posibles que de dicha demanda pueda su destinatario tener conocimiento real y efectivo, 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, lo que entre otras cosas quiere significar que de ninguna manera se puede emplazar a un demandado sin que se hayan observado rigurosamente la totalidad de las formas legales exigidas para utilizar este sistema excepcional de notificación, principio éste que, como se sabe, halla por lo demás sustento en nociones de las que esta Sala ha hecho memoria en numerosas ocasiones, ejemplo de ellas la sentencia de 30 de mayo de 1979 que en uno de sus considerandos expresa: "... las formalidades impuestas por la ley para la citación o emplazamiento de cualquier demandado, trátese de persona cierta o incierta, son de muy estricto cumplimiento porque en ellas va envuelto el derecho de defensa sin garantía del cual no es posible adelantar válidamente ningún proceso. Por lo tanto, la inobservancia de cualquiera de estas formalidades entraña indebida representación del sujeto o sujetos objeto del emplazamiento, puesto que el curador ad litem *que en tales circunstancias irregulares actúa, carece de la personería de sus presuntos representados..." agregando luego en sentencia de fecha 23 de mayo de 1989, que "... las formalidades que se indicaron con anterioridad (...) constituyen requisitos necesarios dentro del respectivo proceso civil, sobre todo cuando aluden a circunstancias o a hechos referentes a la iniciación del proceso y al surgimiento de la relación jurídica procesal. Es indispensable que se agoten todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico para que la persona contra la cual se dirige el libelo del demandante pueda concurrir de manera directa y, de otro lado, existiendo varias formas de emplazamiento, también se requieren que se reúnan con exactitud los presupuestos de una y otra (artículos 318 y 320 del Código de Procedimiento Civil) ...".*

Y en este mismo orden de ideas, ante la gravedad que reviste toda conducta que por sus resultados procesales implique menoscabo con pleno conocimiento del derecho de defensa de quien debe ser demandado en un proceso, la Corte ha reiterado en situaciones donde aparece claro que, a sabiendas, el actor omitió dirigir la demanda contra quienes por mandato de la ley han de ser sus contradictores, prefiriendo hacerlo contra indeterminados en proceder que sin duda alguna afecta el equilibrio que debe existir entre quienes son parte en una relación litigiosa, que la sanción para comportamientos de este linaje ha de ser por principio la nulidad de la actuación que por efecto de tal vicio se surtió a espaldas de quien tenía el legítimo derecho a oponerse. Así lo tiene expresado la jurisprudencia, entre otras, en fallos producidos frente a procesos irregulares en los cuales, a sabiendas de la existencia y determinación de la persona llamada por la ley a ser demandada, el actor dirigió su demanda contra personas indeterminadas: "siendo de imperativo cumplimiento el precepto que ordena dirigir la demanda (...) contra quien figure como titular de un derecho (...), resulta patente y justo que no puede emplazarse como a persona indeterminada a quien demuestra ser titular del derecho (...), pues por la vía de los edictos sólo pueden ser llamadas al proceso las personas inciertas que eventualmente pueden tener derecho o se crean con él (...). Lo anterior da pie para sostener con firmeza que el curador ad litem, *que, llegado el momento, debe nombrarse para que lleve la representación de las personas indeterminadas que fueron emplazadas, no tiene la representación de quien*

(...) aparece como titular de derechos (...). Toda maquinación del demandante enderezada a impedir o hacer más difícil que el titular de derechos reales pueda controvertir la demanda y defender su título registrado, debe ser reprobada con energía, pues el proceso tiene que ser limpia lucha en que las partes pueden litigar en igualdad de condiciones, con lealtad y nobleza, procurando solamente la realización de la justicia a través de la aplicación del derecho material. No dirigir la demanda contra quien es el titular del derecho (...), cuando se sabe quién es ésta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado, habrá sido legítimo opositor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal hecho, al preceptuar que el proceso es nulo, cuando no se práctica en legal forma la notificación o el emplazamiento de personas que deben ser citadas como parte (152-9) y al establecer que este episodio genera causa de revisión del proceso (artículo 380-7). (Sentencia del 30 de noviembre de 1976 en la revisión de la pertenencia de Ramón Aleberrúa Alzate, aún sin publicar)" (G. J. Tomo CLIX).

3. Pasando ahora al examen del caso concreto que estos autos ponen de presenten y, en este ámbito, al analizar el expediente que contiene el proceso de filiación adelantado por Tránsito Patiño Osorio, en representación de su menor hijo Jorge Armando Patiño contra los sucesores indeterminados de Mario Landazábal Gamboa, se observa que, el 8 de julio de 1988, fecha de la presentación de la demanda, la actora conocía la existencia de la cónyuge del causante, tal como expresamente se lee en el acápite de pruebas del libelo donde el apoderado de la demandante solicita oficiar "al Juzgado Quinto Penal Municipal de Bucaramanga para que certifique si allí cursó o cursa un proceso penal contra Carmen Doris Bautista esposa del finado Mario Landazábal Gamboa, según denuncia formulada el 17 de septiembre de 1987 por Tránsito Patiño Osorio, a consecuencia de las agresiones de que fue víctima mi poderdante, motivadas por las relaciones maritales existentes entre Mario Landazábal Gamboa con Tránsito Patiño Osorio; además de lo anterior, estando aún dentro de la oportunidad para reformar la demanda, tuvo conocimiento de que ya se había iniciada el proceso de sucesión de Mario Landazábal Gamboa tal como lo indica el memorial que dirigió al juzgado el 26 de octubre de 1988, antes de que se posesionara el curador designado por el Juzgado para representar los intereses de quienes figuraban como demandados, en el que manifestó "que en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, se adelanta el proceso de sucesión del causante Mario Landazábal Gamboa", pidiendo en consecuencia se comunique por medio de oficio "-que en su despacho se adelante el ordinario de filiación natural de la referencia, para los efectos de los artículos 1387 y 1388 del Código Civil y 618 del Código de Procedimiento Civil-", proceso de sucesión en el cual, tal como se lee en la copia de la escritura 2245 del 9 de junio de 1989 de la Notaría Primera de Bucaramanga que obra a folio 12 del cuaderno de la Corte, desde el 21 de mayo anterior habían sido reconocidos como herederos los hijos legítimos del causante, identificándoseles por sus nombres completos a todos.

Así las cosas, la Corte encuentra que aunque si bien es cierto que la demandante conoció de la existencia de la cónyuge y los herederos con tiempo suficiente para reformar la demanda de filiación, teniendo en cuenta que por ley se debía dirigir contra ellos en aras de garantizarles el cabal ejercicio de su derecho de defensa, citación directa

al proceso que no sobra reiterar una vez más, resulta obligada cuando el actor conoce de la existencia de quienes por ley deben ser sus contradictores y que no puede suplirse con una emplazamiento a personas indeterminadas, ni tampoco con un oficio informativo al juzgado que tiene a su cargo el proceso de liquidación de la herencia, también lo es, que los recurrentes tuvieron conocimiento de la existencia del proceso de filiación desde la fecha del mencionado oficio informativo de la existencia del mismo, que fuera dirigido al Juzgado 2º Civil del Circuito de Bucaramanga cuando ya actuaban en él por haber sido reconocidos como herederos, y desde entonces permitieron que el proceso de filiación transcurriera sin comparecer a hacer valer la nulidad que hoy se alega, asumiendo así una actitud que por fuerza de los postulados de protección y convalidación imperantes en el ámbito de las nulidades adjetivas, les resta legitimación para obtener semejante declaración.

Resumiendo, en el caso presente no hay lugar a reconocerle fundamento a la causal séptima de revisión alegada por los recurrentes, ello debido a que la eventual nulidad originada en la falta de notificación en legal forma de personas que normas especiales ordenan convocar al proceso en el cual se produjo la sentencia de filiación, se encuentra convalidada por la actitud omisiva de aquéllos que dejaron consumarse esa actuación, de la cual tuvieron pleno conocimiento, sin hacer uso allí de los medios adecuados para denunciar la notificación irregular de la cual ahora se duelen.

Atendiendo a las precedentes consideraciones y con fundamento en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, 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:

Declarar infundado el recurso de revisión propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 28 de enero de 1991 en el proceso ordinario de filiación adelantado por Tránsito Patiño Osorio en representación del menor Jorge Armando Patiño contra la sucesión de Mario Landazábal Gamboa.

Con sujeción a lo prescrito en el inciso final del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, se condena a los recurrentes al pago de las costas y perjuicios, que se harán efectivos con la caución presentada. Los perjuicios se liquidarán mediante trámite incidental.

Para su conocimiento y fines pertinentes, comuníquese lo anterior a la Compañía de Seguros otorgante de la garantía prestada.

Una vez esta providencia adquiera firmeza, remítase al juzgado de origen el expediente que contiene el proceso de revisión. Líbrese por Secretaría el oficio respectivo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

PERTENENCIA / CERTIFICACIÓN / NULIDAD PROCESAL / CITACIÓN / DERECHO DE DEFENSA

Si por quien inicia un proceso de pertenencia se anexa para el efecto un certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el que por error, deficiencia, fraude o cualquier razón no aparecen los titulares de derechos reales sobre el inmueble que se pretende usucapir en todo o en parte, para eludir en esa forma su citación como legítimos contradictores que son en ese proceso, es evidente que allí se configura una ostensible violación del derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Referencia: Expediente número 4195.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Rafael Eduardo Pérez Ruiz contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería -Sala Civil- el 23 de abril de 1991, en el proceso ordinario (pertenencia) promovido por Jovita María de Hoyos Montes contra personas indeterminadas.

I. ANTECEDENTES

1. Por conducto de apoderado mediante demanda que obra a folios 61 a 71 del cuaderno No. 1 de la actuación ante la Corte, el señor Rafael Eduardo Pérez Ruiz, como heredero de Abelardo Julio Pérez Serpa, interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el 23 de abril de 1991, en el proceso ordinario promovido por Jovita María de Hoyos Montes, en el cual ésta impetró la declaración de pertenencia del inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de Planeta Rica (Córdoba) identificado con los linderos que se especifican en la demanda.

2. Invoca el recurrente en revisión como causales para el efecto las establecidas en los numerales 6ª y 7ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en los hechos que se sintetizan así:

2.1 Jovita María de Hoyos Montes y Abelardo Julio Pérez Serpa vivieron en concubinato por un período superior a 20 años, hasta la muerte de éste acaecida el 19 de enero de 1990.

2.2 El 20 de septiembre de 1973, mediante escritura pública No. 570 de la Notaría Unica del Círculo de Planeta Rica (Córdoba), Abelardo Julio Pérez Serpa compró a Francia Elena Galindo Fuentes un inmueble urbano, ubicado en la cabecera municipal de Planeta Rica (Córdoba), distinguido en su nomenclatura urbana con el No. 15-50 de la carrera 7ª y enmarcado dentro de los linderos que se indican en la demanda de revisión (hechos 1, 2, folio 62, C-1 Corte), inmueble en el cual convivió desde entonces hasta su muerte con Jovita María de Hoyos Montes.

2.3 El 20 de junio de 1990 Jovita María de Hoyos Montes promovió ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica un proceso ordinario, con la pretensión de que se le declarase como dueña del inmueble referido, por haberlo adquirido por usucapión extraordinaria, ya que -según su afirmación- poseyó el inmueble por más de 25 años.

2.4 A la demanda de pertenencia se anexó por Jovita María de Hoyos Montes una certificación expedida por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún (Córdoba), según la cual el inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de Planeta Rica (Córdoba), "...no aparece registrado a nombre de persona alguna y mucho menos a nombre de la señora Jovita María de Hoyos Montes..." (fl. 63, C-1 Corte).

2.5 Tal certificación fue solicitada por la demandante en pertenencia con la exclusiva finalidad de promover ese proceso, pese a que tenía conocimiento de que su compañero permanente, Abelardo Pérez Serpa había adquirido ese inmueble mediante escritura pública No. 570 de 20 de septiembre de 1973, otorgada en la Notaría Unica de Planeta Rica (Córdoba), e inscrita bajo el folio de matrícula inmobiliaria No. 146 0019723 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún (Córdoba).

2.6 Ante el mismo Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica (Córdoba), Rafael Eduardo Pérez Ruiz y otros hermanos suyos, hijos del causante Abelardo Julio Pérez Serpa, habidos con persona distinta a Jovita María de Hoyos Montes, promovieron el 7 de junio de 1990 el proceso de sucesión de su padre, el cual se declaró abierto y radicado en ese despacho judicial el 11 de julio de 1990, proceso éste al cual concurrieron como herederos para los efectos legales pertinentes Enadis Stella, Mónica Esther, Yenny Patricia y Omar Benito Pérez Hoyos, hijos del causante y de Jovita María de Hoyos Montes.

2.7 En el trabajo de partición, aprobado debidamente por el Juzgado en mención, el inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de Planeta Rica (Córdoba), les fue adjudicado a Rafael Eduardo, Emilse Isabel, Elkin Manuel, Arid Fernel, Nelsy del Carmen Pérez Ruiz y Abelardo Pérez Correa.

2.8 El 25 de enero de 1991 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica profirió sentencia favorable a la demandante en el proceso de pertenencia ya mencionado, luego de lo cual la señora Jovita María de Hoyos Montes acudió al Juzgado Promiscuo de Familia de Planeta Rica donde cursaba entonces el proceso de sucesión de Abelardo Julio Pérez Serpa, despacho judicial al que solicitó excluir de los bienes sucesorales del causante el inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de ese

municipio, petición que le fue denegada y que, incoada nuevamente por su hija Mónica Esther Pérez Hoyos reconocida en ese proceso como heredera, también se denegó.

2.9 La señora Jovita María de Hoyos Montes registro la sentencia proferida en el proceso de pertenencia por ella promovido sobre el inmueble aludido, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún, el 31 de mayo de 1991, inscripción que se cumplió en folio de matrícula inmobiliaria 148-0021463. Además, protocolizó la sentencia de pertenencia a que se ha hecho referencia, mediante escritura pública No. 302 de 17 de junio de 1991 otorgada en la Notaría Unica del Círculo de Planeta Rica.

2.10 En la actualidad, como consecuencia de los hechos anteriormente mencionados, el inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de Planeta Rica (Córdoba), "presenta dualidad de registros, pues por un lado está el registro 148-0021463", y, por otro lado, también figura inscrito bajo el número 148-0019723.

3. Admitida que fue la demanda con la cual se interpuso el recurso extraordinario de revisión y notificada de su admisión la señora Jovita María de Hoyos Montes, le dio contestación como aparece en escrito visible a folios 104 a 107 del cuaderno No. 1 de la Corte. En él se opone a la prosperidad del recurso extraordinario, expresa que se atiene a lo que resulte probado respecto de los hechos, y, además, expresa que la demanda de pertenencia se dirigió contra personas indeterminadas y no contra los herederos de Abelardo Pérez Serpa, ni otra persona determinada porque el certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún y que fue acompañado a la demanda, expresamente dice que no hay titulares de derechos reales sobre ese inmueble.

4. El curador *ad litem* designado para representar a las personas indeterminadas en el trámite de este recurso extraordinario de revisión, le dio contestación a la demanda como aparece a folios 136 y 137 del cuaderno No. 1 de la Corte. En ella expresa que se atiene a lo que resulte probado en relación con los hechos en los cuales apoya el recurrente su pretensión impugnaticia.

5. Decretadas por auto de 11 de mayo de 1993 las pruebas solicitadas y que fueron conducentes a juicio de esta Corporación (fls. 143 a 145, C-1 Corte), luego de practicadas se corrió traslado a las partes para alegar, mediante auto de 7 de julio de 1993 (fl. 149, C-1 Corte).

6. Precluida la etapa de alegaciones, de la decisión que corresponda en derecho se ocupa ahora la Corte.

II. CONSIDERACIONES

1. Como es suficientemente conocido, el recurso extraordinario de revisión ha sido instituido por el legislador con el preciso objeto de permitir que sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, pero obtenidas por medios ilícitos, o con desconocimiento de cosa juzgada, o con violación del derecho de defensa, se retiren del ordenamiento jurídico, como quiera que mantenerlas en vigor pugna con éste y causa un daño político-social de enorme trascendencia entre los asociados.

2. Esa es la razón por la cual el artículo 140, numeral 9º del Código de Procedimiento Civil establece como causal de nulidad la falta de notificación en legal forma a

personas determinadas que deban ser citadas como partes a un proceso, dado que en tal caso es evidente la vulneración del derecho a no ser vencido sin haber sido oído ante la jurisdicción, fundamental garantía ciudadana en los estados democráticos (artículo 29 C.N.).

3. De vieja data tiene por sentado esta Corporación que para promover un proceso de pertenencia sin menoscabo del derecho de defensa, no basta anexar un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos respectivo de cualquier manera, sino que por los jueces ha de velarse porque en tales certificados se indique con claridad quienes son los "titulares de derechos reales principales", que tienen que ser exactamente los mismos que figuran en los libros respectivos, "pues ese documento no puede ser otra cosa que un fiel trasunto, un reflejo idéntico de lo que en ellos está registrado" (sentencia 30 de noviembre de 1979, citada por la Corte en sentencia de revisión No. 186 de 23 de mayo de 1990).

4. De esta suerte, si por quien inicia un proceso de pertenencia se anexa para el efecto un certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el que por error, deficiencia, fraude o por cualquier razón no aparecen los titulares de derechos reales sobre el inmueble que se pretende usucapir en todo o en parte, para eludir en esa forma su citación como legítimos contradictores que son en ese proceso, es evidente que allí se configura una ostensible violación del derecho de defensa. Luego, si contrariando la realidad y autenticidad del folio real que indica los herederos titulares de los derechos reales de un inmueble, se obtiene, por cualquiera de las razones anteriormente mencionadas (como la omisión de datos fundamentales conocidos por el interesado), una certificación registral en el sentido de no hallarse inscrito un inmueble determinado, el empleo de certificado por ser contrario a la realidad jurídica registral, acarrea defectos procesales que no quedan saneados aunque se hubiese obrado de buena fe. Porque tal irregularidad impide demandarse o citarse a dichos titulares verdaderos, conculcándoseles de esta manera su derecho de defensa, que impone como lógica consecuencia la nulidad de dicho proceso, adelantado a espaldas de quien debiendo ser convocado como parte, no lo ha sido, circunstancia ésta que expresamente consagró como causal de revisión el artículo 380, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil, siempre que no haya sido saneada la nulidad.

5. En el caso de autos, observa la Corte que el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia impugnada ha de prosperar, por cuanto del acervo probatorio existente y del análisis del expediente contentivo del proceso de pertenencia, así se desprende. En efecto:

5.1 Se encuentra debidamente acreditado que el demandante en revisión, Rafael Eduardo Pérez Ruiz, tiene la calidad de heredero de Abelardo Julio Pérez Serpa, pues así lo demuestran tanto la certificación notarial de defunción del causante, como la de nacimiento de Rafael Eduardo Pérez Ruiz, que obran a folios 3 y 4 del cuaderno No. 1 y la copia auténtica del auto proferido el 11 de julio de 1990 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica (Córdoba), en el cual se declaró abierto y radicado el proceso sucesorio de Abelardo Julio Pérez Serpa y se reconoció como heredero suyo, entre otros, a Rafael Eduardo Pérez Ruiz.

5.2 Aparece igualmente demostrado, con la copia auténtica de la escritura pública No. 570 de 20 de septiembre de 1973, otorgada en la Notaría Única del Círculo de

Planeta Rica (Córdoba), visible a folios 5 y 6 del cuaderno uno de la Corte, que Abelardo Julio Pérez Serpa compró a Francia Elena Galindo Fuentes el inmueble a que se refiere este proceso, escritura pública que según el folio de matrícula inmobiliaria No. 148-0019723 cuya copia auténtica, expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos de Sahagún (Córdoba), fue inscrita el 14 de noviembre de 1973.

5.3 Del mismo modo, se encuentra probado de una parte, que la demanda fue presentada el 20 de junio de 1990 y luego de admitida y hechos los emplazamientos, el 27 de agosto y el 3 de septiembre de 1990, se designó curador *ad litem* y se notificó el auto admisorio. Así mismo, de otra parte también aparece demostrado que tanto la demanda con la cual se inició el proceso de pertenencia (fls. 2 y 3, cdno. Juzgado), como la sentencia de segunda instancia ahora impugnada (fls. 9 a 13, cdno. Tribunal), y el folio de matrícula inmobiliaria No. 148 0021463 (fl. 9, C-1, Corte) se refieren todos a un mismo inmueble: el ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de Planeta Rica (Córdoba), inmueble éste que fue adjudicado en proporción de seis onceavas partes a Rafael Eduardo Pérez Ruiz, Emilse Isabel, Elkin Manuel, Arid Fernel, Nelsy del Carmen Pérez Ruiz y Abelardo Antonio Pérez Correa, según aparece en la hijuela No. 2 de la partición en el proceso de sucesión de Abelardo Julio Pérez Serpa, aprobada mediante sentencia pronunciada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Planeta Rica el 19 de diciembre de 1991 (fls. 51 y 52, C. 1 Corte).

5.4 Del examen de las certificaciones expedidas por el Registrador de Instrumentos Públicos de Sahagún (Córdoba) que obran a folios 8 y 9 del cuaderno No. 1 de la actuación ante la Corte, aparece que a partir de la sentencia de pertenencia que con este recurso extraordinario de revisión se combate, se abrió para el inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de Planeta Rica (Córdoba), ese folio de matrícula, sentencia cuya inscripción se llevó a cabo el 31 de mayo de 1991; e igualmente se observa que respecto del mismo inmueble en folio de matrícula en el cual aparece toda la tradición con él relacionada, se inscribió el 14 de junio de 1992 la adjudicación de ese bien a los herederos de Rafael Eduardo Pérez Ruiz.

5.5 De los testimonios recibidos a Enadis Stella, Mónica Esther, Jenny Patricia y Omar Benito Pérez Hoyos (fls. 23 a 29, y 37 a 39 C-2, Corte), así como de las declaraciones rendidas por Arid Fernel, Emilse Isabel y Nelsy del Carmen Pérez Ruiz (fls. 33 a 37, C-2 Corte), al igual que de las declaraciones de parte absueltas por Rafael Eduardo Pérez Ruiz y Jovita María de Hoyos Montes (fls. 32 a 33 y 40 a 41, C-2 Corte), surge con claridad que efectivamente la demandante en el proceso de pertenencia en el cual se profirió la sentencia impugnada tenía pleno conocimiento de quienes son los herederos de Abelardo Julio Pérez Serpa, con quien convivió durante más de 20 años; e igualmente surge con claridad que los testigos, hijos todos de Abelardo Julio Pérez Serpa se trataban entre sí y, además, expresan que todos conocían el inmueble respecto de cual Jovita María de Hoyos Montes promovió el proceso de pertenencia. Los hijos de ésta y del causante, de apellidos Pérez Hoyos, coinciden en aseverar que el inmueble según lo que creían hasta la muerte de su progenitor fue comprado por su madre, lo que explica la iniciación de ese proceso de pertenencia cuando ella se enteró de que en la escritura pública de compraventa del inmueble aludido figuraba como comprador el fallecido Abelardo Julio Pérez Serpa.

En el interrogatorio de parte absuelto por Jovita María de Hoyos Montes, ella expresamente acepta que tenía conocimiento de la existencia de los hijos del causante procreados con Emelda Ruiz, e insiste en que desconocía que su compañero permanente figurara como dueño del inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de Planeta Rica y agrega que, de haberlo sabido, no habría iniciado el proceso de pertenencia que culminó con la sentencia recurrida en revisión.

5.6 Así las cosas, conforme a lo expuesto surge con transparencia absoluta que con el propósito de sustraer de los bienes sucesorales el inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 15-50 de Planeta Rica (Córdoba), Jovita María de Hoyos Montes inició el proceso de pertenencia en el cual se dictó la sentencia objeto del recurso extraordinario de revisión, para cuyo trámite se optó por citar como contradictores a personas indeterminadas, en lugar de haber convocado a ese proceso a los herederos de Abelardo Julio Pérez Serpa, que eran conocidos por la demandante, quien, por otra parte no podía ignorar que su compañero permanente figuraba como dueño del inmueble en referencia, entre otras cosas, porque éste fue comprado mediante escritura pública y, además, se operó la tradición del mismo por inscripción de dicha escritura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún, como puede verse a folios 5 a 6 y 8 del cuaderno No. 1 de la actuación ante la Corte.

5.7 Viene entonces de lo dicho que, efectivamente ha de prosperar el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería -Sala Civil, en este proceso el 23 de abril de 1991, por cuanto se encuentra demostrada la existencia de la causal establecida por el artículo 380, numeral 2ª del Código de Procedimiento Civil, ya que por no haberse demandado ni citado al demandante Rafael Eduardo Pérez Ruiz, en su calidad de heredero conocido del causante (Abelardo Julio Pérez Serpa), como debió serlo en el proceso de pertenencia, le trajo como consecuencia que no le fuera notificada su existencia (art. 140, num. 9, C.P.C.), sin que, por otra parte, hubiese sanado dicho vicio.

Pero como quiera que esta irregularidad afecta la actuación litis-consorcial necesaria del proceso de pertenencia, y se origina precisamente con la admisión de una demanda acompañada del mencionado certificado irregular, observa la Sala que el vicio de nulidad (art. 140, num. 9, C.P.C.) beneficia al recurrente y demás partes que debieron intervenir en el proceso (art. 380, num. 3ª, 407, num. 5, 81 y 142, num. 3ª, C.P.C.), pero sólo comprende lo actuado a partir del referido auto admisorio (Decretos 146 y 407, num. 5, C.P.C.), que precisamente deberá renovar el juez de primera instancia teniendo en cuenta la demanda y sus anexos, así como las certificaciones registrales auténticas (cdno. Corte, folio 8) y demás pruebas obrantes en este proceso, definiendo lo que hubiere lugar sobre la admisión y demás actuaciones procesales pertinentes.

DECISION

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

RESUELVE:

1. *Declárase* a partir del auto admisorio inclusive, la nulidad de todo lo actuado en el proceso ordinario (Pertenencia) promovido por Jovita María de Hoyos Montes contra

personas indeterminadas ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica (Córdoba), en el cual fue dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería sentencia de segunda instancia el 23 de abril de 1991, que aparece a folios 9 a 13 del cuaderno del Tribunal; y condénase en costas de dicha nulidad (art. 146 C.P.C.) a la mencionada parte demandante.

En consecuencia, *ordénase* al juez competente de primera instancia renovar la actuación anulada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2. Así mismo, ordénase la cancelación de la escritura pública No. 302 de 17 de junio de 1991 otorgada en la Notaría Unica de Planeta Rica (Córdoba), mediante la cual se protocolizó la sentencia de pertenencia dictada en este proceso, e igualmente ordénase cancelar la inscripción del folio de matrícula No. 148-0021463 abierto en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún (Córdoba) para el bien inmueble a que se refiere la sentencia recurrida en revisión. *Ofíciese.*

3. *Ordénase* cancelar la caución prestada por el recurrente en revisión para los efectos señalados por el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, mediante póliza de seguro expedida por la compañía Condor S.A., que obra a folio 93 del cuaderno No. 1 de la actuación ante la Corte. Ofíciese por secretaría.

4. *Ordénase* la cancelación de la inscripción de la demanda de revisión decretada como medida cautelar en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 148-0021463 y 148-0019723 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún (Córdoba). Ofíciese para el efecto por secretaría.

No hay lugar a costas en el recurso de revisión, debido a su prosperidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Conflicto de Competencia / Competencia Territorial / Fuero General / Fuero Especial

Las reglas generales de competencia por razón del factor territorial, están orientadas por los denominados fueros o foros. Del domicilio, hereditario, contractual, de la gestión administrativa y real son los fueros más destacados que la doctrina y la jurisprudencia han tipificado. / El fuero a su vez es general si sirve para toda clase de procesos y asuntos, que es en nuestro Estatuto Procesal Civil el del domicilio del demandado y a falta de aquél, el de su residencia quedando la opción al actor cuando el demandado tiene varios domicilios de escoger cualquiera de ellos, a menos que se trate de asuntos vinculados exclusivamente a uno de dichos domicilios, caso en el cual se está ante el denominado fuero especial, que tiene su génesis en tres motivos: a) materia del pleito; b) calidad de las partes; c) la convención.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Decide la Corte el conflicto negativo de competencia surtido entre el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y el Juzgado Quinto Civil del Circuito de la ciudad de Cartagena, con ocasión del proceso ordinario de Gaby de Espitaleta en contra de la "Corporación Financiera Popular S. A.".

ANTECEDENTES

I. Con escrito presentado el día 23 de septiembre de 1992, ante el Juez Civil del Circuito de Cartagena (folios 3 a 7), la señora Gaby Arrieta de Espitaleta, mediante apoderado especialmente designado para el caso, demandó en proceso ordinario a la "Corporación Financiera Popular" a fin de que en la respectiva sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

Que se ordene a la entidad demandada o a la que por cualquier razón haya asumido sus activos y pasivos a cancelar el gravamen hipotecario que pesa sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria número 060-036355.

Que se condene a la misma entidad y/o cualquier entidad que la reemplace a pagar los perjuicios estimados en más de $100.000.000 (cien millones de pesos), más el lucro

cesante en la suma de $1.500.000 (un millón quinientos mil pesos) desde el 16 de octubre de 1991 hasta cuando finalice el proceso.

Que se condene al pago de las costas procesales y en caso de réplica en multa solidaria (*sic*) al abogado y a la sociedad demandada.

2. Apoyó sus pretensiones el actor en los hechos que se resumen así:

La mencionada señora Gaby Arrieta de Espitaleta compró a la Corporación Financiera Popular el inmueble que corresponde a la matrícula inmobiliaria número 060-036355, bien sobre el que pesaba un gravamen hipotecario que la entidad enajenante había constituido mediante escritura pública número 1345 del 19 de diciembre de 1975 de la Notaría Tercera del Círculo de Cartagena.

La Corporación Financiera Popular haciendo uso del pagaré número 31344 instauró proceso en contra de la actora, en el que emplazó a todos sus acreedores por medio de publicaciones escritas y radiales, lesionando así la reputación de la demandada.

Que el pagaré utilizado por la entidad demandante lo hizo con protuberante abuso del derecho, como quiera que para la fecha de la demanda ya no era su titular (*sic*), sino el Banco de la República a quien lo había endosado por "valor recibido".

Precisa la actora que con lo sucedido y las medidas cautelares practicadas en el proceso ha recibido graves perjuicios que concreta en las cifras al principio mencionadas.

3. Correspondió en reparto el conocimiento del asunto al Juzgado Quinto Civil del Circuito de la ciudad de Cartagena, despacho que con auto del 30 de septiembre de 1992 inadmitió el libelo considerando que existía indebida acumulación de pretensiones, concediendo el término de cinco (5) días para subsanar el defecto so pena de rechazo.

La actora acogiendo la indicación del Juzgado modificó las pretensiones concretándolas a la indemnización de los perjuicios y eliminó la relacionada con la orden de suscribir la escritura de cancelación de hipoteca.

4. Admitida bajo las anteriores condiciones la demanda con providencia del 19 de octubre de 1992, una vez trabada la relación jurídico procesal, durante la audiencia de que trata el artículo 101 del Estatuto Procesal Civil, ante el fracaso de la conciliación entre las partes, entró a decidir las excepciones previas propuestas (folios 62 a 66) considerando en principio no probada la relacionada con la incompetencia territorial, pero recurrida en reposición, con el argumento de que la entidad demandada no tenía agencia ni sucursal en la ciudad de Cartagena, pues así se colige del certificado expedido por la Cámara de Comercio de dicha ciudad (folio 67) en el que se afirma que no existe sociedad alguna bajo la denominación "Corporación Financiera Popular", revocó su decisión y halló probada la excepción aludida y ordenó en consecuencia remitir el expediente a la ciudad de Bogotá, lugar donde tiene su domicilio principal la sociedad demandada.

5. Recibidas las diligencias por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Santafé de Bogotá al que correspondió en reparto el conocimiento del asunto, con auto del 27 de septiembre de 1993 no aceptó ser el competente, razón por la que planteó el conflicto

negativo de competencias, el que procede a resolverse, y para hacerlo es preciso tener en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. Conocido es que la competencia es la facultad de administrar justicia que se asigna a los jueces, respecto de específicos asuntos y en determinado ámbito territorial.

Para la determinación de los procesos que a cada juzgado le corresponder, la ley acudió a los siguientes factores: objetivo, subjetivo, territorial, de conexión y funcional.

El Código de Procedimiento Civil dedica el más extenso de sus artículos, y concretamente el artículo 23, para fijar las reglas generales de competencia por razón del factor territorial, que están orientadas por los denominados fueros o foros.

Del domicilio, hereditario, contractual, de la gestión administrativa y real son los fueros más destacados que la doctrina y la jurisprudencia han tipificado.

2. El fuero a su vez es general si sirve para toda clase de procesos y asuntos, que es en nuestro Estatuto Procesal Civil el del domicilio del demandado y a falta de aquel, el de su residencia, quedando la opción al actor cuando el demandado tiene varios domicilios de escoger cualquiera de ellos, a menos que se trate de asuntos vinculados exclusivamente a uno de dichos domicilios, caso en el cual se está ante el denominado fuero especial, que tiene su génesis en tres motivos: a) materia del pleito; b) calidad de las partes; c) la convención.

Para el caso de la regla fijada en el numeral 8º del citado artículo 23 *ibidem*, es evidente que se está ante un fuero especial determinado por la materia del litigio, vale decir, la responsabilidad civil extracontractual, que fija la competencia *también* al Juez que corresponde al lugar donde ocurrió el hecho del que se pregona dio lugar a la responsabilidad que se debate.

El vocablo *también* que utiliza la norma, indica que es este el juez competente junto con del domicilio del demandado que es la regla general, quedando entonces a elección del actor escoger ante quien demanda.

3. En el asunto que ocupa la atención de la Sala la pretensión expuesta en el libelo es la declaración de la responsabilidad civil extracontractual originada en un proceso que juzgó temerario, petición del actor que encuadra en lo dispuesto en el numeral 8º del pluricitado artículo 23 *ibidem*, luego es al Juzgado Quinto Civil del Circuito de la ciudad de Cartagena el competente por ser a éste el que escogió el demandante atendiendo al fuero especial.

4. De todo lo anteriormente expuesto se deduce que el conflicto debe resolverse en el sentido de que quien debe seguir conociendo del proceso es el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena de Indias.

DECISIÓN:

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decide que es el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena de Indias el competente para conocer

el proceso ordinario de Gaby Arrieta de Espitaleta en contra de la Corporación Financiera Popular, despacho al que se ordena remitir el expediente, haciéndole saber de esta decisión al Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

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

Proposición Jurídica Completa / Pertenencia / Prescripción

Si bien el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, que empezó a regir el 18 de enero de 1992, dispuso que deben observarse las reglas que el mismo precepto señala para demandas de casación, entre ellas, la de no exigirle al recurrente integrar la proposición jurídica completa, también es cierto que el artículo 62 del mismo estatuto preceptúa que en los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos "se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso". / El recurso de casación que interpuso la parte demandante, que lo hizo mediante escrito presentado el 25 de septiembre de 1991, deberá, entonces, despacharse con sujeción a la disciplina técnica vigente a la fecha de su interposición y no a la existente cuando presentó la demanda de casación. / Cuando la situación litigiosa versa sobre una pretensión de declaración judicial de pertenencia de un bien raíz, por haberlo adquirido por el modo de prescripción, el impugnante en casación tiene que denunciar como quebrantados los preceptos que conforman la proposición jurídica, entre ellos los artículos 407 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

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

Referencia: Expediente número 3862.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de septiembre de 1991, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso de pertenencia adelantado por Pedro Melo Pulido contra José Antonio Melo Pulido y personas indeterminadas.

ANTECEDENTES

1. Por demanda presentada el 18 de mayo de 1987, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de los referidos demandados, se hicieran las declaraciones siguientes:

"1. Declarar que el señor Pedro Melo Pulido, ha adquirido el dominio por prescripción extraordinaria, y en consecuencia le pertenece como propietario la parte que a continuación se alindera, del inmueble urbano ubicado en el Municipio de Bosa anexo a Bogotá, D. C., identificado en la nomenclatura urbana con las siguientes direcciones: carrera 26 No. 50-27 sur (aparece en el folio de matrícula inmobiliaria) y Diagonal 50A No. 26-04 y 26-10 sur (parte del inmueble poseída materialmente por mi mandante), lote de terreno junto con la construcción, mejoras y demás anexidades legalmente construidas, cuyo número de matrícula inmobiliaria es el 050-0540535. linderos generales: por el Norte: Con la parcela No. 118, que corresponde actualmente a la casa ubicada en la carrera 26 Sur No. 50-15; Por el Sur: Con el callejón, que corresponde actualmente a la Diagonal 50A sur. donde está la puerta de entrada demarcada con el No. 26-04; Por el Oriente: con el Camino No. 2, que corresponde actualmente a la carrera 26 sur, donde está la puerta de entrada demarcada con el No. 50-27 y por el Occidente: Con la parcela No. 128. que corresponde actualmente a la casa de la diagonal 50A No. 26-14/16 Sur. Linderos especiales: Por el Norte: En extensión aproximada de diez (10) metros con la construcción ubicada dentro del mismo lote al que corresponde la matrícula inmobiliaria 050-054053, y los linderos generales antes mencionados. marcada con el No. 50-27 de la carrera 26 sur; por el Sur: Con el callejón, actualmente diagonal 50A sur, donde está la puerta de entrada demarcada con el número 26-04; por el Oriente: Con el camino No. 2, que corresponde actualmente a la carrera 26 sur, en extensión aproximada de diez metros con veinticinco centímetros (10.25 m.); por el Occidente: Con la parcela 128, que corresponde actualmente a la casa de la diagonal 50A No. 26l4/16 sur, en extensión aproximada de diez metros con treinta centímetros (10.30 m.).

"2. Ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá:

"a. La cancelación de los registros existentes acerca de la transferencia de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuadas después de la inscripción de la demanda (690 CPC y 40 Dto. 1250 de 1970).

"b. La inscripción de esta providencia al folio de la matrícula inmobiliaria correspondiente o al de aquella que sea renovada o abierta (arts. 69 y 70 Dto. 1250 de 1970).

"Para lo anterior solicito se digne librar los correspondientes oficios.

"3. Condenar en costas al demandado en caso de oposición".

II. Como hechos sustentatorios de la pretensión, el demandante expresa que ha poseído materialmente el bien pretendido, de manera "quieta, tranquila, pacífica e ininterrumpida", por un lapso superior a veinte (20) años, consistiendo sus actos posesivos en pagar impuestos, servicios públicos, instalación de los mismos, "construir, ampliar y acondicionar el inmueble, realizar mejoras necesarias", habitarlo con su familia, y sin reconocer dominio ajeno.

III. Enterado el demandado José Antonio Melo Pulido de las pretensiones del demandante, respondió en el sentido de oponerse a las súplicas, de no ser ciertos los hechos y propuso la excepción de cosa juzgada.

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó mediante sentencia de 19 de abril de 1989, desfavorable al demandante, por lo que éste interpuso el recurso de apelación contra lo así decidido, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 10 de septiembre de 1991, contra el cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Referidos los antecedentes del litigio por el *ad quem*, procede luego a sentar las reflexiones siguientes:

a) Que los presupuestos procesales se encuentran establecidos y la excepción de cosa juzgada no está demostrada y al proceso se le imprimió el trámite que legalmente le corresponde;

b) Que la ley tiene como dueño de un bien a quien lo haya poseído materialmente por más de 20 años, a pesar de no tener título de dominio, siempre que su posesión sea pacífica, pública, ininterrumpida "y sin reconocer dominio ajeno; lo que aquí no ha sucedido ya que el demandante reconocía a su padre como dueño y al momento de fallecer éste entraba a la sucesión por ser heredero", y en esas condiciones no se puede usucapir la totalidad del bien.

Concluye el *ad quem* que faltando el requisito "de no reconocer dominio ajeno, elemento subjetivo de la posesión no se puede hablar de que el señor Pedro Melo Pulido, tiene la posesión del inmueble con ánimo de señor y dueño, pues éste reconoce derecho ajeno".

LA IMPUGNACION

Dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que serán estudiados conjuntamente por ofrecer la misma deficiencia técnica.

Cargo primero

Denuncia como quebrantados, por vía directa los artículos 762, 1321, 1326, 2518, 1519, 2532 del C. C., 1º de la Ley 50 de 1936, por interpretación errónea y falta de aplicación de los mismos.

Luego de precisar lo que los mencionados preceptos expresan, dice que la sentencia de segundo grado se apoya en principios que jamás se han consagrado en normas jurídicas, como la prohibición para el heredero de adquirir por usucapión bienes sucesorales, siendo que la ley expresa lo contrario, dándole, por tanto, un alcance que no tiene.

Más adelante la censura expresa: "En otras palabras, de acuerdo con la legislación civil colombiana es perfectamente posible y completamente lícito, que un hijo se convierta en poseedor de un bien inmueble de su padre, no hay norma que lo prohiba y, además, que fallecido el padre y cumplidos los requisitos de la prescripción adquisitiva, como son *el corpus* y *el animus* por el período de tiempo exigido en la ley, este hijo

persiga la declaratoria del derecho de propiedad a su favor en proceso de pertenencia adelantado contra los herederos de quien hasta ese momento figuraba como propietario en las oficinas de registro. El Tribunal en la sentencia pretende ir en contravía de la legislación civil al considerar la imposibilidad para un heredero de prescribir bienes de la herencia y allí radica una de las violaciones de la ley que se ataca con esta demanda.

"Las anteriores violaciones directas de la ley sustancial, hacen que el fallo acusado no se ajuste a derecho por reñir con la voluntad del legislador, error que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado *in judicando* y que se encuentra en la premisa mayor o norma jurídica aplicable, llevando al fallador a una conclusión o deducción finalmente falsa que no permite la realización del Derecho Subjetivo, incidiendo en la parte resolutiva al decir que por ser heredero de la sucesión de su padre fallecido no puede prescribir todo el inmueble, como lo ha solicitado, lo que por este primer aspecto amerita casar la sentencia de segunda instancia".

Cargo segundo

Por éste acusa la sentencia del *ad quem* de quebranto indirecto de los artículos 780, 762, 1321, 1326, 2518, 2519 y 2532 del C. C., por errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Comienza el recurrente por recordar que el *ad quem* apoyó su decisión en que el demandante reconocía a su padre, hasta el momento de fallecer éste, como dueño del bien y, por ende, al entrar el bien a la sucesión no podía prescribir la totalidad del inmueble.

Luego la censura, en procura a demostrar el yerro de hecho en que incurrió, se da a la tarea de resumir el dicho de las declaraciones rendidas por Ana Graciela Orjuela de Cruz, María Teresa de Jesús Ríos de Buitrago, las que manifiestan ser vecinos del demandante y conocerlo "30 y 40 años atrás, como habitante, junto con su familia, del inmueble y a quienes les consta la construcción efectuada por el mismo, las mejoras, la entrada de servicios públicos, la dotación de andén, la siembra de plantas, etc. y, en fin, los actos de señoría del actor sobre el predio".

Posteriormente se ocupa la censura del dicho de otros declarantes, respecto de los cuales expresa:

"Declaraciones de Carmen Rosa Melo de Céspedes y Julio Alberto Melo Pulido, ambos hermanos de las partes en litis, y quienes fueron llamados a deponer por el demandado, siendo a su vez cedentes de éste sobre los derechos y acciones herenciales en la sucesión de su padre Alberto Melo.

"La primera, afirma que su padre falleció el 11 de noviembre de 1958 y que Pedro Melo Pulido lleva en posesión del inmueble aproximadamente 30 años en compañía de su mujer y sus hijos y que es éste quien ha levantado, gracias a su trabajo, las paredes de la parte donde él vive, medio de prueba que también acreditó los actos de señor y dueño del demandante sobre el inmueble objeto del proceso.

"Su hermano Julio Alberto Melo Pulido dice que Pedro Melo Pulido, no quiso presentarse al juicio de sucesión alegando que él era el dueño y además que recibía arriendos de la hermana menor e incluso de la mamá, confirmando así no solamente su ánimo de señor y dueño, sino también el reconocimiento que de esta calidad le hicieran

las personas de su familia que habitaran el inmueble, al pagarle un canon de arrendamiento, lo que desde luego hace que la posesión de Pedro Melo Pulido fuera exclusiva, y que sus hermanos eventualmente estuvieron allí pero en calidad de tenedores, jamás de poseedores. La interpretación errada que de este medio de prueba hizo el Tribunal ha llevado a que la sentencia sea violatoria indirectamente del artículo 786 del Código Civil, que establece que el poseedor conserva la posesión aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo o cualquiera otro título no traslaticio de dominio.

Deponen también Jacinta Bernal de Ruiz y Carlos Julio López Izquizamo, no solamente acerca del tiempo que conocen a Pedro Melo Pulido en calidad de poseedor del inmueble de la litis, sino también de los actos del señor y dueño por éste desempeñados, y en especial de la insolvencia económica de la mamá de los litigantes y del hecho de ser mantenida en todos los aspectos, incluso el de vivienda, por el actor".

Más adelante y con relación a la prueba documental dice que consisten en documentos públicos, que se presumen auténticos, que no fueron tachados de falsos y que ponen de presente los pagos que hizo el actor, como poseedor del bien.

Enseguida y en lo tocante con la prueba de peritos e inspección judicial, afirma lo siguiente:

"El dictamen de peritos da fe de la existencia de la construcción, mejoras, antigüedad y clase de las mismas, hechos éstos que corroboran que Pedro Melo Pulido, desde hace muchos años ha ejercitado actos de dominio sobre el bien. En la inspección judicial se encontró al demandante en posesión del inmueble objeto del proceso, se identificó plenamente la parte del bien que posee Pedro Melo Pulido y cuya declaración de adquisición por prescripción reclama.

"Como si lo anterior fuera poco, la única oportunidad que ha tenido para expresarse el demandante ha sido precisamente la demanda y no es cierto que esté reconociendo dominio ajeno como lo dice la sentencia acusada, sino que al contrario, se alega la posesión y el tiempo conforme lo exige la ley. Como no hubo interrogatorio de parte, no se ve de dónde se llega a la conclusión de que mi mandante reconozca dominio ajeno".

SE CONSIDERA

1. A título de introducción conviene advertir, para el despacho de los cargos, que si bien el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, que empezó a regir el 10 de enero de 1992, dispuso que deben observarse las reglas que el mismo precepto señala para las demandas de casación, entre ellas, la de no exigirle al recurrente integrar la proposición jurídica completa, también es cierto que el artículo 62 del mismo estatuto preceptúa que en los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos "se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso". Esto permite inferir que el recurso de casación que interpuso la parte demandante, que lo hizo mediante escrito presentado el 25 de septiembre de 1992, deberá, entonces, despacharse con sujeción a la disciplina técnica vigente a la fecha de su interposición y no a la existente cuando presentó la demanda de casación.

2. Aclarado lo anterior, tiene sentado la jurisprudencia que cuando la sentencia impugnada mediante el recurso de casación decide una situación litigiosa dependiente,

no de unas normas sino de otras más, "la censura para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama la proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en si el recurrente no plantea la proposición señalando como vulnerados todos los textos legales que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (Cas. Civ. de 16 de noviembre de 1967, 1° de abril de 1975, 16 de mayo de 1980, 2 de agosto de 1985, no publicadas)."

3. Igualmente, por ser aplicable a la fecha en que se interpuso el recurso extraordinario de casación, ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación que el carácter autónomo y dispositivo del mencionado recurso, que le señala al fallador los lindes jurídicos dentro de los cuales debe moverse, no lo faculta ni le permite considerar oficiosamente la infracción de preceptos no señalados en la censura como vulnerados por la sentencia atacada (Cas. Civ. de 1° de abril de 1975 y 16 de mayo de 1980).

4. Ahora bien, cuando la situación litigiosa versa sobre una pretensión de declaración judicial de pertenencia de un bien raíz, por haberlo adquirido por el modo de la prescripción, en numerosos fallos ha sostenido la Corte que el impugnante en casación tiene que denunciar como quebrantados los preceptos que conforman la proposición jurídica, entre ellos el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, como norma contentiva del derecho que permite hacer valer la prescripción adquisitiva como acción, porque en su defecto la acusación resulta trunca, por no comprender todas las disposiciones que estructuran la situación jurídica debatida, y por tanto la proposición jurídica completa.

5. Los cargos que se estudian no se ajustan a la técnica del recurso en lo que tocan con la proposición jurídica vigente cuando se interpuso el recurso de casación, pues si bien el impugnante denuncia como quebrantadas un conjunto de disposiciones que tienen que ver con la posesión, la petición de herencia y la prescripción, omitió señalar como infringido el numeral 3 del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil. Ante esta deficiencia los cargos aparecen incompletos, sin que tal omisión pueda suplirla la Corte, por los motivos que enantes se expresaron.

Viene de todo lo dicho, que los cargos no prosperan.

RESOLUCION:

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 10 de septiembre de 1991, pronunciada en este proceso 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, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

REVISIÓN / MANIOBRA FRAUDULENTA

Por ser de tanta gravedad la colusión o el fraude procesal, puede alegarla no solamente la parte perjudicada sino también el tercero que por la censurable conducta de las partes sufre perjuicios con la sentencia producto de la colusión o del engaño procesal, así este comportamiento no haya sido objeto de investigación penal. / La causal sexta de revisión, se estructura mediante la ocurrencia de estos dos factores: 1. Que haya existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia que se impugna en el recurso extraordinario de revisión; y 2. Que la colusión o el fraude procesal le hayan causado perjuicio al recurrente. Concepto de las expresiones "maniobra fraudulenta", "engaño" y "fraude".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, doce de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

Referencia: Expediente número 3453.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Guillermo Ocampo Avendaño contra la sentencia del 27 de abril de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso de lanzamiento de arrendamiento promovido por el aquí recurrente, frente a Ligia Galeano Segura.

ANTECEDENTES

1. Solicitó el recurrente dentro de la oportunidad legal correspondiente, que con citación de Ligia Galeano Segura, se invalide la sentencia impugnada, con apoyo en la causal 6 del artículo 380 del C. de P. C.

2. Expuso en apoyo de su pretensión los siguientes hechos:

2.1 El 1º de septiembre de 1981 la empresa Hupp Colombiana S. A. y Ligia Galeano Segura, celebraron contrato escrito de arrendamiento del local comercial -Hotel- de la segunda y tercera planta de un inmueble ubicado en Manizales en la calle 23 No. 22-45.

2.2 En ese contrato se estipuló duración de 36 meses, canon de sesenta mil pesos ($60.000.00) mensuales, aumento anual del 20% y estipulación adicional de aumento anual en el porcentaje indicado a menos que las partes acordaran otra cosa.

2.3 El 14 de marzo de 1984 el inmueble fue secuestrado por orden del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales dentro del proceso ejecutivo del Banco de Bogotá frente a la Hupp Colombiana S. A. Se designó como secuestre a Rodrigo Bedoya Alzate.

2.4 El secuestre presentó al Juzgado que lo designó "fotocopia auténtica del contrato referido en el numeral primero y recibió la orden del juzgado de entenderse con la inquilina Ligia Galeano para los arrendamientos".

2.5 En septiembre de 1984, vencido el plazo pactado, "sin desahucio oportuno del secuestre arrendador, renovado el contrato por ministerio de los artículos 518 y 520 del Código de Comercio...", el secuestre y la inquilina "pactan verbalmente" la continuación del arrendamiento con canon mensual de noventa y cinco mil pesos ($95.000.00), en vez de $103.680 que es el 20% de los $86.400 que venía pagando)". Pactaron eliminar la cláusula del reajuste del 20%, y convinieron que regía por más de seis años.

2.6 El 1º de septiembre de 1984 fecha de renovación del contrato existente, mientras el inmueble estaba secuestrado, la Hupp Colombiana S. A. y la arrendataria aparecen firmando un documento de arriendo igual al anterior con el mismo plazo, el mismo aumento automático del 20% con un precio inicial de $95.000,00. Este contrato no lo aceptó el secuestre "porque él era el único que podía celebrar ese contrato" y resolvió cumplir el pacto verbal hecho con la inquilina y quitar la cláusula del aumento anual del 20%. De estas modificaciones "declara el secuestre", "dio cuenta" a las partes del proceso ejecutivo.

2.7 En junio de 1987 el secuestre cesó en sus funciones: el 4 de agosto del mismo año el Juzgado Primero Civil Municipal de Manizales en comisión "hizo entrega simbólica del inmueble arrendado al rematante Ocampo Avendaño advirtiendo a la arrendataria Galeano Segura que debía seguir entendiéndose con éste (sic) y con base en el mismo contrato que ella presentó en la diligencia, fechado en 1º de septiembre de 1981... Sin embargo ni el juez ni el Tribunal han aceptado ni entendido este presupuesto o premisa contractual entre las partes".

2.8 Luego de la entrega, la arrendataria "*motu proprio* ante la sustitución del propietario arrendador, subió en un 20% sus consignaciones de renta a $114.000 que invariablemente ha venido pagando hasta hoy...". "Al interrogar a la inquilina por qué no hizo más aumentos, respondió porque ganó el pleito y que se convino con el secuestre y el Banco de Bogotá con el no pago de ese 20%. O sea que la sentencia le dio base para seguir el pago con el secuestre, perjudicando así al arrendador".

2.9 La sentencia del juzgado en este proceso "descubre un nuevo contrato en el pacto del secuestre y la inquilina y sin petición de parte ni alegación alguna fundó en él su decisión". Luego el Tribunal en sentencia confirma la decisión y "corrobora tal pacto".

2.10 Las ventajas de la inquilina en detrimento del arrendador "son evidentes": en la administración del secuestre dejó de pagar $1.108.262,40. Ocurrido el aumento del 20% sobre el precio congelado por el secuestre, "se ganó y dejó de pagar al arrendador" $5.286.644, "que inversamente cuantifican el perjuicio del arrendador".

2.11 Además el arrendador ha tenido que pagar costas del juicio de lanzamiento y de regulación de renta. "Cuentan también en su contra los efectos de devaluación monetaria y de indexación de los precios...".

2.12 "Algún provecho, directo o indirecto, visible o invisible hubo de tener el secuestre para hacer este pacto colusorio con la arrendataria. Como auxiliar de la justicia, ... como depositario y como mandatario estaba obligado a cuidar los bienes que se le confiaron. Si no pacta, el contrato hubiera continuado prorrogado por la ley... Con este pacto penalmente el secuestre incurre en el delito de "infidelidad de los deberes profesionales" y la inquilina en el delito de "fraude procesal" (arts. 175 y 182 del Código Penal).

No aparece en autos razón concreta para modificar el precio que correspondía ni tampoco autorización del juez. Cabe investigación penal para averiguar si tuvo razones económicas, sociales, gastronómicas o galantes para cambiar el contrato o para rechazar el que proponía la embargada Hupp Colombiana S. A.".

2.13 El recurrente es propietario del inmueble arrendado por adquisición en remate o pública subasta que realizó el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales (25 de mayo de 1987 -folios 161 a 163, c. 6 Corte) y, en tal virtud, acumula a su título lo de sus antecesores. Además la Hupp Colombiana S. A. le cedió los derechos o créditos que tuviese a su favor en virtud del contrato de arrendamiento.

2.14 "La sentencia recurrida convalida un acto fraudulento de una parte y el secuestre acepta la autonomía extralegal y perjudicial del secuestre, encubre y patrocina una conducta maliciosa en perjuicio de la otra parte y causa enriquecimiento ilícito de los pactantes. Esto legitima la causa del recurrente y debe determinar sanciones penales para sus autores, encubridores, y partícipes..." (fls. 45 a 58 c. 1 Corte).

3. El historial de la sentencia que es hoy materia de revisión, se desarrolló así:

3.1 El recurrente en revisión, Guillermo Ocampo Avendaño, por intermedio de apoderado judicial en escrito del 10 de septiembre de 1987, demandó a Ligia Galeano Segura en orden a obtener "la restitución y el lanzamiento de la demandada del inmueble..." que especificó en el hecho primero de la demanda, por razón de la mora en pagar los reajustes del canon de arrendamiento que determinó. (fls. 160 a 165 c. Juzgado). Acompañó con la demanda copias auténticas expedidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, tomadas del proceso ejecutivo del Banco de Bogotá contra Hupp Colombiana S. A., entre las cuales está el contrato de arrendamiento del 1º de septiembre de 1981 (fls. 86 a 88, c. Juzgado).

3.2 El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales en sentencia del 15 de diciembre de 1988, decidió la primera instancia declarando probada la excepción de pago, denegó las pretensiones del actor, absolvió a la demandada Ligia Galeano Segura, condenó en costas al demandante y ordenó la devolución de dineros consignados a la demandada (fls. 329 a 339 v., c. Juzgado).

3.3 Recurrida en apelación la decisión anterior, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en sentencia del 27 de abril de 1989, la confirmó. (Fls. 24 a 28 v., c. 4 Tribunal).

4. Enterada la parte demandada Ligia Galeano Segura de la pretensión de revisión, se opuso a las pretensiones del recurrente.

En cuanto a los hechos aceptó el primero y el segundo con aclaraciones, el tercero y el cuarto con observaciones, y formuló aclaraciones para aceptar parcialmente los hechos, 5, 8, 9 y 13, y negó y rechazó los restantes pues la demandada no ha "cometido el delito de fraude procesal", es "falso y afrentoso... calificar a la ligera, como fraudulento el acuerdo ajustado por el secuestre..." (fls. 72 a 78, c. Corte).

5. Por auto del 19 de septiembre de 1991 (fls. 91 a 93) se abrió a prueba el asunto, etapa procesal dentro de la cual se recaudaron las pedidas; vencido el término, por auto del 13 de agosto del año en curso (fl. 30), se dio traslado para alegar de conclusión, haciéndolo oportunamente las dos partes.

Agotada la tramitación del recurso de revisión, procede la Corte, puesto que ningún reparo merecen los presupuestos procesales ni se advierte irregularidad o vicio que pueda invalidar la actuación, a resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6. El recurso extraordinario de revisión sólo es procedente contra las sentencias ejecutoriadas, salvo la que dicten los jueces municipales en única instancia, y como se trata de un medio de impugnación extraordinario, la ley señala taxativamente las causales en que dicho recurso se debe apoyar.

7. Uno de los motivos de revisión es el "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" (artículo 380, numeral 6, del C. de P. C.).

Al ocupar la Sala de esta causal ha entendido:

"3. La causal en mención, al igual que las que preceden, tal como lo tiene sentado la doctrina, se apoya en graves motivos de orden ético, que indefectiblemente llevan a considerar que la sentencia, cuando es el resultado del acuerdo de las partes en perjuicio de los derechos de un tercero, o también, cuando es el producto de otra maniobra fraudulenta, es absolutamente inicua y, por ende, el fallo producido en esas condiciones debe ser aniquilado, porque ciertamente le repugna a la moral y la verdad real.

"4. Ahora bien, por ser de tanta gravedad la colusión o el fraude procesal, se ha sostenido por la doctrina de la Corte, al precisar los alcances de la causal sexta de revisión, que puede alegarla no solamente la parte perjudicada sino también el tercero que por la censurable conducta de las partes sufre perjuicios con la sentencia producto de la colusión o del engaño procesal, así este comportamiento no haya sido objeto de investigación penal.

"5. Tal como quedó concebida en el ordenamiento procedimental la causal sexta de revisión, fácil es advertir que ella se estructura mediante la ocurrencia de estos dos factores: 1° Que haya 'existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia' que se impugna en el recurso extraordinario de

revisión; y 2. Que la colusión o el fraude procesal le hayan causado perjuicio al recurrente.

"6. Al ocuparse la Corte del primero de los presupuestos antes anunciados y concretamente, en lo atinente a lo que debe entenderse por maniobra fraudulenta, ha sostenido lo siguiente: 'Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, fraudulento significa engañoso, falaz. Uniendo a este término el de maniobra, puede aceptarse que tal expresión viene a significar todo proyecto 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. Concretamente el alcance de esta causal de revisión, ha sido la Corte: 'El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño o fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa. Lo que sucede es que en fraude el concepto de engaño va unido, como atributo que le pertenece por esencia" (G. J. LV, 533; CLXV, 36).

"7. La maniobra fraudulenta en el debate litigioso puede ser realizado bien por las partes, ora por una de ellas, y no se requiere que dicho proceder haya sido objeto de investigación penal. Esto último es explicable, porque con ello se procura que la víctima de tan censurable conducta quede en condiciones más ágiles y expeditas de poder defenderse. Y por ser el engaño procesal tan grave y lesivo de la administración de justicia, igualmente es explicable que la ley le haya señalado al juez, como uno de sus deberes, el de prevenir y sancionar 'los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que en toda tentativa de fraude procesal' (art. 37 num. 3 del C. de P. C.). En pos de este criterio, o sea de impedir el engaño procesal, la legislación faculta al Juez para que de oficio, 'en cualquiera de las instancias y tan pronto advierta en el proceso la ocurrencia de hechos constitutivos de colusión o de fraude procesal, disponga el llamamiento de la persona o personas que puedan resultar perjudicadas, pues sobre el particular dispone el artículo 58 del C. de Procedimiento Civil que 'en cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión o fraude en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos', y con tal fin suspenderá los trámites hasta por treinta días. Esta intervención se sujetará a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 52. Haya sido o no citado el tercero por el Juez, si la setencia lo perjudica, bien puede acudir al recurso extraordinario de revisión.

"8. Ahora bien, según se dijo atrás, para que la causal sexta de revisión se configure no es suficiente la sola ocurrencia del fraude procesal, puesto que también requiere que semejante proceder le haya causado perjuicio al recurrente, lo cual se traduce en que si del fallo no se infiere daño al impugnante en revisión, éste no tiene interés, o sea, que aquí se sigue el postulado general consistente en que sin perjuicio no hay interés.

"9. El engaño procesal o, más exactamente, 'la maniobra fraudulenta', como ya quedó suficientemente explicado, no requiere necesariamente que sea obra de ambas partes, puesto que bien puede ser realizada por una de ellas, o sea, ora por el demandante, bien por el demandado, pues así lo tiene sentado la Corte en varias decisiones..." (G. J. T. CXCVI, págs. 185 y 186).

7.1 Al confrontar estas consideraciones de la Corte con los hechos y las pruebas allegadas al presente proceso, se tiene:

a) Que el 10 de septiembre de 1987, ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales, Guillermo Ocampo Avendaño entabló demanda contra Ligia Galeano Segura para que "se ordene la restitución y el lanzamiento" de un inmueble teniendo como base el contrato de arrendamiento suscrito el primero (1º) de septiembre de 1981 entre la empresa Hupp Colombiana S. A. como arrendadora y Ligia Galeano Segura como arrendataria, indicando como causal para recuperar el inmueble arrendado el no pago de los reajustes del canon de arrendamiento (fols. 160 a 165, c. Juzgado);

b) Al replicar la parte demandada-arrendataria, expresó estar al día con sus obligaciones y propuso la excepción perentoria de pago, con la consideración de que "entre las mismas partes y con la aquiescencia del secuestre designado señor José Rodrigo Bedoya Alzate, el primero (1º) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), se suscribió un nuevo contrato, en el que fue variado el canon..." (fl. 287, c. Juzgado).

En ese proceso de tenencia se acreditó la existencia del contrato verbal de arrendamiento que celebraron el secuestre José Rodrigo Bedoya Alzate y la arrendataria Ligia Galeano Segura, según se infiere, entre otras probanzas, de la declaración que rindió el secuestre en esta actuación (fls. 48 a 51, c. 2 Corte). Por tanto, no hay duda de la celebración del dicho contrato de arrendamiento. Así lo encontró el Tribunal cuando consideró que "... el secuestre, señor Rodrigo Bedoya, estaba facultado para renovar el contrato de arrendamiento celebrando uno nuevo a partir de 1984, que sustituyera el anterior, a partir del 1º de septiembre del citado año, oportunidad en la cual les bastaba expresar su voluntad, al acordar los términos en que se iba a desenvolver la nueva relación contractual..." (fl. 25 v., c. 4 Tribunal);

c) Se pone de presente que entre el nuevo propietario y el arrendador Guillermo Ocampo Avendaño, aquí recurrente, y Ligia Galeano Segura, se presentó el fenómeno jurídico de la renovación del contrato, como lo calificó el Tribunal apoyado en las normas y jurisprudencias que respaldaron su decisión del 27 de abril de 1989 (fls. 24 a 28 v. c. 4 Tribunal);

d) Se invoca la causal sexta del artículo 380 del estatuto de Procedimiento Civil, porque se dice que existió "colusión o maniobra fraudulenta de la demandada con el secuestre del inmueble..." (fl. 46, c. 2 Corte). Esas aseveraciones no se hicieron en el proceso de restitución del inmueble arrendado. Con otras palabras, el demandante en el litigio no hizo ver a los juzgadores que la mora en el pago de los cánones de arrendamiento en lo que respecta a los reajustes anuales, ni tildó de fraudulento el convenio del secuestre con la arrendataria, la cual se apoyó para su defensa en el contrato del 1º de septiembre de 1984 que celebró con el auxiliar de la justicia como resultado de la renovación del acuerdo;

e) Conviene entonces precisar que en el proceso de restitución de la tenencia de Guillermo Ocampo Avendaño frente a Ligia Galeano Segura, no se celebró el contrato de arrendamiento secuestre-arrendataria, sino que ese acuerdo se realizó en el proceso ejecutivo del Banco de Bogotá frente a la Hupp Colombiana S. A., dentro del cual fue designado como secuestre Rodrigo Bedoya, quien celebró el contrato verbal de arrendamiento con Ligia Galeano Segura en uso de sus funciones como auxiliar de la justicia, con obligación de tener "la custodia de los bienes que se le entreguen, y si se trata de empresa o de bienes productivos de renta, las atribuciones previstas para el mandatario en el Código Civil, sin perjuicio de las facultades y deberes de su cargo" (artículo 683, del C. de P. C.).

Si el secuestre como auxiliar de la justicia se extralimitó en sus funciones, atentó contra el mandato legal y judicial, descuidó la custodia de los bienes entregados para su administración, si su función no se ciñó rigurosamente a los términos que como a secuestre le asignan la ley y el Juez, debe responder civil y penalmente por su conducta activa u omisiva. Sin embargo, en las instancias no se puso en tela de juicio su conducta. Y lo que es más, con las pruebas allegadas a este recurso, no se deduce individual ni conjuntamente de su estimación, que el comportamiento del auxiliar de la justicia fuera engañoso o fraudulento, que hubiera actuado torticeramente para perjudicar al arrendador. Por el contrario, el Juzgado que conoció del proceso ejecutivo, advirtió de la administración, informes y rendición de cuentas del secuestre, sin que encontrara reparo, ni hubiera objeción de las partes (fls. 36 a 43 v., c. 1 Corte y 10 a 24, c. 5 *ibidem*).

Si el secuestre en su condición de administrador y mandatario por orden judicial incumplió con la misión y el deber a que estaba obligado, su acción o su omisión podría hacerlo incurrir en delito, pero no necesariamente en que configurara colusión o maniobra fraudulenta que dañara al arrendador. El conjunto probatorio, estimado como lo ordena el artículo 187 del C. de P. C., no da pie para tal deducción;

f) Ahora bien. La parte demandada en el proceso de restitución de la tenencia, Ligia Galeano Segura, en pos de obtener justa y equitativa retribución en el uso del inmueble hotelero, dentro del proceso ejecutivo y una vez secuestrado el establecimiento el 14 de marzo de 1984 (fls. 30 a 31 v., c. 1 Corte), llegó al acuerdo verbal con el secuestre para renovar el contrato con una nueva cifra en cuanto al valor del canon mensual de arrendamiento. Si causó perjuicio Ligia Galeano Segura al obtener el nuevo acuerdo, el perjuicio a los intereses que se perseguían en el proceso ejecutivo para la época -1º de septiembre de 1984- en la cual aún no existía el derecho del ahora propietario-recurrente en revisión Guillermo Ocampo Avendaño, pues éste solo vino a rematar el predio el 25 de mayo de 1987, diligencia aprobada por el auto del 29 de mayo de 1987 (fls. 164 a 165, c. Corte). Entonces tampoco la demandada-arrendataria pudo, con ese acuerdo, cometer fraude o colusión que lesionara los derechos del futuro propietario. El contrato de arrendamiento -secuestre y arrendataria- del 1º de septiembre de 1984, no surgió en el proceso de lanzamiento; existía desde tres años atrás; nació en el juicio ejecutivo nombrado;

g) Si en gracia de discusión y con base en el convenio secuestre-arrendataria, se aceptara que las partes utilizaron esa convención para dañar, de modo pues que se enmarque en la causal sexta de revisión, el fraude o colusión endilgado se habría cometido en el transcurso del proceso ejecutivo del Banco de Bogotá contra la Hupp

Colombiana S. A., que se adelantó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales y no en el proceso de tenencia de Guillermo Ocampo Avendaño frente a Ligia Galeano Segura, que se adelantó en primera instancia en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esa misma ciudad y que terminó con la sentencia de segunda instancia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales de 27 de abril de 1989, que aquí se impugnó (fls. 329 y ss., c. Juzgado y 24 y ss., c. 4 Tribunal).

Es claro el texto de la causal sexta del artículo 380 del C. de P. C. al disponer: "Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes *en el proceso en que se dictó la sentencia...*" que se impugna en el recurso extraordinario de revisión (se destaca).

8. La exigencia del legislador es contundente: como requisito *sine qua non* para que ante la hipótesis probada de la colusión o el fraude, se produzca la consecuencia, el aniquilamiento de la sentencia que se obtuvo por aquella actuación, la colusión o el fraude tuvo que ocurrir en el procedimiento en que la sentencia se dictó.

8.1 Además al proceso de lanzamiento se llevó como prueba el contrato de tenencia de, 1° de septiembre de 1981 celebrado entre la Hupp Colombiana S. A. y Ligia Galeano Segura, se dio respuesta a la demanda argumentando la existencia de otro contrato entre el secuestre y la arrendataria del 1° de septiembre de 1984, en defensa de la causal que allí se alegó, mora en el pago de los reajustes anuales de los cánones de arrendamiento. Los juzgadores de instancia tuvieron como vigente este último, fruto de la función válida y regular del secuestre, sin que, como se dijo, se arguyera tacha, fraude, colusión o desconocimiento del contrato de renovación, de ahí que el Tribunal lo aceptó con razones jurídicas que plasmó en su sentencia.

8.2 Con fecha 1° de junio de 1989, el propietario del inmueble Guillermo Ocampo Avendaño, presentó demanda verbal de regulación del canon de arrendamiento en contra de Ligia Galeano Segura; en uno de los hechos de esa demanda aceptó tácitamente el contrato de arrendamiento de Ligia Galeano Segura y el Secuestre, al decir: "En septiembre de 1984, el secuestre y la arrendataria dicen haber acordado un nuevo contrato y sobre esa base se siguió pagando un arrendamiento de $95.000 mensuales, desconociendo verbalmente el contrato preexistente...", pues con base en ese valor solicitó el reajuste. Es decir -expuso- que partiendo de los $95.000.00 que se pagaba al secuestre, durante tres años aumentó a $ 214.000 en septiembre de 1987 sin hacer ningún aumento posterior. Reconoció así el ahora impugnante en revisión el contrato verbal de arrendamiento secuestre-arrendataria sin hacer reparo alguno en la causa para su perfeccionamiento, que ahora viene a tildar de fraudulento (fls. 30 a 36, c. 3 Corte). En el aludido proceso verbal el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales en audiencia del 30 de mayo de 1990 declaró probada la excepción de "caducidad" y absolvió a la arrendataria (fls. 181 a 186 v., c. 4 Corte), fallo que impugnado por el aquí recurrente, el *ad quem* en audiencia del 30 de octubre de 1990 revocó en lo referente a la caducidad y confirmó lo restante, que absolvía a la demandada Ligia Galeano Segura (fls. 224 a 231 v., c. 6 Corte). Tampoco en estas oportunidades se argumentó tacha, colusión o fraude procesal alguno, cometidos en ese contrato de arrendamiento secuestre-arrendataria, que dio base para la decisión judicial en dicho proceso de regulación de renta.

9. La conducta silenciosa de quien ahora impugna, fue, pues, relevante, porque impidió, de existir la colusión o el fraude, que el fallador se pronunciara y evitara sus efectos. Los yerros

y conductas dañosas deben procurar corregirse en el proceso en que se cometieron, y solo excepcionalmente en otra actuación: "... sea subsanada por ese organismo y no por otro, al paso que, en segundo lugar, le cierra la puerta a actuaciones de litigantes que habiendo advertido un vicio, prefieren asumir el papel de extraños espectadores de una actuación judicial que esperan inutilizar mediante la interposición de un recurso al que, dentro de semejantes circunstancias antecedentes, no pueden tener derechos... (sentencia 205 del 13 de junio de 1989)". (sentencia del 13 de febrero de 1990).

10. Dedúcese ciertamente del caudal probatorio, que entre el secuestre Rodrigo Bedoya Alzate y la arrendataria Ligia Galeano Segura, se celebró el contrato de arrendamiento el 1° de septiembre de 1984 sobre el inmueble, establecimiento comercial "Residencia Tama Internacional". También se encuentra que la arrendataria en desarrollo del contrato consignó y pagó en favor del secuestre los cánones correspondientes a que se comprometió, depósitos admitidos y reconocidos inicialmente por Hupp Colombiana S. A., primera arrendadora, y luego por el aquí recurrente Guillermo Ocampo Avendaño, indudablemente todo dentro del marco legal establecido (fls. 3 a 15, 20 a 48, 89 a 117 y 158, 277, 279 a 284, 299, 299v., 306, 308v., 310 v., 311 v., 312, c. Juzgado).

Así las cosas, la arrendataria Ligia Galeano Segura no ha subestimado la lealtad procesal y menos ha estructurado una defensa con el cuarto del engaño o colusión, pues su actuación se ajustó a los límites de la legalidad, como lo hizo el secuestre.

Viene de lo dicho, que el recurso extraordinario de revisión no puede prosperar, porque no aparece acreditado el engaño procesal y el perjuicio al aquí recurrente. De suerte que debe declararse infundado e imponer las condenas pertinentes.

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. *Declarar infundado* el recurso extraordinario de revisión propuesto por Guillermo Ocampo Avendaño contra la sentencia del 27 de abril de 1989 dictada en el proceso de restitución del inmueble arrendado, el recurrente frente a Ligia Galeano Segura, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

2. *Condenar* al recurrente al pago de los perjuicios que haya causado a la aquí demandada, y en las costas, cuyo pago se hará con la caución prestada. Liquídense.

3. Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, salvo el cuaderno correspondiente a lo actuado en la Corte, cuyo archivo se ordena.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Pablo Cárdenas Pérez, Conjuez; *Alberto Ospina Botero.*

COSTAS

Con la condena en costas se persigue el de impedir que la parte triunfadora sufra daño patrimonial apreciable por el hecho de haberse visto obligada a acudir a los tribunales para la persecución o defensa de sus prerrogativas, en la correspondiente liquidación no pueden incluirse entonces sino aquellos gastos que en el trámite adelantado traigan causa directa y que, además, puedan considerarse útiles en orden a alcanzar el resultado procesal producido. Se tuvo presente la naturaleza e importancia de las cuestiones debatidas en casación, así como también la eficacia de los servicios profesionales prestados, todo ello con referencia a la tarifa del Colegio Nacional de Abogados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3416.

Mediante escrito presentado el 3 de noviembre de 1993, el apoderado de la parte actora en el proceso de la referencia, formuló escrito de objeción a la liquidación de costas en cuanto a la fijación de las agencias en derecho, por considerarlas "bastante altas, ya que no coinciden con la realidad procesal".

Surtido el trámite consagrado por el artículo 393, numeral 6º del Código de Procedimiento Civil, corresponde ahora resolver, y en orden a hacerlo bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Por sabido se tiene que con el propósito de obtener una razonable compensación de los gastos, en que tuvo que incurrir un litigante para lograr el reconocimiento judicial de su derecho y, evitar así que la institución del proceso pueda llegar a convertirse en fuente de menoscabo para ese mismo derecho, la ley contempla dentro de las costas a favor de la parte que deba reputarse vencedora según las circunstancias, el reembolso de agencias en derecho, reembolso que ha de tener expresión en una cifra que dada la índole de la actuación surtida y muy sobre las particularidades que ésta muestre, represente una justa compensación para quien, no obstante tener la razón de su lado, se vio forzado a sostener el litigio con todas las vicisitudes que le son propias, bien en su

integridad o bien apenas en alguna de sus eventuales facetas, todo ello en consonancia con el principio general en cuya virtud, si es el designio normativo que con la condena en costas se persigue el de impedir que la parte triunfadora sufra daño patrimonial apreciable por el hecho de haberse visto obligada a acudir a los tribunales para la persecución o defensa de sus prerrogativas, en la correspondiente liquidación no pueden incluirse entonces sino aquellos gastos que en el trámite adelantado traigan causa directa y que, además, puedan considerarse útiles en orden a alcanzar el resultado procesal producido, según lo expresa por cierto el mismo artículo 393 del Código de Procedimiento Civil en sus numerales segundo y tercero, disposición esta última que aludiendo a las agencias en derecho y manteniéndose desde luego dentro del contexto recién descrito, contempla como elemento central para la correcta tasación de este rubro, la gestión realizada por la parte o por su apoderado en interés de una determinada postura por ellos sostenida.

2. Entendidas así las cosas, preciso es observar que durante el trámite surtido ante la Corte y desde el momento en que quedó en firme la concesión del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, el apoderado del señor Antonio Jeller Arbolea, quien en este proceso es una de las personas demandadas, tomó posición activa frente al proceso, no sólo en lo que toca con la vigilancia de su desenvolvimiento en sede de casación, sino que se opuso expresamente y por escrito a la prosperidad del recurso interpuesto por el actor, como puede verse en memorial que obra a folios 18 a 28, actuación ésta que desde luego merece ser tomada en consideración para valorar el trabajo en derecho realizado y que ha de compensarse de acuerdo con las pautas señaladas en el párrafo precedente.

En este orden de ideas y en cuanto concierne con la cuantía fijada, se tuvo presente la naturaleza e importancia de las cuestiones debatidas en casación, así como también la eficacia de los servicios profesionales prestados, todo ello desde luego con referencia a la tarifa del Colegio Nacional de Abogados, aprobada por la Resolución 020 de 1992 del Ministerio de Justicia, tarifa en la cual, como se sabe, se tasan los honorarios mínimos para la réplica al recurso extraordinario de casación en una cantidad equivalente a cuatro salarios mínimos mensuales legales, vale decir en una suma que apenas si resulta excedida en $70.000 por la señalada en el auto de 26 de octubre pasado y la verdad sea dicha, no se sabe cuál es la "realidad procesal" que en opinión del objetante podría llevar a descalificar ese remanente.

DECISION:

En mérito de las consideraciones que anteceden, se resuelve aprobar sin modificaciones la liquidación de costas practicadas por la Secretaría y fijada en lista el día veintiocho (28) de octubre de 1993.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sentencia Sustitutiva / Prescripción / Posesión

La prescripción, como modo de adquirir el dominio que es, está caracterizada por la posesión y ésta comporta de manera principal un elemento subjetivo, intencional, traducido en la actitud de poseedor por hacer la cosa suya, comportándose como un verdadero dueño, esto es, ejecutando con plena autonomía los actos y hechos que comúnmente son inherentes al derecho de dominio, pudiendo evitar deliberadamente que los demás invadan ese poder de hecho, tiénese que las razones que llevaron a invalidar la sentencia del Tribunal dicen muy a las claras que la pertenencia reclamada debe fracasar. La posesión, no puede tener pacífica convivencia con las relaciones que desdibujan y repulsan su esencia, como son todas las que encarnan el reconocimiento de dominio ajeno, entre las que cabe destacar las de mera tenencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Como quiera que en virtud de la sentencia proferida el 26 de julio del presente año, esta Corporación invalidó la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería dictó en este proceso ordinario promovido por Tulia Rosa Ochoa Cuadrado contra Lucía Cabrales viuda de Buelvas, procede ahora la Corte a pronunciar el fallo que en derecho corresponde, según lo previsto en el inciso primero del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil.

1. ANTECEDENTES

Así los resumió la Corte en aquel fallo:

"1. En el libelo con que se dio 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 solicito 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, arrendándolo 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 aquélla le promovió en razón del inmueble objeto de este proceso, adjuntando al efecto las sentencias de primera y segunda instancia (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...".

8. Cumple revisar dicha sentencia por vía de consulta, lo que se hace mediante las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. Cabe proferir sentencia desde que no la empece vicio anulatorio alguno; y, ha de ser de mérito, toda vez que concurren los presupuestos procesales.

2. Si, como es cierto, la prescripción, como modo de adquirir el dominio que es, está caracterizada por la posesión, y ésta comporta de manera principal un elemento subjetivo, intencional, traducido en la actitud del poseedor por hacer la cosa suya, comportándose como un verdadero dueño, esto es, ejecutando con plena autonomía los actos y hechos que comúnmente son inherentes al derecho de dominio, pudiendo evitar deliberadamente que los demás invadan ese poder de hecho, tiénese que las razones que llevaron a invalidar la sentencia del Tribunal dicen muy a las claras que la pertenencia reclamada por Tulia Rosa Ochoa Cuadrado debe fracasar. Por supuesto que la posesión, según lo visto, no puede tener pacífica convivencia con las relaciones que desdibujan y

repulsan su esencia, como son todas las que encarnan el reconocimietno de dominio ajeno, entre las que cabe destacar las de mera tenencia.

Ciertamente, si dentro del escenario propio de un proceso de lanzamiento, hoy denominado de restitución del inmueble arrendado (artículo 424 del Código de Procedimiento Civil), en el que, como se sabe, es de necesidad absoluta hablar de relación de tenencia, estuvieron encaradas las partes de este proceso, al que se convocó y venció como arrendataria a Tulia Rosa Ochoa Cuadrado, no se remite a duda que tal pronunciamiento judicial descarta de suyo cualquier relación posesoria, cuando menos a la sazón. Y si esto sucedió por los años 1976 y 1977, según lo revelan las copias de las sentencias respectivas, obrantes a folios 15 a 21 del cuaderno principal, las cuales ordenó la Corte tener oficiosamente como pruebas, brota incuestionable que cuando la demandante Tulia Rosa recabó la pertenencia (presentó la demanda el 23 de julio de 1983) no podía tener el tiempo requerido para la prescripción extraordinaria, que es de veinte años de posesión ininterrumpida (artículo 1° de la Ley 50 de 1936).

Lo que indica, en otros términos, que la actora no probó el supuesto fáctico consistente en que, al tenor de su demanda, ha venido ella "ejerciendo actos de señor y dueño (...) en forma pacífica y continua desde hace más de 20 años hasta la fecha de esta demanda, sin reconocer dominio ajeno...": por consiguiente, no se requieren más elucubraciones para concluir que su pretensión no puede abrirse paso.

Justamente por eso fue que el recurso de revisión halló prosperidad, como que la actora, al hacer tan categórica afirmación, anduvo callando la anunciada tenencia, lo que en conjunto configuró la maniobra fraudulenta que constituye la sexta causal de revisión. Maniobra que se estimó trascendente, porque indudablemente estaba llamada a tener incidencia en el resultado de la litis, cual viene de comprobarse en el párrafo anterior. De ahí que la Corte dijera en la sentencia de revisión:

"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 pretuberante 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 lo 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".

3. Mas como así no concluyó el *a quo*, muy seguramente porque pretermitió las copias de las sentencias recaídas en el proceso de restitución del inmueble objeto del proceso de pertenencia, su decisión será revocada para en su lugar desestimar las pretensiones, al tiempo que se condenará en costas a la actora y se cancelará la inscripción de la demanda incoativa del proceso.

III. 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, *revoca* la sentencia que en este proceso profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería, calendada el 22 de septiembre de 1989, materia de consulta.

En su lugar, se dispone:

Desestímanse las pretensiones de la demanda.

Cancélese la inscripción que de la demanda introductoria de este proceso se realizó en el competente registro inmobiliario. Ofíciese.

Condénase en costas de ambas instancias a la demandante. Tásense.

Notifíquese.

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

Paternidad Extramatrimonial / Relaciones Sexuales

La existencia de trato carnal entre personas no casadas, inclusive en el evento en que no llegue a tener exteriorización ni familiar ni pública, ingorta una presunción legal en favor de la paternidad investigada y por añadidura, de la correspondiente filiación en disputa, siempre y cuando la ocurrencia de dichas relaciones íntimas se acredite de modo conveniente y, además, con una precisa ubicación en el tiempo pues han de coincidir con la época en que, según los términos del artículo 92 del Código Civil, se presume de derecho que la concepción se produjo, vale decir con el período de ciento veinte días cabales corridos entre el día ciento ochenta y el día trescientos anteriores al nacimiento.

Error de Hecho

Para considerar ocurrido el error de hecho como motivo idóneo en orden a legitimar un cargo en sede de casación, preciso es poner de manifiesto que el juzgador de instancia imaginó pruebas del todo extrañas a la actuación surtida o que desconoció la presencia de las que allí sí están, hipótesis que comprende los casos de desfiguración por adición o por preterición, y además que por virtud de desaciertos de esta índole, es contraevidente la conclusión sentada por el fallo proferido acerca de determinada cuestión fáctica influyente en la decisión final del litigio, contraevidencia que ha de traslucirse con absoluta inmediación y sin necesidad de razonamientos inductivos más o menos elaborados.

Valoración Probatoria / Error de Hecho y de Derecho

En tanto haya de desempeñar las funciones propias del tribunal de casación, a la Corte no le es permitido balancear libremente las pruebas y las contrapruebas aducidas para, a la manera de los falladores de instancia, deducir la verdad de los hechos controvertidos, ello por cuanto, en ese ámbito no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el tribunal en su apreciación como medio conducente a la violación de la ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3955.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de marzo de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario que en contra de Pedro Saúl Benavides Rivadeneira adelantó la Defensoría de Familia de Pasto, Zona Dos, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en interés del menor Pedro Alexander Melo.

1. ANTECEDENTES

1. El dos (2) de marzo de 1990 el referido funcionario público, en su condición de Defensor de Familia y actuando en representación de los derechos del menor Pedro Alexander Melo, presentó ante el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pasto demanda de filiación contra Pedro Saúl Benavides Rivadeneira para que, con su citación y audiencia, en sentencia definitiva se le declare padre extramatrimonial del actor, se ordene la corrección del registro civil de nacimiento y se hagan los pronunciamientos legales de rigor.

Para dar fundamento a dicha pretensión señaló como supuestos fácticos los siguientes:

María Alba Melo Villota y el demandado se conocieron a finales de 1984, mantuvieron relaciones amorosas desde el 17 de enero de 1985 y sostuvieron relaciones sexuales desde el 17 de abril de 1986; en octubre de ese mismo año como producto de éstas, María Alba quedó en embarazo, estado conocido por el demandado quien aceptó ser el autor, continuando las mentadas relaciones cada 8 o 15 días hasta que María Alba completó el sexto mes de embarazo. El 11 de julio de 1987, nació, como fruto de las aludidas relaciones, el demandante Pedro Alexander Melo a quien el demandado conoció a los cinco días de nacido y visitó hasta los tres meses de edad, aceptando ser su padre extramatrimonial.

2. Admitida a trámite la demanda, fue notificado el auto admisorio de la misma. Surtido el traslado correspondiente, actuando por intermedio de apoderado judicial el demandado dio oportuna respuesta a las súplicas deducidas, oponiéndose a su reconocimiento al afirmar que las relaciones que sostuvo con la madre del actor no fueron en la época alegada en la demanda y que, además, ella tuvo esa clase de trato con otros novios y el demandado, durante el lapso en que se presume debió ocurrir la concepción, está en imposibilidad física absoluta de cohabitar con la madre del menor.

3. Creado así el lazo de instancia y planteado el litigio dentro de los extremos que se han dejado reseñados, se tramitó el primer grado con producción de pruebas por iniciativa de ambas partes y de oficio, el cual terminó con sentencia de fecha veinte (20) de septiembre de 1991 donde el juzgado del conocimiento declaró que el demandado es

el padre de Pedro Alexander Melo con María Alba Melo Villota y, en consecuencia, ordenó comunicar tal determinación al Notario Primero del Círculo de Pasto para que se hagan las anotaciones del caso, autorizó al menor demandante a utilizar el apellido de su padre, confirmó el ejercicio de su derecho de patria potestad, cuidado personal o custodia por parte de la madre, dejó a salvo el derecho de instaurar proceso de alimentos y, en fin, desestimó las excepciones de mérito propuestas en este proceso.

4. Contra tal resolución interpuso recurso de apelación el demandado, motivo por el cual subió el expediente al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el cual, luego de rituada la segunda instancia, por sentencia de la Sala de Familia revocó la providencia impugnada excepto en lo concerniente a la patria potestad del menor Pedro Alexander, declaró no probada la excepción perentoria propuesta por la parte apelante y, en consecuencia, absolvió a esta última de los cargos que le hicieron en la demanda, absteniéndose de hacer condena en costas.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO RECURRIDO

Inicia el fallador haciendo un amplio recuento de la actividad desplegada en el litigio y un análisis sobre el cumplimiento de los presupuestos procesales y la legitimación en la causa que lo llevan a emitir decisión en el fondo del asunto: para ello recalca que por circunscribirse la pretensión al artículo 6º de la Ley 75 de 1968, es de vital importancia la declaración testimonial, motivo por cuya virtud resume los fundamentos esgrimidos por el demandado en el recurso de apelación, por el Defensor de Menores y por el Ministerio Público para así entrar luego a analizar detalladamente las pruebas aducidas al proceso.

Al efecto, comienza el *ad quem* por referirse a la declaración inicial del demandado, advirtiendo, contrariamente a lo estimado por el *a quo*, que ésta no constituye confesión de relaciones sexuales pues juzga que en ella se denota vaguedad y duda en torno a la época o fecha en que ocurrieron las relaciones, por lo que según afirma, no resulta ser expresa y terminante como lo exige la jurisprudencia para que valga como prueba idónea para establecer el estado civil de las personas.

En segundo lugar el sentenciador alude al testimonio de Tulia Erazo para indicar que fue tachado oportunamente de sospechoso por el apoderado del demandado, circunstancia que considera quedó demostrada teniendo en cuenta que vive en la misma casa de familia Melo donde trabaja como empleada doméstica; además para el tribunal ésta declarante ha tomado partido en este asunto pues resulta natural y forma parte de "la psiquis y la personalidad del testigo", factores obligatorios de analizar para el juzgador, el que "la 'muchacha' de la casa de hace tantos años y moralmente un miembro más de la familia, un componente más del hogar, declare a favor de la persona y de la familia que por lealtad está obligada a respetar, cuidar y servir". Añade el fallador que, de otro lado, su testimonio no cumple con dar la razón de la ciencia de su dicho, "pues su fuente no le es propia, proviene ante todo de la madre del menor, lo que convierte al testimonio en en *ex auditur*, el que poco o ningún poder de convicción contiene". Agrega a lo anterior la sentencia que esta testigo da como ocurrencia de las relaciones una época anterior a aquella en que se presume la concepción del menor demandante en este proceso, pues se refiere en su declaración rendida en enero de 1991 a la relación que existió entre María Alba Melo y el demandado cuatro (4) años atrás, "en enero de 1986".

En tercer lugar relaciona el tribunal el interrogatorio de parte del demandado para señalar que éste es enfático al advertir que las relaciones con la madre del actor las sostuvo en 1985 por cuanto en 1986 no estaba en Pasto, pero estima el fallador que resulta inoficioso insistir en su análisis por cuanto esta prueba no tiene capacidad suficiente para desvirtuar la confesión inicial.

Continúa el fallo analizando la diligencia de careo adelantada dentro del proceso, para deducir que tanto María Alba Melo como el demandado son acordes cuando sostienen que sus relaciones sexuales las iniciaron en 1985, pero se contradicen en la duración de las mismas; con el agravante para María Alba de que las afirmaciones que al respecto dio en dicha diligencia también resultan manifiestamente contradictorias y por lo tanto, a juicio del tribunal, "pocos serias" frente a lo afirmado por ella en la demanda.

Finalmente, el fallador estudia detallada y cronológicamente la prueba genética, su decreto, la notificación del mismo, las vicisitudes para su práctica, el informe presentado por los técnicos, etc., para concluir que de acuerdo al desarrollo que ha tenido en este proceso la referida prueba, "se confundió en ve sólo medio probatorio, tanto el informe técnico como la prueba pericial", tratamiento que el *ad quem* estima que "indudablemente afecta la validez del mismo, pues el medio no podía en su producción participar de la estructura de los medios bien distintos, sin que se afecte el derecho de defensa".

En el capítulo último de sus consideraciones, analiza en el fallo la excepción propuesta para concluir que el demandado no logró probar que no fue a Pasto en el año de 1986, por lo que, en consonancia con todo lo anterior, concluye el tribunal que, al no haber conseguido la parte actora demostrar las mentadas relaciones sexuales en las que basa sus pretensiones, éstas debieron ser denegadas y por eso la providencia apelada debe revocarse, ello " ...en aplicación del principio de la carga de la prueba que señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil...".

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Acudiendo a la causal primera de casación, mediante un cargo único acusa el censor la sentencia de incurrir en error de hecho manifiesto en la apreciación de los medios probatorios allegados a la investigación, quebrantando con ello los artículos 1°, 4°, numeral 4°, de la Ley 45 de 1936; 6°, numeral 4°, de la Ley 75 de 1968 y 7° *ibidem*; 92 del Código Civil; 175, 176, 187, 228, 238, 243, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación.

Como fundamento del cargo, inicialmente argumenta el censor que la declaración dada por el demandado sí tiene el carácter de confesión, con consecuencias adversas para quien la rindió puesto que considera que en ella se aceptan las relaciones aunque se concreta a "expresar duda sobre la paternidad" basadas en la existencia de otros hombres; se trata pues de una prueba que, sólo por no poder precisar la temporalidad de las relaciones, no debió descartarse sin analizarla en conjunto con las demás, de donde se sigue que erró el tribunal ya que, según el recurrente, resulta evidente que dicho medio probatorio no se analizó en extensión, simplemente se dijo que no existía confesión y

se dejaron de lado varias circunstancias de connotación probatoria que de ella se deducen.

También denuncia error de hecho en la apreciación del testimonio de Tulia Fraize, declaración que afirma muy breve ya que el juzgado no profundizó en el interrogatorio que le recibió, y que, considera el recurrente, precisamente por ello resulta clara y responsiva no obstante las preguntas sugestivas que se le hicieran. Igualmente afirma que no se trata de un testimonio de oídas puesto que, según dice, existen en el mismo referencias de orden personal. Adicionalmente, pide tener en cuenta la temporalidad enunciada por la testigo pues se refiere a enero de 1987 (4 años antes de su declaración en enero de 1991) y no a enero de 1986 como lo anotó la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Frente a la declaración del demandado, considera el impugnador que hubo error de hecho en su no apreciación por parte del *ad quem* considerándola inoficiosa, ya que estima el censor que de ella "emergen situaciones que analizan no sólo en forma autónoma, sino frente al conjunto de pruebas recibidas" como son el que no fue el único hombre con el que María Alba Melo tenía relaciones y que por el año de 1986 el demandado estuvo fuera de Pasto.

También endilga error de hecho a la sentencia del tribunal por el rigorismo con el que analizó los planteamientos de María Alba Melo en la diligencia de careo practicada dentro del proceso.

Así mismo critica la apreciación del fallador sobre el trámite dado al examen del laboratorio de genética, afirmando que el demandado guardó silencio durante el traslado del informe sin objetarlo por error grave ni pedir complementación o adición del dictamen como tampoco lo hizo el juez en ejercicio de su facultad oficiosa (artículos 238 y 243 del Código de Procedimiento Civil). Añade el censor a lo anterior que los resultados de este tipo de exámenes han sido fundamento de múltiples fallos sobre filiación, y por lo tanto demerita la actitud del *ad quem* al invalidar un resultado que considera "evidente". Y en este orden de ideas, sobre las premisas señaladas, remata el casacionista su tesis haciendo una síntesis de conjunto de lo que, en su sentir, indican realmente las pruebas allegadas al proceso, análisis del cual deduce que está demostrada plenamente la paternidad de Pedro Alexander Melo y por fuerza de esta situación, la sentencia de instancia ha de ser infirmada.

SE CONSIDERA

1. Bien sabido es que por la considerable frecuencia con la que es empleada para obtener la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, sin duda alguna la presunción que mayor importancia tiene en este campo es la consagrada por el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, precepto éste de conformidad con el cual hay lugar a dicha declaración en el caso de que entre el hombre señalado como padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción. Se trata, pues, de una norma cuya justificación lógica es muy semejante a la de la regla "*...pater is est...*" que opera en la filiación matrimonial, toda vez que así como en esta última la paternidad viene a ser determinada

por el juego de la mencionada regla apoyada en la cohabitación de los cónyuges y en la prestación de fidelidad que ellos se deben entre sí, en la fijación de la filiación no matrimonial cobra relevancia el ayuntamiento sexual producido en cierto lapso y desde luego cumplidamente probado, trasladándosele así al sujeto a quien la progenitura le es imputada, cual acontece también en aquella filiación del primer tipo, la carga de demostrar su no paternidad utilizando las vías que con tal propósito señala el inciso final del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, cometido éste que contra lo que suele pensarse, no presenta dificultad excepcional gracias entre otras cosas a las pruebas llamadas biológicas que regulan los artículos 7º y 8º de la misma ley.

De esta suerte, entonces, la existencia de trato carnal entre personas no casadas, inclusive en el evento en que no llegue a tener exteriorización ni familiar ni pública, importa una presunción legal en favor de la paternidad investigada y, por añadidura, de la correspondiente filiación en disputa, siempre y cuando la ocurrencia de dichas relaciones íntimas se acredite de modo conveniente y, además, con una precisa ubicación en el tiempo pues han de coincidir con la época en que, según los términos del artículo 92 del Código Civil, se presume de derecho que la concepción se produjo, vale decir con el período de ciento veinte días cabales corridos entre el día ciento ochenta y el día trescientos anteriores al nacimiento, condición que a juicio del tribunal sentenciador, en la especie de la que estos autos dan cuenta no quedó evidenciada y por eso, después de revocar el fallo de primer grado, desestimó las pretensiones objeto de la demanda que al proceso le dio comienzo. El recurrente en casación estima que al arribar a esa conclusión, en cuanto ella se muestra como el fruto de notorios errores de hecho en los que incurrió al apreciar buena parte de las pruebas allegadas, la corporación judicial en mención quebrantó indirectamente y por falta de aplicación, las disposiciones de derecho sustancial que con el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 a la cabeza, le reconocen vigencia al sistema atrás descrito y que, en consecuencia, le permiten desplegar sus efectos a la inferencia de paternidad no matrimonial cimentada en la concreta demostración del acceso sexual entre los señalados padres, dotado de aptitud determinante de la procreación de acuerdo con la ley, por lo que se impone principiar por definir si los yerros denunciados, con la fisonomía específica que el recurso les asigna, se configuran o no con la entidad suficiente para provocar la infirmación de la providencia impugnada.

2. Y la verdad sea dicha que, si han de observarse los severos requerimientos para que por la vía de los errores probatorios de hecho pueda darse la casación por violación de la ley, no son necesarios mayores esfuerzos dialécticos para arribar con rapidez a la única respuesta posible para el interrogante planteado.

En efecto, para considerar ocurrido el error de hecho previsto en el numeral 1º, segundo inciso, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil como motivo idóneo en orden a legitimar un cargo en sede de casación, preciso es poner de manifiesto que el juzgador de instancia imaginó pruebas del todo extrañas a la actuación surtida o que desconoció la presencia de las que allí sí están, hipótesis que como se sabe comprenden los casos de desfiguración por adición o por preterición, y además que por virtud de desaciertos de esta índole, es contraevidente la conclusión sentada por el fallo proferido acerca de determinada cuestión fáctica influyente en la decisión final del litigio, contraevidencia que ha de traslucirse con absoluta inmediación y sin necesidad de

razonamientos inductivos más o menos elaborados, habida consideración que en esta materia, según lo enseña reiterada doctrina jurisprudencial la afirmación probatoria errónea que induce a la ruptura del juicio jurisdiccional que la contiene, no es la que pueda servir para fundar la convicción judicial indistintamente en un sentido o en otro, sino aquella que pugne de manera rotunda con evidencia contraria, siempre en el entendido que "...no es la mala o errada apreciación que el juez de la causa haya hecho de las pruebas lo que puede conducir a la casación. No basta para que haya lugar a ésta que se acredite una mala, errónea, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser distinta o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el supuesto de haber fallado en instancia. Es menester algo más para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de prueba haya llegado a dar por resultado un verdadero, evidente o manifiesto error de hecho que a su turno implique infracción de la regla jurídica, por haber sido ésta indebidamente aplicada a un hecho inexistente o no aplicada a un hecho existente..." (G. J. Núm. 1911, pág. 797). Dicho en otras palabras que quizá exponen con mayor claridad la idea que ahora importa subrayar, la Sala de Casación Civil nunca es juez *ad quem* mientras se ventila ante ella el recurso limitado que le da su nombre y, por ningún motivo, puede este medio llegar a tener el alcance de una tercera instancia del proceso al cual le puso fin la sentencia cuya invalidación a través de él se persigue, luego es forzoso concluir que, en tanto haya de desempeñar las funciones propias del tribunal de casación, a la Corte no le es permitido balancear libremente las pruebas y las contrapruebas aducidas para, a la manera de los falladores de instancia, deducir la verdad de los hechos controvertidos, dilo por cuanto, se reitera, en ese ámbito "...no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el tribunal en su apreciación como medio conducente a la violación de la ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto..." (G. J. Tomo LI, pág. 207).

Pues bien, efectuados estos apuntamientos de carácter doctrinario y vistos los argumentos en que se basa la acusación en estudio, la conclusión que se sigue es que carece por entero de consistencia y por ende está condenada al insuceso, toda vez que no se descubre por parte alguna la prueba categórica frente a la cual, sin lugar a dudas, haya de tenerse por verdad procesal incontrastable que las relaciones sexuales habidas entre el demandado y la madre del menor demandante, contra lo que sobre el particular sostuvo el Tribunal Superior de Pasto incurriendo así en intolerable error de percepción, se prolongaron en el tiempo hasta coincidir con el lapso en que se presume ocurrió la concepción. La realidad que se ofrece en el plenario es en extremo distinta ya que en sus declaraciones llevadas a cabo antes de notificarse la demanda y durante el transcurso de la fase instructoria del proceso, el demandado Pedro Saúl Benavides Rivadeneira lo negó siempre y sin rodeos, tampoco es factible hallar el buscado elemento de contraste probatorio en el testimonio rendido por Tulia Lrazo y, por lo que toca con el informe científico suministrado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (oficio LG. 0676 de 4 de junio de 1991), obligado es hacer ver que su existencia en el expediente no pudo ignorarla el tribunal pues explícitamente hizo alusión al mismo para restarle eficacia demostrativa, situación que justamente descarta la posibilidad del error de hecho que la censura plantea.

No prospera, entonces, el cargo único formulado y por ende hay lugar a imponer la correspondiente condena al pago de costas (artículo 392, numeral 1°, del Código de Procedimiento Civil), costas que son de cargo del menor demandante en tanto que, cumpliendo con sus funciones de tal y en guarda de los intereses de dicho menor, intervino en el proceso e interpuso el recurso de casación desestimado en esta providencia, la Defensoría de Familia de la ciudad de Pasto.

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, *no casa* la sentencia que con fecha diecinueve (19) de marzo de 1992 y para ponerle fin en segunda instancia al proceso ordinario de la referencia, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Las costas causadas en casación son de cargo de la parte demandante. Tásense en su oportunidad.

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

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

Negocio Jurídico

La eficacia del negocio jurídico depende no sólo de la autonomía de la voluntad del individuo, sino también del ordenamiento legal en tanto que éste reconoce y tutela su libertad de disponer de sus intereses. Empero, tampoco se ha de perder de vista que, según la entidad de la infracción, el ordenamiento sanciona con la inexistencia, ineficacia, nulidad, anulabilidad y oponibilidad al acto irregular, entendiendo por tal aquel que por no sujetarse a las previsiones legales no agota todos los efectos propios de su función.

Nulidad Procesal / Negocio Jurídico /Acto Jurídico

Declarada, por ejemplo, la nulidad de la integridad de un proceso, el problema de la invalidez de un negocio jurídico que allí pudiera estarse discutiendo, continuará vigente. Y viceversa; no obstante la declaratoria de nulidad del negocio, el proceso, en sí, tiene su propia esfera de validez como quiera que su dimensión o perspectiva jurídica es otra. / Las distinciones entre la nulidad que afecta a las declaraciones de contenido negocial y la que atañe a los actos procesales, diferencias que son igualmente aplicables a la ineficacia de los actos jurídicos.

Revisión / Nulidad en la Sentencia / Proceso Ejecutivo

Sólo -num. 8 art. 380 del C. de P. C.- surge cuando la nulidad se origina en la sentencia que pone fin al proceso, característica que es ajena a la providencia que ordena seguir adelante con la ejecución, ya que en este caso es únicamente un paso, aunque muy importante, en el camino que lleva al pago de la obligación, fin verdadero y último del proceso ejecutivo. / No es acudiendo al recurso extraordinario de revisión como pueden alegarse las nulidades que se adviertan en el proceso ejecutivo en curso, y que no hayan sido saneadas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

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

Radicación: Expediente número 3851.

Decide la Corte el recurso de revisión interpuesto por Víctor Alberto Arévalo contra la sentencia proferida el 22 de mayo de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá dentro de la ejecución de las costas procesales a que dio lugar el proceso ejecutivo que por obligación de hacer adelantó el recurrente frente al Banco Ganadero -Sucursal Bogotá-.

ANTECEDENTES

1. Aprehendió conocimiento el Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad de la demanda ejecutiva por obligación de hacer introducida por el recurrente, señor Víctor Alberto Arévalo, frente al Banco Ganadero y en la cual impetraba que el demandado le entregara dos máquinas cargadoras-retroexcavadoras, retenidas en "Almagrario" por su cuenta. A esta pretensión acumuló otra, tendiente a obtener el pago de una indemnización de $1.800.000.00 mensuales.

2. Los supuestos fácticos se pueden resumir de la siguiente manera: El demandante importó desde Inglaterra aquella maquinaria, la cual fue depositada en "Almagrario" afectada de un derecho de retención en favor del Banco demandado. Las partes, para evitar su retención, suscribieron un contrato de prenda sin tenencia sobre la misma para garantizar las obligaciones contraídas o que contrajera el deudor prendario hasta por la suma de $4.093.000, convenio que incumplió la institución demandada puesto que no entregó las máquinas al demandante.

3. Notificado del mandamiento ejecutivo, el Banco formuló oposición y adujo excepciones, las cuales, a la postre, le fueron rechazadas en la sentencia de primera instancia, donde, por el contrario, se ordenó seguir adelante la ejecución.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, ante la apelación de la entidad demandada, mediante sentencia de mayo 11 de 1987, revocó la de primera instancia y, en su lugar, declaró probada la excepción de "inexistencia del título ejecutivo". Además, condenó al demandado al pago de las costas de ambas instancias.

4. Así las cosas, la parte vencedora inició a continuación, esto es, dentro del mismo proceso, ejecución en contra del demandante vencido por la suma de $1.020.000.00, monto al que ascendió la liquidación de las costas del proceso. Librado el mandamiento de pago y notificado del mismo el ejecutado, entre otros medios de defensa, propuso las excepciones de ineficacia y de nulidad de la sentencia que denegó sus pretensiones y lo condenó al pago de las costas.

5. Con la sentencia de octubre 26 de 1990, en la cual se declararon no probadas las excepciones de la defensa y se ordenó seguir adelante la ejecución en la forma prevista en el mandamiento ejecutivo, se definió la primera instancia. Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el demandado.

6. Tramitada la alzada, el Tribunal confirmó, mediante sentencia de mayo 22 de 1991, la recurrida. Finalmente, propuso el ejecutado incidente de "ineficacia de la sentencia de segunda instancia dictada para el proceso principal", el cual le fue rechazado por improcedente.

EL RECURSO DE REVISION

En un extenso memorial alega el recurrente como causal de revisión, la existencia de nulidad "...originada en la sentencia que puso fin al proceso -ineficacia- que se pide revisar y que no era susceptible de recurso, porque se profirió con fundamento en una sentencia ineficaz del pleno derecho sin necesidad de declaración judicial...".

Tras un largo discurso en el cual, de un lado, alude al incumplimiento del contrato de prenda sin tenencia por parte del acreedor prendario como quiera que, contrariando la ley mercantil, retuvo indebidamente la maquinaria pignorada y, de otro, cuestiona la sentencia que declaró probada la excepción de inexistencia de título ejecutivo, negó sus pretensiones y lo condenó en costas, tras ello, se repite, anota que "...A manera de introducción dejó de esta manera planteados los hechos generales de la causal propuesta -ineficacia- de la sentencia que condenó en costas al tenor de los mandatos imperativos, absolutos, obligatorios, directos, claros y expresos que la ley mercantil ordena para el contrato de prenda industrial sin tenencia del acreedor...".

El artículo 1203 del C. de Co., continúa, establece que es ineficaz toda estipulación que tienda a permitir que el acreedor prendario se apropie por medios distintos a los previstos en la ley, del bien dado en garantía, norma que debe concordarse con el artículo 897 *ejusdem*.

En consecuencia, son ineficaces todos los hechos de la excepción de "inexistencia del título" porque violan esta disposición en cuanto permiten que el acreedor se apropie y disponga de la maquinaria dada en prenda. Y los hechos ineficaces que sustentan una excepción producen como efecto una sentencia ineficaz por acogerlos. Y, a su vez, la sentencia que se dicte para ejecutar una sentencia ineficaz, también lo es.

Agrega, entonces, que la sentencia que condenó en las costas que motivaron la posterior ejecución de la parte recurrente adolece de "...nulidad máxima o ineficacia...", esto es, sin fuerza, sin poder, sin validez. También lo son las de primera y segunda instancia que ordenan la ejecución de las costas a que condenó la primera.

Para legitimar la oportunidad del recurso, como así llama a una nueva sección de la demanda, afirma que contra la sentencia recurrida se intentaron infructuosamente todos los mecanismos legales tendientes a invalidarla. Así por ejemplo, contra el mandamiento de pago por las costas se propuso la excepción de "nulidad-ineficacia de la sentencia" y en la segunda instancia propuso el incidente de "nulidad-ineficacia".

Como fundamentos de derecho del recurso cita los artículos 20, 21, 22, 24, 25 y 1203 del C. de Co., normas de las cuales destaca su carácter imperativo para concluir que en la prenda sin tenencia el deudor debe mantener la posesión, la tenencia del bien. Y reitera nuevamente para concluir, que para contrariar estos preceptos, la sentencia que impuso la condena en costas es ineficaz de pleno derecho.

De otro lado, en memorial separado solicitó el recurrente amparo de pobre, lo que le fue concedido mediante auto de julio 16 de 1992.

Notificada del auto admisorio del recurso, la parte opositora calificó los hechos que lo sustentan como ajenos a la causal aducida y se opone a sus pretensiones con base en

que, en realidad, lo que se busca es revisar la sentencia de mayo 11 de 1987, proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y contra la cual el recurrente intentó un recurso de revisión que le fuera rechazado. Y añade que la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución no le pone fin al proceso, razón por la cual no procede el recurso.

CONSIDERACIONES

El dilatado y reiterativo alegato que fundamenta el recurso sometido a consideración de la Corte, bien puede quintaesenciarse, en su argumentación, en la consideración consistente en que siendo ineficaz la sentencia que denegó las pretensiones del demandante y lo condenó al pago de las costas, es igualmente ineficaz la que ordena seguir adelante la ejecución iniciada para el pago de aquéllas, irregularidad que se pretende encuadrar en la causal 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

De tal modo las cosas, se advierte con incontrovertible claridad que la impugnación no puede prosperar, puesto que, además de partir de premisas notoriamente equivocadas, no tiene cabida en actuación como la suscitada.

En efecto, una vez proferida por el Tribunal la sentencia de segunda instancia que revocó la apelada para en su lugar declarar probada la excepción de "inexistencia del título ejecutivo" y condenar en costas al ejecutante, éste, con lozudez uruguesa, ha venido sosteniendo que la misma es nula en el grado de ineficacia. Significa, entonces, lo anterior, que, conforme al peculiar modo de pensar del recurrente, existe una nulidad procesal de tal magnitud que debe asimilarse a la ineficacia prevista en las normas mercantiles y, en cuanto tal, opera de pleno derecho.

Y aunque es palmario que semejante criterio choca con la más elemental lógica, como quiera que se ha alegado como causal de revisión de nulidad originada en la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución de las costas, pero se invoca como vicio la supuesta ineficacia de la que impuso la obligación, por lo que la providencia supuestamente irregular vendría a ser ésta y no aquélla cuya invalidez se persigue con el recurso, lo cual de por sí justifica plenamente su rechazo, la confusión conceptual en que cae el recurrente es suficiente para que la Sala ofrezca las siguientes puntualizaciones:

El negocio jurídico en general y el contrato en particular, resultan ser las más acabadas manifestaciones de la facultad que tienen los particulares para darse específicas reglas de comportamiento por medio de las cuales buscan satisfacer intereses suyos amparados por la ley, y que, en todo caso, son propios de la función que el tipo negocial escogido cumple en el tráfico jurídico.

En este orden de ideas, la eficacia del negocio jurídico depende no sólo de la autonomía de la voluntad del individuo, sino también del ordenamiento legal en tanto que, éste reconoce y tutela su libertad de disponer de sus intereses. Empero, tampoco se ha de perder de vista que, según la entidad de la infracción, el ordenamiento sanciona con la inexistencia, ineficacia, nulidad, anulabilidad y oponibilidad al acto irregular, entendiendo por tal aquel que por no sujetarse a las prevenciones legales no agota todos los efectos propios de su función.

En cuanto a la ineficacia propiamente dicha, prescribe el artículo 897 del Código de Comercio que "...cuando en este código se expone que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial...".

Esto es, que para algunos casos concretos, entre ellos los previstos en los artículos 112, 198, 200, 297, 318, 407, 433, 435, 501, 524, 670, 678, 712, 1005, 1045, 1055, 1203 y 1244, ejusdem, aun cuando hubiese podido el legislador establecer la invalidez del negocio por violación de normas imperativas, la gravedad de la anomalía justifica suficientemente la drástica sanción consistente en despojarlo de sus efectos "de pleno derecho", sin necesidad de declaración judicial.

Ahora bien, la sanción anterior al igual que las restantes establecidas en la ley para los actos jurídicos irregulares, surgen y producen sus efectos en el exclusivo ámbito del derecho material, o sea, que no tienen por qué repercutir sobre el proceso como tal, por lo que resulta obvio decir que la invalidez o la ineficacia del contrato que el Juez declare, o se abstenga de declarar, no afecta la actuación judicial donde se emita la pertinente decisión en torno a aquélla. Esa actuación será nula o anulable únicamente en cuanto se incurra en alguna de las causales taxativamente previstas en el artículo 140 del C. de P.C., caso en el cual, la invalidez deviene de la infracción de normas procesales mas no de aquellas de derecho sustancial que regulan lo relativo a la eficacia de los contratos.

Declarada, por ejemplo, la nulidad de la integridad de un proceso, el problema de la invalidez de un negocio jurídico que allí pudiera estarse discutiendo, continuará vigente. Y viceversa: no obstante la declaratoria de nulidad del negocio, el proceso, en sí, tiene su propia esfera de validez como quiera que su dimensión o perspectiva jurídica es otra.

En sentencia de junio 30 de 1972 dijo la Corte, refiriéndose a las distinciones entre la nulidad que afecta a las declaraciones de contenido negocial y la que atañe a los actos procesales, diferencias que son igualmente aplicables a la ineficacia de los actos jurídicos, que "...siendo fundamentalmente distintas, por su naturaleza y por sus efectos las nulidades que afectan los unos y las que vician las otras, no puede decirse lo concerniente a la nulidad o validez de las segundas de acuerdo con los preceptos que gobiernan las nulidades sustanciales, ni la de los primeros con aplicación de las normas rectoras de las nulidades procesales. De esta suerte, siendo la sentencia un acto eminentemente procesal, 'el acto procesal por excelencia', al decir del censor, no sólo porque mediante él se satisfacen los derechos de acción y de contradicción, sino porque a través del mismo como el juez decide qué tutela dispensa la ley a un interés jurídico determinado, su validez ha de definirse necesariamente a la luz de las disposiciones que disciplinan la materia en el Código de Procedimiento Civil, y no a la de las que regulan la eficacia o ineficacia de las declaraciones de voluntad de los asociados..." (G.J. CXLII. Pág. 250).

Así las cosas, la supuesta ineficacia contractual que el Tribunal dejó de decretar en la sentencia, de ningún modo incide sobre la actuación procesal que se ha surtido con posterioridad, la que sólo es nula en la medida en que se incurra en alguna de las causales expresamente previstas en el artículo 140 del C. de P.C., a ninguna de las cuales alude el recurrente.

Pero, por fuera de lo anterior, la improsperidad del recurso se hace palpable al advertir que el recurrente olvida que la causal que esgrime, como de antaño lo ha sostenido la Corte y hoy se reitera, sólo surge cuando la nulidad se origina en la sentencia que pone fin al proceso, característica que es ajena a la providencia que ordena seguir adelante con la ejecución, ya que en este caso es únicamente un paso, aunque muy importante, en el camino que lleva al pago de la obligación, fin verdadero y último del proceso ejecutivo.

De ahí que, para convertir lo que era claro en evidente, el actual inciso 142 del C. de P.C., disponga que podrán alegarse nulidades en el juicio ejecutivo donde ocurran, mientras no termine por pago y otra causa legal. En consecuencia, no es acudiendo al recurso extraordinario de revisión como pueden alegarse las nulidades que se adviertan en el proceso ejecutivo en curso, y que no hayan sido saneadas.

Finalmente, resulta equivocado pensar, como lo hace el recurrente, que habiendo intentado invalidar la sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución por las costas debidas, en forma infructuosa por lo manifiestamente errónea por lo demás, se abre paso al recurso de revisión puesto que, como se ha dicho, la susodicha providencia no termina el proceso y la parte ha tenido la oportunidad de alegarla, circunstancia esta última que es el verdadero fundamento de la causal de revisión que se aduce. Esto es, que mientras se tenga la oportunidad de alegarla o, siendo saneable, se haya debatido dentro del proceso, no puede acudirse al recurso extraordinario que se despacha.

El recurso, entonces, no prospera.

DECISION:

Por lo antes 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, declara infundado el recurso de revisión propuesto por Víctor Alberto Arévalo contra la sentencia proferida el 22 de mayo de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, dentro de la ejecución de las costas a que fue condenado el recurrente en el proceso ejecutivo por obligación de hacer que adelantó contra el Banco Ganadero -Sucursal Bogotá-.

Como el recurrente se encuentra amparado por pobre, no será condenado a pagar las costas del recurso, empero se le condena a pagar los perjuicios que hubiese causado al ejecutante, los cuales se liquidarán mediante trámite incidental.

Remítase el expediente al despacho judicial de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Sentencia Sustitutiva / Paternidad Extramatrimonial - Posesión Notoria

Cada una de las declaraciones vertidas en el plenario, se hace palpable que, en conjunto, quedaron demostrados el trato, la fama y la permanencia que hacen próspera la causal de filiación extramatrimonial invocada.

Reforma del Testamento / Petición de Herencia

No están legitimados para demandar la reforma del testamento aquellos herederos que fueron preteridos en la declaración testamentaria, porque la ley les reconoce una acción directa para reclamar su herencia dentro de la respectiva sucesión cuando ésta aún se encuentra en trámite, o, mediante la acción de petición de herencia cuando el susodicho proceso haya concluido. La reforma del testamento impetrada en este proceso no procede, mas como el hijo extramatrimonial del de cujus tiene derecho herencial sobre los bienes relictos dejados por éste, de los que dispuso su difunto padre, se abre paso la acción de petición de herencia.

Prestaciones Mutuas / Frutos

El artículo 964 del C.C., en lo pertinente, establece "en toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que han invertido en producirlos" en esas condiciones, y como en el caso *sub lite* no obra prueba alguna que permita servir de soporte al cálculo hecho por los peritos, la poseedora vencida deberá reconocer el porcentaje de los frutos en el monto fijado sin que, paralelamente quepa reconocerle gasto alguno causado por la producción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

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

Referencia: Expediente número 2982.

Profiere la Corte sentencia sustitutiva de la de segunda instancia dentro del proceso ordinario seguido por Luis Gonzalo Orozco, en frente de Griseldina Reyes de Betancourth, en su nombre y en calidad de cónyuge supérstite de Ernesto Antonio Betancourth Arias; de Artulfo Roda Ospina; y, de María Nelly Orozco, citada en calidad de heredera conocida de Elvia Orozco.

ANTECEDENTES

1. En escrito introductorio que correspondió por reparto al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, luego integrado en un solo cuerpo con uno adicional, el actor formuló las siguientes pretensiones:

"1. Luis Gonzalo Orozco, nacido el día 11 de marzo de 1946, hijo de Elvia Orozco, no es hijo del marido de ésta, señor Artulfo Roda Ospina.

"2. Luis Gonzalo Orozco es hijo extramatrimonial de Elvia Orozco y Ernesto Antonio Betancourth.

"3. Luis Gonzalo Orozco, en su condición de hijo extramatrimonial del señor Ernesto Antonio Betancourth, tiene derechos herenciales, como legitimario del *de cujus*, por concepto de legítima rigurosa, equivalente a la mitad de los bienes herenciales. (De la mitad legitimaria no corresponde ninguna parte a la cónyuge, ni siquiera a título de porción conyugal, toda vez que por testamento del causante correspondió a la señora Griseldina Reyes, la cuarta de libre disposición, dándose cumplimiento a lo preceptuado por el inciso 2 del artículo 1234 del C.C. En estas condiciones, al recibir la cuarta de libre disposición, el cónyuge sobreviviente deja de tener la característica de pobre, la cual es indispensable para tener derecho a reclamar dicha porción conyugal). Tiene derecho además mi poderdante, a la cuarta de mejoras, significando lo anterior a que a Luis Gonzalo Orozco corresponde tres cuartas partes de la herencia, y a la señora Griseldina Reyes de Betancourth, en su calidad de cónyuge supérstite corresponde la otra cuarta parte de los bienes. En los términos anteriores queda reformado el testamento otorgado por el causante Ernesto Antonio Betancourth Arias, contenido en la escritura pública número 321 del 22 de octubre de 1981, corrida en la Notaría Unica del Círculo de Montenegro, pues este testamento sólo puede tener efectos para la cuarta de libre disposición. (El bien inmueble que conforma el patrimonio herencial no está sujeto a gananciales toda vez que fue adquirido por el causante mucho antes de contraer matrimonio con la señora Reyes). Así las cosas, las tres cuartas partes de dicha herencia corresponden a Luis Gonzalo Orozco, por el concepto ya expresado.

"4. Griseldina Reyes de Betancourth, como heredera universal del causante Ernesto Antonio Betancourth, restituirá a mi mandante Luis Gonzalo Orozco, las tres cuartas partes, proindiviso y a prorrata de los bienes pertenecientes a la sucesión, por concepto de su legítima rigurosa y de la cuarta de mejoras, bienes relacionados y especificados en la diligencia de inventarios y avalúos de fecha marzo 18 de 1986.

"5. Ejecutoriada la sentencia, la demandada pagará al demandante los frutos naturales y civiles que los bienes objeto de la acción de petición de herencia hubieren podido producir estando éstos en su poder, y las costas y expensas que ocasione este proceso.

"6. Usted dispondrá al margen del registro de nacimiento de Luis Gonzalo Orozco, se tome nota de su estado civil de hijo extramatrimonial del señor Ernesto Antonio Betancourth, en la forma como se determina en el Decreto 1260 de 1970, una vez que la sentencia quede ejecutoriada" (folios 54 y 55 cdno. ppal.).

2. La *causa petendi* quedó fundamentada en los hechos que a continuación se compendian:

a) La señora Elvia Orozco, madre del demandante, contrajo matrimonio católico con Artulfo Roda Ospina, el 2 de septiembre de 1939, quien abandonó definitivamente el hogar al cabo de los primeros cinco meses de unión, cuando ya ella se encontraba en embarazo;

b) En el año de 1940, la citada Elvia Orozco, dio a luz un niño, llamado Artulfo, que falleció cuando llegó a la edad de 10 años;

c) Luego de esa separación matrimonial, Elvia Orozco regresó al hogar paterno, situado en la vereda La Ceiba del municipio quindiano de Montenegro, donde se vinculó con otro hombre, procreando como fruto de dicha relación a María Nelly Orozco, hoy de Alvarez;

d) A los pocos días de dar a luz a María Nelly, Elvia Orozco conoció a Ernesto Antonio Betancourth y "decidieron vivir juntos en la finca El Edén, vereda La Ceiba" (f. 56);

e) A raíz de esa unión fueron procreados tres niños, el primero, llamado Ernesto murió a los 40 días de nacido; el segundo, una niña también falleció; y, en el año de 1940 nació Luis Gonzalo quien es el demandante dentro de este proceso;

f) La vida en común de Elvia y Ernesto Antonio fue de conocimiento público, y perduró hasta cuando ella se alejó de la finca El Edén, dejando a Luis Gonzalo, entonces menor, en poder de su presunto padre;

g) Ernesto Antonio Betancourth trató siempre como hijo suyo a Luis Gonzalo y así "lo presentó entre sus parientes y amigos", razón por la cual llegó incluso a tener como padrino de bautismo de éste a su hermano Joaquín Betancourth. Por tal razón, también proveyó con su subsistencia brindándole alimentación, vivienda, vestuario y educación.

Esa "posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial" se prolongó hasta cuando la madre del demandante ya había fallecido y su pretenso padre contrajo matrimonio con Griseldina Reyes;

h) El 22 de octubre de 1981, el señor Ernesto Antonio Betancourth plasmó su memoria testamentaria, instituyendo como única heredera a su esposa legítima, quien por ello adquirió los bienes relictos cuando éste falleció el 11 de enero de 1986, por adjudicación que a su favor aprobó el Juzgado Promiscuo Municipal de Montenegro.

3. La respectiva relación procesal se integró, entre otras personas, con Griseldina Reyes quien, por conducto de apoderado, se opuso a las pretensiones, tras negar cada

uno de los hechos invocados como sustento de éstas, invocando como excepciones de fondo las siguientes:

a) "La genérica";

b) "La contenida en el ordinal 2 del numeral 1º de la Ley 75 de 1968" (f. 37 C. ppal.) que hizo consistir en el hecho de haber sido bautizado el actor sin hacerse mención alguna en cuanto a quien era "su presunto padre", y, aparecer luego el propio demandante registrándose el 1 de septiembre de 1978, sin hacer alusión tampoco a esa circunstancia;

c) "La contenida en artículo 3º de la Ley 75 de 1968 en los numerales 1º y último ordinal del numeral 3º (sic)", sustentadas en el hecho de que cuando el demandante nació, la señora Elvia Orozco vivía con su marido en la hacienda San Carlos "de los señores Velásquez", siendo entonces prohibido "declarar maternidad que se atribuye a mujer casada";

d) El señor Ernesto Antonio Betancourth no pudo sostener relaciones sexuales con Elvia Orozco por cuanto, entre otras razones, "estuvo tullido y por muchos años, e imposibilitado para tener accesos carnales";

e) "Por cuanto se (sic) da el caso contemplado en el numeral 6º del artículo 6º de la citada Ley 75 de 1968, ni el (sic) artículo 6º de la Ley 45 de 1945 y ordinal último aquella disposición" (f. 38).

4. Artulfo Roda Ospina, esposo legítimo de la fallecida Elvia Orozco, citado como contradictor para la pretensión encaminada a obtener la impugnación de paternidad legítima, fue representado por curador *ad litem*, el cual, al contestar la demanda, expresó atenerse a lo que se probara, mas, de paso, resaltó lo pactado por el testador dentro de su memoria final: "No tengo ni he tenido hijos naturales en mujer alguna. Quien invocando este título intentare reclamación alguna dentro del proceso sucesorio de mis bienes está cometiendo un ilícito que debe ser investigado" (f. 12 vto. c. ppal.).

5. También como demandada frente a la pretensión de impugnación de la paternidad legítima, fue citada María Nelly Orozco de Alvarez, en calidad de heredera determinada de Elvia Orozco, sin que, a pesar de ser notificada personalmente de la demanda hubiese comparecido al proceso.

6. El Juzgado del conocimiento profirió sentencia desestimatoria que revocó parcialmente el Tribunal para acceder a la pretensión sobre impugnación de la paternidad legítima, e inhibirse de decidir sobre las restantes, con base en el argumento según el cual el proceso adolecía de la prueba que acreditara a la calidad de heredera por la que además se había citado a la demandada Ciriseldina Reyes

El actor recurrió en casación esa decisión inhibitoria, aspecto que vino a ser el único en que el fallo le era desfavorable, habiendo sido casado por esta Corporación en sentencia que decretó como prueba de oficio, antes de entrar a dictar la decisión sustitutiva, la práctica de un dictamen pericial para evaluar los frutos producidos por el inmueble pretendido, el que luego se amplió para abarcar, además, el avalúo de los gastos ordinarios invertidos en el bien.

Concluido en esa forma el trámite pertinente, y por cuanto no se observa causal de nulidad, la Corte, en sede de instancia, procede a desatar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia sustitutiva de la de segunda instancia que profiere la Sala, está dirigida a reemplazar únicamente, la decisión inhibitoria proferida por el *ad quem*, relativa a las pretensiones de filiación extramatrimonial, reforma de testamento y petición de herencia, toda vez que en cuanto a la súplica encaminada a impugnar la paternidad legítima, el susodicho fallo alcanzó plena ejecutoria al no ser impugnado por quienes tenían interés para hacerlo.

Por tanto, el sendero para el análisis y la decisión de las restantes pretensiones, se encuentra allanado, al quedar desconocida la filiación legítima del actor. Se aborda, en consecuencia, lo que es materia de este asunto siguiendo el orden sucesivo de las súplicas deprecadas, toda vez que cada una depende del reconocimiento de la precedente.

1. FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Esta pretensión se hizo descansar en la causal que consagra el numeral 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968. Tal precepto, como se sabe, armoniza con lo dispuesto por el artículo 9º de la citada ley, reformatorio del artículo 398 del Código Civil. Su aspecto probatorio lo regula el artículo 399 de la ley sustantiva.

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

Examinada la prueba testimonial aportada al proceso, se destaca el aspecto relacionado con la época, que data de la década de 1940, y el lugar donde se desarrollaron los hechos, circunscrito a un paraje rural de la zona cafetera y central del país.

Los testigos que comparecieron a este proceso son clasificables en dos grupos plenamente definidos que, en idéntico sentido, delimitan las diferentes perspectivas con que fueron contemplados los hechos; el primero, conformado por familiares cercanos del demandante, por parte de su difunta madre; y, el segundo, por personas residentes en el sector, dedicadas a las labores agrícolas que conocieron al actor por haber sido sus compañeros de estudio, o de trabajo. Todos ellos con edades que oscilan entre los 42 a los 73 años.

Aunque un tanto parco, el primer grupo de declarantes, conformado, como se dijo, por parientes del actor, se ocupó de informar sobre la cotidiana permanencia del demandante en la residencia de su presunto padre, la que, entonces, constituía su hogar, donde habitó desde su nacimiento hasta cuando, ya fallecida su madre, su presunto padre contrajo matrimonio, sin que hubiera tenido buenas relaciones con la cónyuge de éste.

Por su parte, el segundo grupo, con versiones tampoco muy específicas en detalles, integrado por vecinos, amigos y residentes del sector, corroboran el hecho de la convivencia del demandante con quien se manifestaba como su padre.

En esa forma, unos y otros, desde diferente órbita, coinciden en ubicar al demandante bajo el amparo continuo y permanente de Ernesto Antonio Betancourth quien fue, desde su nacimiento, la persona que veló por su normal subsistencia y ejercía sobre él, la autoridad paterna.

Por eso, sus compañeros de estudio y de juegos infantiles, su primo Hernando Moreno y su amigo Balbino Marín Marín, coincidieron en afirmar que era Ernesto Antonio Betancourth quien otorgaba o no los permisos respectivos al demandante cuando era un niño, y quien asistía a las reuniones de padres de familia en la escuela donde éste cursaba sus estudios.

Ya antes, como se anunció, la tía y la hermana del actor, Bárbara Rosa Laverde de Moreno y María Nelly Orozco de Alvarez, también habían narrado hechos semejantes cuando expusieron que a raíz de la separación entre Elvia Orozco y Ernesto Antonio, fue éste quien solicitó permanecer con el demandante, el cual, a la sazón era un niño de aproximadamente cinco años.

De otro lado, son especialmente significativas las declaraciones de quienes fueron llamados a desvirtuar los hechos enunciados por la parte demandante, ya que, por el contrario, los corroboraron, cuando informaron sobre el convencimiento general que existía en la vereda de ser Luis Gonzalo, el hijo de Ernesto Antonio, a quien por consiguiente se le reputaba como su padre (declaraciones de Roberto Arias Patiño, Gildardo Arias Pérez, Horacio de Jesús Zamudio y Guillermo Puentes Gutiérrez).

Siendo ese el cuadro general de la prueba testimonial, conformado en su estructura por detalles extractados de cada una de las declaraciones vertidas en el plenario, se hace palpable que, en conjunto, quedaron demostrados el trato, la fama y la permanencia que hacen próspera la causal de filiación extramatrimonial invocada.

No se ha de desechar la sobredicha prueba testimonial porque se resienta de cierta superficialidad, toda vez que ha de recordarse que proviene de personas de origen campesino, con escaso nivel académico, que, por naturaleza, son particularmente parcas y, por ende, hacen mayor énfasis en el contexto general, omitiendo detalles sobre hechos que, además, sucedieron hace cuarenta años, en un paraje rural donde la vecindad no es inmediata.

Es así, entonces, como las declaraciones de Víctor José García Gallego, que informó sobre la relación de pareja de Elvia y Ernesto Antonio y el nacimiento del demandante; de Teodoro Rodríguez, en términos similares, al igual que la de Virgelina Gil de Vargas, José Benhur Arias Pulgarín, Roberto Arias Patiño, Gildardo Arias Pérez, Horacio de Jesús Zamudio y Guillermo Puentes Gutiérrez, cumplen con las exigencias procesales pertinentes para dejar demostrada la situación fáctica que respalda la procedencia de la pretensión que se estudia.

En cambio, si el conflicto se observa desde el punto de vista del contradictor, se encuentra que ninguna prueba se vertió en pos de la demostración de las excepciones con las cuales se pretendían enervar las pretensiones, para, en cambio, como ya se dijo,

haberse llegado a la corroboración de los hechos enunciados en el escrito introductorio, con los testimonios que supuestamente hallábanse destinados a contradecirlos.

De otro lado, resulta ajeno a toda lógica, el argumento que la parte demandada esgrime en contra de la pretensión de filiación, y que hace consistir en la ausencia de documento público que acredite la paternidad que, precisamente hasta ahora, se impetra, y con la cual se busca que, una vez decretada, se ordene cumplir con las anotaciones propias de ese nuevo estado civil, que el demandado echa de menos.

En igual medida, la presunta imposibilidad física del presunto padre para mantener relaciones sexuales, no pasó de ser una manifestación del excepcionante carente por entero de prueba dentro del proceso.

En ese orden de ideas, Luis Gonzalo Orozco, quien no fue hijo legítimo del esposo de su madre, tiene, en cambio, la condición de hijo extramatrimonial de Ernesto Antonio Betancourth Arias, por lo cual se abre paso el estudio de la pretensión subsiguiente.

II. REFORMA DEL TESTAMENTO

"Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde -dice el artículo 1274 del C.C.-, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento...".

En ese texto legal, parcialmente transcrito, se observa que las personas legitimadas para incoar la acción de reforma del testamento lo son aquéllas que por ley se reputan herederas del testador y, dentro de tales, las que a pesar de haber sido incluidas dentro de la memoria testamentaria del premuerto, lo que se les asignó lo fue con menoscabo de lo que por ley les correspondía.

No están legitimados para demandar la reforma del testamento aquellos herederos que fueron preteridos en la declaración testamentaria, porque la ley les reconoce una acción directa para reclamar su herencia dentro de la respectiva sucesión cuando ésta aún se encuentra en trámite, o, mediante la acción de petición de herencia cuando el susodicho proceso ya ha concluido. Ello, en atención a lo prescrito en el artículo 1276 *ib*.

Por eso, la jurisprudencia de la Corte sobre el punto tiene dicho que "la ley le atribuye a la preterición de un legitimario el alcance de una institución de heredero y en consecuencia el legitimario preterido no necesita invocar la reforma del testamento para que se le entere lo que le corresponde por concepto de su legítima; le basta probar y hacer valer su calidad de legitimario para que se le reconozcan y respeten los derechos que la ley le confiere en la sucesión del testador que lo ha preterido" (LIV 1989, 39).

Por lo tanto, la reforma del testamento impetrada en este proceso no procede, mas como el hijo extramatrimonial del *de cujus* tiene derecho herencial sobre los bienes relictos dejados por éste, de los que dispuso su difunto padre, se abre paso la acción de petición de herencia.

III. PETICION DE HERENCIA

El patrimonio de Ernesto Antonio Betancourth Arias se conformó, exclusivamente, con el bien inmueble denominado "El Edén", que adquirió por medio de la escritura pública número 1352 del 5 de noviembre de 1952, corrida en la Notaría Primera del Círculo de Armenia.

El causante contrajo matrimonio católico con Griseldina Reyes, el día 1° de febrero de 1961, o sea, que el bien inmueble fue adquirido con anterioridad a tal acto, por lo cual no ingresó al haber social y sobre el mismo carece de derecho a gananciales o a porción conyugal, la cónyuge supérstite.

En ese orden de ideas, dentro de la sucesión testada de Betancourth Arias debía cumplirse con las siguientes pautas:

a) Respetar las asignaciones forzosas "que se suplen.... aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas" (art. 1226 C.C.);

b) Dentro de esas asignaciones forzosas, que imperaban para el presente caso, se encuentran las legítimas y la cuarta de mejoras;

c) La legítima, a su vez, corresponde a "aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios" (art. 1239 *ibidem*);

d) Son legitimarios por su parte, los herederos, y dentro de éstos, en primer grado, "los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial" (art. 1240 *ib.*);

e) En presencia de legitimarios del primer orden, la herencia se divide en cuatro partes: dos de ellas para satisfacer las legítimas rigurosas; una cuarta, para las mejoras; y otra, cuarta parte de la que el testador puede disponer a su arbitrio (art. 1242).

Corresponde así, entonces, al demandante, como legitimario, en su calidad de hijo extramatrimonial de Ernesto Antonio Betancourth, la mitad del acervo hereditario, que conforma la legítima rigurosa, más la cuarta de mejoras, o sea, que en total, al demandante debe asignársele por ley las tres cuartas de la herencia, cuota radicada en el único bien relicto.

La cuarta de libre disposición, se entiende asignada de acuerdo con la voluntad del testador, y por ello le corresponde a su cónyuge sobreviviente a quien se le adjudicará, entonces, una cuota en el dominio del bien inmueble citado, equivalente a una cuarta parte.

Lo expuesto conduce a afirmar que en este caso opera la restitución del porcentaje del inmueble que le fuera asignado en su totalidad a la heredera putativa en el testamento, lo cual implica resolver sobre las prestaciones mutuas pertinentes que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1323 del C. Civil, es un tema regido por las normas reguladoras del punto en la acción reivindicatoria.

PRESTACIONES MUTUAS

La señora Griseldina Reyes, que en virtud de esta decisión debe restituir la porción del inmueble que por ley le corresponde al demandante, debe ser considerada como poseedora de buena fe hasta el momento en que se notificó de la demanda, actuación que ocurrió el 6 de septiembre de 1987 (f. 29, cdno. No. 1º), toda vez que ninguna circunstancia desvirtuó la presunción legal que en esos términos la amparaba.

En esas condiciones, está obligada a restituir los frutos naturales y civiles que hubiese producido el inmueble poseído, "y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder" (art. 964 C.C.), y ello a partir del momento en que recibió notificación del auto admisorio de la demanda.

Para determinar el monto de tal concepto, la Corte, antes de proferir la decisión sustitutiva que ahora se dicta, decretó, de oficio, un dictamen pericial que, debidamente aportado, quedó en firme e ilustra hoy este aspecto, toda vez que para su apreciación no obra reparo alguno, por cuanto en él se encuentran satisfechos los varios elementos que así lo definen, a saber, precisión, calidad en sus fundamentos y competencia de los peritos, entre otros (art. 241 C. de P.C.).

Finalmente, también de oficio, ordenó la Sala la complementación de ese peritazgo para que se avaluaran los gastos ordinarios destinados a que el inmueble produjera los frutos previamente determinados.

Sin embargo, a pesar de contarse con el dictamen en mención, donde se determinó el monto de los gastos que, hipotéticamente, habrían de invertirse en el inmueble para lograr la producción antes cuantificada, la Sala observa que no hay lugar a reconocer valor alguno por tal concepto, por cuanto la norma legal que sustenta tal rubro concreta el reconocimiento únicamente a favor de quien ha demostrado la respectiva inversión.

En efecto, el artículo 964 del C.C., en lo pertinente, establece: "En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios *que ha invertido* en producirlos" (se destaca).

En esas condiciones, y como en el caso *sub lite* no obra prueba alguna que permita servir de soporte al cálculo hecho por los peritos, la poseedora vencida deberá reconocer el porcentaje de los frutos en el monto fijado sin que, paralelamente quepa reconocerle gasto alguno causado en la producción.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el 75% de los frutos causados desde el 6 de septiembre de 1987, hasta el 6 de octubre de 1992, corresponde a un total de cinco millones ciento cuarenta y seis mil quinientos pesos ($5.146.500.00), ese será el monto que la demandada debe cancelar al demandante.

Finalmente, con la presente decisión se revocará, la sentencia proferida por el Juzgado del conocimiento, reproduciendo de la del Tribunal la decisión próspera de la impugnación de la paternidad legítima por estar referido a un aspecto del fallo que quedó por fuera de lo que prosperó en el recurso de casación.

DECISION

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

RESUELVE:

Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia el día primero de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, y, en su lugar, *dispone:*

1. "a. Declárase que Luis Gonzalo Orozco no tiene por padre al señor Artulfo Roda Ospina, cónyuge de la señora Elvia Orozco Laverde".

2. Declarar no probadas las excepciones formuladas por la demandada Griseldina Reyes de Betancourth en frente de la pretensión de filiación extramatrimonial.

3. Declarar que el demandante, es hijo extramatrimonial de Ernesto Antonio Betancourth Arias y como tal, está llamado a sucederle de conformidad con la ley.

4. En consecuencia, declarar que el demandante tiene derecho a una cuota hereditaria igual a las tres cuartas partes de los bienes relictos. Tal derecho se concretará, dentro del correspondiente proceso sucesorio, según reforma a la partición que deberá llevarse a cabo.

5. Condenar a la demandada Griseldina Reyes de Betancourth a pagar, a favor del demandante, el valor correspondiente a los frutos producidos o que hubiera podido producir el inmueble ocupado por la demandada, estimados en cinco millones ciento cuarenta y seis mil quinientos pesos ($5.146.500.00), por el período señalado en la parte motiva. Dicho pago deberá efectuarse dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que profiera el Juzgado.

6. Comuníquese esta sentencia al Notario Unico del Círculo de La Tebaida (Quindío) para que se inscriba en el registro civil de nacimiento del demandante.

7. Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada. Tásense por quien corresponda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

REVISIÓN / QUEJA

Si al recurso de revisión propuesto por la demandante le está asignado legalmente el trámite de única instancia, resulta a todas luces improcedente el recurso de queja que únicamente procede, cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación.

Corte Surpema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

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

Referencia: Expediente número 4686.

Decide la Corte el recurso de queja presentado por la señora Carmen Sarmiento de Arrieta, dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión que ésta propuso ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala de Familia.

ANTECEDENTES

1. La señora Carmen Sarmiento de Arrieta presentó demanda contentiva del recurso extraordinario de revisión, ante el Tribunal mencionado, contra la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Sabanalarga, mediante la cual se puso fin al proceso de alimentos que ella misma había instaurado contra el señor Manuel Arrieta Lambraño.

2. En principio, el Tribunal le dio trámite a la referida demanda, pero, después, mediante auto dictado el pasado 29 de julio, declaró ilegales tanto la providencia admisoria del recurso de revisión como las actuaciones subsiguientes, por considerar que en este caso no cabe el recurso extraordinario y, en consecuencia, dispuso el rechazo de éste.

3. Posteriormente, el apoderado de la demandante en revisión, sin interponer tempestivamente ningún recurso, pidió al Tribunal a su vez, que declarase la ilegalidad del auto citado, petición que le fue denegada mediante auto proferido el 17 de agosto de 1993, contra el cual interpuso el recurso de apelación.

4. La apelación no le fue concedida porque contra el auto impugnado no procede tal recurso, a términos del artículo 351 del C. de P.C., según reza el auto dictado por el Tribunal el pasado 26 de agosto.

5. Contra el auto denegatorio de la alzada, la demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, solicitó la expedición de copias con el fin de recurrir en queja. Dicha reposición resultó infructuosa.

6. Expedidas las copias se presentó a la Corte el escrito contentivo del recurso de queja. En la fundamentación del mismo, atinente a los aspectos relacionados con la legalidad del recurso de revisión, la demandante impetra la revocatoria del auto dictado por el Tribunal en el que no accede a decretar la ilegalidad "del auto de fecha julio 29 de 1993, por lo que impugnó el auto de fecha agosto 17 de 1993; disponiendo en consecuencia que el *ad quem* sí está facultado para reconocer del recurso de revisión".

7. Tramitado el recurso de queja, procede la Corte a decidir lo que sea del caso y con tal fin,

CONSIDERA

1. El recurso de queja, en lo pertinente al caso bajo estudio, únicamente procede "*cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación*" (art. 377 del Código de Procedimiento Civil); su finalidad no puede ser otra que la de combatir la providencia denegatoria del recurso de alzada, y por ende, es inadmisible solicitar en queja la revocatoria del auto supuestamente apelado, dado que el examen de éste ante el respectivo superior sólo es posible cuando procede y se tramita el recurso de alzada.

2. Se rememora lo anterior porque se observa al rompe, en este caso, que por la improcedencia y por la finalidad perseguida por el recurrente, el recurso de queja no puede tener éxito.

En efecto, no es procedente el recurso de queja por cuanto el auto frente al cual se interpuso el recurso de apelación -no concedido por el Tribunal- fue dictado en el trámite del recurso extraordinario de revisión, el que, además de tener un perfil propio que lo distingue de los procesos que en particular regula el ordenamiento procesal, corresponde a un procedimiento de *única instancia*, según expresa claramente el artículo 26-2° del C. de Procedimiento Civil que le atribuye competencia al Tribunal para conocer de ese modo el recurso de revisión que sea dirigido, como en este caso, contra sentencias dictadas por los jueces del circuito. O sea, que *si al recurso de revisión propuesto por la demandante le está asignado legalmente el trámite de única instancia, resulta a todas luces improcedente el recurso de queja que únicamente procede, como se dijo, "cuando el juez de* primera instancia *deniegue el recurso de apelación*".

Y tampoco el recurso de queja fue dirigido y sustentado en armonía con la finalidad que le es propia, apuntada antes, puesto que el recurrente en vez de combatir ante la Corte la providencia denegatoria del recurso de apelación, decidió enfilar la queja directamente contra el auto mismo respecto del cual interpuso el recurso de alzada.

3. Las razones anteriores son suficientes para que la Corte rechace, por improcedente, el recurso de queja propuesto.

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

RESUELVE:

Rechazar, por improcedente, el recurso de queja interpuesto por la señora Carmen Sarmiento de Arrieta del que da cuenta la parte motiva del presente auto.

Notifíquese.

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

CASACIÓN - Procedencia / PARTICIÓN SUCESORAL

La decisión de un recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición herencial está jurisdiccionalmente circunscrita a las cuestiones propuestas como objeción a la cuenta de la partición y que ante la Corte no es posible presentar nuevos reparos o aspectos no considerados ni propuestos en el incidente correspondiente. /En casación sólo son viables los errores *in procedendo*, si la partición ha sido tachada u objetada, y sobre tales puntos no se ha decidido en la sentencia, o se provee sobre más de lo pedido, o también por fuera de lo suplicado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

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

Referencia: Expediente número 3891

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandado Alejandro Sánchez contra la sentencia de 29 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso divisorio adelantado por Vicente y Gentil Lozano Bárcenas contra el recurrente y Ernestina Zambrano de Ibatá.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación, solicitaron los mencionados demandantes que con audiencia de los referidos demandados, se decretase la "División material de los bienes inmuebles especificados por su denominación, extensión, ubicación y linderos en el hecho 4º de la demanda".

II. Los demandantes apoyaron sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) Mediante escritura pública de 16 de julio de 1985, de la Notaría del Círculo de Natagaima, se protocolizó el proceso sucesorio de la causante Martina Serrano viuda de Serrano, el que a su vez es contentivo de la partición de los bienes relictos, consistentes en una finca denominada "El Plato o Guayabal" y en una casa, partición que se registró en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Purificación;

b) En la partición *ad valorem* que se hizo, "se formaron las hijuelas correspondientes a los herederos reconocidos, así: a Alejandro Sánchez Guarnizo, como cesionario de su hermano José Tirso Sánchez Guarnizo, por valor de $47.303.19; al primero de los suscritos, José Vicente Lozano Bárcenas, como cesionario de Esteban Guarnizo Serrano y Ricardo Guarnizo Serrano, descontando lo que éstos se reservaron en el predio denominado 'Las Bóvedas', por valor de $362.425.56; a Ernestina Zambrano de Ibatá, como cesionaria de Alejandro Sánchez Guarnizo y Venancia Sánchez Guarnizo de Feria, descontando el derecho que los vendedores se reservaron en el predio 'Las Bóvedas', por valor de $90.606.38; al segundo de los suscritos, Gentil Lozano Bárcenas, como cesionario de Saturnino Sánchez Guarnizo, descontando el derecho que éste se reservó en el predio 'Las Bóvedas', por valor de $45.303.19; y a los herederos Ricardo Guarnizo Serrano y Esteban Guarnizo Serrano, el valor de $4.000.00 a cada uno, correspondiente al derecho que se reservaron en el predio 'Las Bóvedas'";

c) Los inmuebles adjudicados a los asignatarios en común y proindiviso, en sus respectivas cuotas, sobre los cuales versa la pretensión de partición material, son los siguientes:

"a) Una casa de habitación de construcción de bahareque, constante de nueve piezas y cocina con sus correspondientes puerta y ventanas de madera, corredor interior, letrina de hoyo, y encerrada con cercos de guadua, la cual se encuentra comprendida dentro de los siguientes colindancias actuales: 'Por el Norte, con casa y solar de Isidro Lavao; por el Sur, con Calle 9ª; y por el Occidente, con la Carrera Cuarta (4ª)'. Dicha construcción levantada sobre terrenos propios de la causante por compra hecha al Municipio de Natagaima, está distinguida con los números 8-83, 8-91 y 8-99 de la Carrera 4ª de la actual nomenclatura municipal y hace esquina con la Calle Novena (9ª)'. Este inmueble lo adquirió la causante Martina Serrano viuda de Serrano, por adjudicación que de él se le hizo dentro del Juicio de Sucesión de su esposo Rufino Serrano S., que fue protocolizado por medio de la Escritura pública número 265 pasada en la Notaría de Natagaima, el día 27 de octubre de 1966, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Purificación registrada en el Libro 1ª, Tomo II, par, páginas 448 a 455 bajo partida número 398.

"Este bien, está adjudicado en sus respectivas cuotas partes, sobre un avalúo de $10.500.00, así a Alejandro Sánchez Guarnizo, en el literal c) de su hijuela, un valor de $875.00; a José Vicente Lozano Bárcenas, en el literal a) de su hijuela, un valor de $7.000.00; a Ernestina Zambrano de Ibatá, en el literal a) de su hijuela, un valor de $1.750.00; y a Gentil Lozano Bárcenas, en el literal a) de su hijuela, un valor de $875.00.

"b) Una finca rural denominada 'El Plato, San Pedro o Guayabal', que en el Registro Catastral figura con el nombre de 'El Retiro', ubicada en la fracción Yacó, de la jurisdicción municipal de Natagaima, constante de una extensión de ciento ochenta hectáreas (180) Hs aproximadamente, en tierras de primera, tercera y cuarta clase, la cual se encuentra circundada por cercas de alambre de púas sobre postes vivos y muertos, de estantillos redondos y aserrados en regular estado, y dividida toda la finca en dos secciones por la línea del Ferrocarril Tolima-Huila, que la atraviesa de Norte a

Sur, y comprendida en conjunto dentro de las siguientes colindancias actuales: 'Por el Norte, pero en línea irregular siguiendo los cercos de piedra inmemoriales, con predios de la Sucesión que fue de Cenón Peralta Suárez, hoy de propiedad de Cenón Peralta Rodríguez, y con Jacinto Serrano hasta llegar al río Magdalena; por el Oriente, con las aguas mayores del río Magdalena y envolviendo un predio de la Sucesión de Adela Perdomo de Engoma que crea solución de continuidad entre parte del predio que se determina y el río Magdalena a dar a la colindancia Norte antes señalada; por el Sur, igualmente en línea irregular, con predios de Prudencio Guependo, Sucesión de Raimundo Oyola, luego sucesión de los Verú, Adela Perdomo de Engoma (Sucesión), sucesión que fue de Cenón Peralta Suárez (hoy de los Oyola), Guillermo Trujillo y finalmente Cenón Vera, a partir de las aguas mayores del río Magdalena y llegar a la colindancia Occidental; y por el Occidente, con predios de Joaquín y Cenón Vera'. El globo total de la finca anteriormente delimitada presenta las siguientes características especiales: a) En la parte Norte, y hacia el Oriente, con la colindancia del río Magdalena, se encuentra una Isla de unas seis (6) hectáreas (6Hs) de extensión que pertenece a la misma finca, cultivada en parte de plátano y el resto con pastos de vega y rastrojos, y un poco más hacia el Occidente, otra parte aluvional con pastos de vega, la cual está separada por un brazuelo o cauce del río Magdalena de una faja de terreno firme, todo lo cual está actualmente ocupado por el señor Roque Oyola, a quien se le dejó en calidad de secuestre simbólico, según manifestación de los interesados. b) En la parte Sur, y hacia la colindancia Oriental con el río Magdalena se encuentra encerrado con alambre de púas un potrero apto para la ganadería, constante de unas veinticinco (25) hectáreas de extensión de terreno de loma en su mayoría cultivado de pasto leatino o sabana, rastrojos, montes y algo de pasto indio. c) El resto del terreno de la finca delimitada, es plano y arable y se encuentra cultivado de maíz sorgo y blanco, a excepción de seis hectáreas de loma que en él se encuentran. Se aclara igualmente que en tales terrenos, el señor José Concepción Vera tiene ocupadas como ocho hectáreas en calidad también de secuestre simbólico, y unas veinte hectáreas ocupadas por Miguel Angel Bautista por cuenta de otro juicio sucesorio, el de Petronila Serrano Vera, según manifestación de los interrogados. La finca referida fue adquirida por la causante Martina Serrano viuda de Serrano, por adjudicación que de ella se le hizo dentro del juicio de sucesión de su esposo Rufino Serrano S., el cual fue protocolizado por medio de la Escritura número 265 de la Notaría de Natagaima, el día 27 de octubre de 1966 y registrada la partición y su sentencia aprobatoria el 1º de octubre de 1966, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Purificación, en el Libro 1º, Tomo II, Par, Págs. 488 a 455, bajo la partida número 398.

"Este bien, está adjudicado en sus respectivas cuotas partes, sobre un avalún de $532.000.00, así: a Alejandro Sánchez Guarnizo, un derecho de $43.289.85, en el literal d) de su hijuela; a José Vicente Lozano Bárcenas un derecho por $88.856.38, en e l literal b) de su hijuela; y a Gentil Lozano Bárcenas, un derecho igual a $44.428.19, en el literal b) de su hijuela";

d) Los bienes indivisos, antes descritos, vienen siendo explotados por los demandados en forma inequitativa y desproporcionada con relación a sus derechos cuotativos, por lo que a los demandantes no les conviene continuar con la indivisión, y por demás, no están obligados a permanecer en dicho estado.

III. Los demandados contestaron oportunamente aceptando todos los hechos de la demanda, salvo el quinto, respecto del cual expresan que explotan el bien raíz rural en proporción a sus derechos, por lo que culminan no oponiéndose a la división de la finca "El Plato o Guayabal", y observando que el otro inmueble no es susceptible de división material. Añaden que han plantado mejoras en la mencionada finca, que les deben ser reconocidas.

IV. Por providencia de 20 de septiembre de 1986, el Juzgado decretó la división material de los dos bienes raíces, en la forma pedida, ordenó el avalúo de los predios, dispuso que los gastos comunes serán de cargo de los comuneros en proporción a sus derechos y autorizó el ejercicio del derecho de retención, para el caso en que se den las circunstancias del inciso tercero del artículo 472 del C. de P.C.

V. Nombrado partidor, éste presentó el correspondiente acto partitivo, contrando su labor exclusivamente al predio denominado "El Plato, San Pedro o Guayabal", distribuyéndolo entre los cuatro comuneros, en la forma que se indica en las hijuelas, manifestando además que el inmueble relativo a la casa de habitación no permite división material, por lo que queda para ser vendida o rematada.

VI. Mediante auto de 27 de noviembre de 1987, el Juzgado dispuso dar traslado a las partes del trabajo de partición, que fue objetado por los demandados, los que concretaron sus reparos en los términos siguientes:

"1. Se solicitó por parte de los demandantes en su libelo divisorio, la división material del predio rural denominado 'El Plato, San Pedro y Guayabal' identificado por los linderos y especificaciones que se determinan en el ordinario b) del numeral 4º de los hechos, los cuales concuerdan en un todo con los linderos determinados en la Escritura número 196 de julio 16 de 1985 de la Notaría de Natagaima por la cual se formó la comunidad que se pretende dividir. En las especificaciones o observaciones mencionadas en la demanda, se dice en el subordinal a): 'En la parte norte, y hacia el oriente, con la colindancia del río Magdalena, se encuentra una isla de unas seis (6) hectáreas (6Hs) de extensión que pertenece a la misma finca...'. Más adelante se anota: 'Se aclara igualmente que en tales terrenos, el señor José Concepción Vera tiene ocupadas como ocho hectáreas en calidad también de secuestre simbólico, y unas veinte hectáreas ocupadas por Miguel Angel Bautista por cuenta de otro juicio sucesorio, el de Petronila Serrano Vera, según manifestación de los interesados'.

"Ni en el trabajo de partición ni en el plano anexo se menciona nada referente a estos tres lotes de seis hectáreas, ocho hectáreas y veinte hectáreas que forman parte del predio que se divide, El Plato, San Pedro o Guayabal, no se mencionan en la partición ni en el plano, por la simple razón de que el Topógrafo o Medidor se negó a medirlos, alegando que los señores Lozano Bárcenas lo habían ordenado verbalmente que se abstuviera de medirlos. Visible es el error del Sr. Partidor al omitir sin explicación alguna, la adición e integración de estos tres lotes de seis, ocho y veinte hectáreas, que forman parte del predio El Plato o Guayabal, puesto que en la demanda se dice claramente que estos tres lotes forman parte de dicho predio, sino también porque en la Escritura número 196 anexa a la demanda se mencionan estos tres lotes como integrantes del predio que se divide.

"2. Se encuentra en el numeral 5º del art. 1394 del C.C. que 'en la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce'. Como puede verse del trabajo de partición y del plano anexo, nada se menciona en ellos sobre las servidumbres de tránsito, agua, etc., que debieron quedar establecidas en la partición ya que es exigencia perentoria de esta disposición legal. Y en el proceso divisorio obra el dictamen pericial en que se menciona la existencia de una servidumbre de tránsito de propiedad de uno de los comuneros, y que se estableció precisamente para beneficio del predio indiviso. Esta servidumbre de tránsito que une al predio con la troncal de Neiva Natagaima, debió quedar plenamente establecida para todos los predios o lotes en que se dividió el bien comunero, pues es una servidumbre social que le pertenece a la comunidad proindivisa, así sea de propiedad de uno de los comuneros.

"3. Igualmente el citado artículo 1394, en su numeral 7ª estatuye, en complemento con el siguiente numeral, que en la adjudicación a los consignatarios se debe guardar la posible igualdad de la naturaleza y calidad de lo que se adjudica a cada uno. Es decir, y aplicando esta regla al caso controvertido, si a un comunero le corresponde un 20%, debe adjudicarse este porcentaje en igual proporción en tierra de 1ª y tierra de 3ª, y no de manera deshonesta y parcial como se adjudicó las cuotas de los demandantes Lozano: a José Vicente Lozano se dice que se le adjudican 94 ht. de primera y 5 de tercera, cuando la realidad es que las casi 100 hectáreas son totalmente de primera. Igual sucede con la adjudicación de Gentil Lozano: todas sus 12 hectáreas adjudicadas son tierras de primera clase. Y muy contraria y deshonesta la adjudicación que se le hizo al comunero Alejandro Sánchez: se le adjudican 22 hectáreas totalmente de lomas calizada y piedra, que sólo serviría, y de manera deficiente, para ganadería, y ni una hectárea para cultivar, que es la profesión del comunero Sánchez.

"Es indudable que en la adjudicación de los lotes a los comuneros, o mejor la formación de ellas, no se tuvo en cuenta las normas de equidad citadas en los numerales 7º y 8º del ya mencionado artículo 1394, y por el contrario, es ostensible la parcialidad y malicia con que se formaron y adjudicaron las cuotas divididas por parte del Topógrafo o Partidor.

"4. Quedó debidamente establecido en el proceso relacionado, la existencia de valiosas mejoras en el predio El Plato, San Pedro o Guayabal objeto de la división, tanto en su calidad como en su valor. Y el señor Partidor determinó igualmente la proporción porcentual en que ejecutó la partición material del predio. Estos elementos mencionados son los que necesitaba el Partidor para determinar igualmente la proporción en que debía sufragar cada comunero las mejoras establecidas en el predio que se repartía. No lo hizo o no lo quiso hacer ni el Topógrafo (porque no le correspondía) ni el Partidor (que sí le correspondía). Era obligación del Partidor no sólo formar con equidad e imparcialidad los lotes que a cada uno se iba a adjudicar, sino establecer las servidumbres con que cada uno de ellos quedaba afectado, y además necesariamente en qué proporción era acreedor o deudor cada comunero en las mejoras sociales, o sea aquéllas que beneficiaban el bien común, como el carreteable que le servía a todo el predio El Plato o Guayabal para comunicarse con el camino principal al poblado.

"En consecuencia, solicito a usted se sirva ordenar al señor Partidor, doctor Jaime Salazar Palacios que rehaga el trabajo de partición y adjudicación del predio El Plato,

San Pedro o Guayabal, de acuerdo con las observaciones u acotaciones legales mencionadas".

VII. Impulsado el incidente de objeción, el Juzgado lo desató por sentencia de 28 de febrero de 1989, en la que se declaró no probadas las objeciones propuestas por los demandados, y consecuencialmente, se aprobó la partición y se tomaron las demás medidas consecuenciales.

VIII. Inconforme la parte demandada con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado por providencia de 27 de julio de 1989, por la cual se revocó la del *a quo* y se dispuso que el partidor rehiciera la partición, modificándola "en el sentido y en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia", o sea, que "es preciso gravar con servidumbre de tránsito el lote número tres (3) como sirviente del lote número cuatro".

IX. Ante la decisión precedente, el partidor procedió a rehacer la partición en los términos indicados por el *ad quem*, o sea, gravando el predio número cuatro (4) con servidumbre de tránsito en favor del predio número tres (3), servidumbre que "irá paralela a la zona del ferrocarril".

X. Luego el Juzgado, por sentencia de 20 de febrero de 1991, por encontrar el anterior trabajo partitivo "ajustado a derecho", procedió a aprobarlo y a ordenar su registro junto con el fallo aprobatorio, así como la protocolización del expediente. Contra esta sentencia, el demandado Alejandro Sánchez Guarnizo interpuso el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 29 de julio de 1991, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que el referido demandado, contra lo así decidido, interpuso el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, una vez que refiere los antecedentes del litigio, sienta las reflexiones fundamentales siguientes:

a) Que del trabajo de partición se dio traslado a las partes, el que fue objetado por los demandados, pero sin que la objeción "versara sobre la negativa del auxiliar de la justicia en partir materialmente la casa". La objeción fue resuelta en contra de la parte demandada, por lo que interpuso apelación contra lo así decidido, y aconteció que el Tribunal revocó la providencia recurrida y "ordenó rehacer el trabajo de partición, en el sentido de imponerle servidumbre de tránsito al lote número 3 como sirviente del lote número 4";

b) Como partidor, al rehacer el trabajo partitivo, cumplió con la orden impartida, el *a quo* resolvió aprobar el trabajo;

c) Que según lo que dispone el numeral 6° del artículo 611 del C. de P.C., aplicable en el caso por mandato del numeral 5° del artículo 471 *ibidem*, se tiene que para aprobar el acto partitivo después de que se ha ordenado rehacer, sólo se requiere con verificar si el partidor cumplió con lo ordenado en el auto que ordena rehacerlo, de lo cual se colige que la inconformidad del recurrente "debe estar igualmente ligado a ello; y como esto no ocurre en el caso de autos, pues la apelación tiene como fundamento la configuración

de una supuesta nulidad procesal, deberá sostenerse el proveído por medio del cual se aprueba el trabajo de partición";

d) A pesar de que la parte recurrente no señala la causal de nulidad, según los hechos narrados todo indica que es la contenida en el numeral 4º del artículo 140 del C. de P.C., o sea cuando a la demanda se le imprime un trámite diferente al que le corresponde, lo cual no se da en este litigio. El Tribunal culmina expresando que algunas informalidades no se pueden subsanar en esta oportunidad.

LA IMPUGNACION

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los dos primeros dentro del ámbito de la causal primera de casación, y el restante por la causal segunda, los cuales serán despachados conjuntamente, por la conexidad de sus planteamientos.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 669, 740, 745, 747, 746, 749, 759 y 761 del C.C.; 43 y 44 del Decreto número 1250 de 1960; 256, 265, 467, 471 y 697 del C. de P.C., cometidos por el Tribunal, a consecuencia de errores de derecho.

El cargo lo desarrolla sobre los siguientes doce asertos que se transcriben:

"1. La herencia es una cosa universal. Es pues, una masa de bienes integrada por unos derechos patrimoniales.

"2. En una sucesión puede haber uno o varios herederos.

"3. Cuando existen varios herederos, necesariamente surge una comunidad hereditaria, que comienza el día de la apertura de la sucesión y finaliza cuando se hace la partición o adjudicación.

"4. Esa comunidad, a su vez, puede estar conformada por una cosa universal o singular.

"5. A primera vista podría pensarse que la comunidad hereditaria es igual o semejante a la copropiedad hereditaria, empero, existe una diferencia; mientras ésta surge cuando el derecho de cada uno de los herederos se alinea en una cosa singular, en ésta; aquélla se tipifica cuando los derechos hereditarios recaen sobre toda la masa de bienes que constituye la herencia.

"6. Ahora bien, si se aplican los anteriores principios en el presente caso se verá, sin ningún esfuerzo, que se trata de un juicio divisorio, que se funda en derechos de naturaleza jurídica distinta de los de la sucesión.

"Por ello, resulta inexplicable que los demandantes hubiesen iniciado un juicio divisorio -que entraña copropiedad cuando su condición es la de herederos de una masa patrimonial dejada por la sucesión de los señores Martina Serrano y Rufino Serrano.

"Condición que no aparece acreditada en este proceso, pues no se exhiben las pruebas pertinentes de haberse iniciado, realizado y finalizado el juicio de sucesión y hecho la partición de los derechos adquiridos por el señor Rufino Serrano sobre cuerpos ciertos.

"7. Tampoco está acreditado en el juicio la copropiedad del inmueble rural, cuya división se impetra en la demanda. Este, según se desprende de algunos documentos

aportados en el juicio, por múltiples compras de derechos hereditarios sobre lotes de terreno englobados irregularmente por quienes carecían del carácter de copropietarios.

"En efecto, basta examinar las hijuelas de los sedicentes comuneros para percatarse de que no existe la tradición. Allí se dice que la sucesión de Martina Serrano de Serrano adquirió sus bienes por adjudicación que se le hiciera en la sucesión de Rufino Serrano, protocolizado en la Notaría de Natagaima el 27 de octubre de 1966, bajo la Escritura pública número 765 (poner el folio en que aparece).

"8. De otra parte, los demandantes no han acreditado el título de propiedad sobre el inmueble rural cuya división pretenden en el presente juicio.

"En efecto, la única prueba aducida son hijuelas de adjudicación de derechos hereditarios, que constituyen una comunidad hereditaria, que, como se ha dicho precedentemente, solamente finalizaría cuando se hicieran cada uno de los juicios a que se contrae la venta de aquéllos.

"De esta manera el sentenciador de segundo grado quebrantó el artículo 669 del Código Civil, que define, con absoluta nitidez el derecho de propiedad.

9. "Del propio modo se infringieron los artículos 740, 745, 747, 749, 759 y 761, que regulan todo lo concerniente a la tradición como forma de adquirir el dominio de las cosas, etc. Le hubiera bastado al Tribunal haber leído el tenor literal de las normas citadas, que no consultado su espíritu, para deducir, sin ningún esfuerzo, que no estaba frente a unas personas que no habían exhibido en el proceso, en forma fehaciente, la condición de propietarios del inmueble rural de que cuya partición material perseguían con esta demanda.

"10. Así las cosas, si no se dio la tradición porque no hubo título traslaticio de dominio.

"11. Ahora bien, si no se dio la tradición, mal podía tramitarse el juicio divisorio sobre el inmueble rural referido.

"12. En consecuencia, el error de derecho a que se refiere la acusación consistió, entonces en haberle dado valor probatorio de título idóneo de propiedad de a as hijuelas de la sucesión de la señora Martina..., sin que lo tuvieran, tal como se desprende del artículo 740 del Código Civil, y artículos subsiguientes citados en el cargo".

Cargo segundo

Por éste acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 669, 740, 745, 746, 747, 749, 259 y 761 del C.C.; 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970; y 265, 467, 471 y 607 del C. de P.C., a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

En lo pertinente de la acusación, expresa la censura:

"La copropiedad no aparece demostrada en el proceso para decretar la división del inmueble rural. El inmueble en su totalidad se formó por múltiples compras de derechos hereditarios vinculados a varios lotes que fueron englobados irregularmente por quienes no tenían el carácter de propietarios de los mismos.

"Al revisarse las hijuelas de los llamados comuneros, se aprecia que la tradición de los derechos adjudicados, es incompleta. Efectivamente se limita a decir que la señora Martina Serrano de Serrano, adquirió el inmueble por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión del señor Rufino Serrano, protocolizado por Escritura pública número 765 de 27 de octubre de 1966, de la Notaría de Natagaima.

"Pero mirando el certificado de tradición queda plenamente demostrado que se trata de ventas de derechos hereditarios cuyas sucesiones no habían sido liquidadas, por eso aparecen registradas esas ventas en la columna de falsa tradición.

"El señor Juez del Circuito de Purificación ha debido solicitar la totalidad de los números de matrículas inmobiliarias para tener la certeza de que las partes que intervenían en el juicio divisorio eran comuneros. A simple vista, de bulto, de modo manifiesto, claro, evidente, ostensible, protuberante, sin ningún esfuerzo intelectual, con la sola lectura del número de matrícula inmobiliaria 3680003396, correspondiente al inmueble 'El Plato o Guayabal', se llega a la certeza de que se trata de muchos inmuebles y de muchas ventas de derechos hereditarios cuyas sucesiones no han sido liquidadas. No es un cuerpo materia de división el predio 'El Plato o Guayabal', ni quienes tienen derechos hereditarios en él sean comuneros. Las escrituras presentadas para la partición no acreditan la calidad de dueños con las cuales se presentaron al proceso los actores. Por el modo de la tradición, cuando se trata del dominio o de cualquier otro derecho real, este inscribiendo el título escriturario respectivo en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, al patrimonio del comprador no entran por virtud de este negocio sino los derechos de los cuales el vendedor era titular, pues 'si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada' (art. 752 del C.C.).

"Se deduce que el sentenciador incurrió en el error de hecho al darle a los precitados instrumentos notariales, complementados por el certificado del registrador de instrumentos públicos del Círculo de Purificación el valor de plena prueba de dominio en los demandantes, quebrantándose indirectamente por aplicación indebida los preceptos sustanciales señalados antes.

"Cuando existen varios herederos necesariamente se forma una comunidad hereditaria o indivisión entre el día de la apertura de la sucesión y el día en que termina por la partición o la adjudicación.

"La comunidad puede servir de una cosa universal o singular (art. 2322 C.C.). La herencia es considerada como una cosa universal. En otros términos la herencia es un patrimonio, o sea conjunto de derechos patrimoniales (art. 2344).

"Si el patrimonio universal pertenece a varios herederos, forzosamente se forma la comunidad hereditaria. 'Esta comunidad guarda cierta analogía con la copropiedad, el derecho de cada heredero recae directamente sobre una cosa singular o cuerpo cierto, en la comunidad hereditaria, en cambio, el derecho de cada coheredero recae sobre el patrimonio herencial, y no sobre las cosas singulares que la forman'.

"Las partes en el juicio divisorio no son copropietarios, porque no tienen derechos sobre una cosa singular, son coherederos sobre el patrimonio herencial de la señora

Martina Serrano y Rufino Serrano, patrimonio que consiste en derechos hereditarios sobre cuerpo cierto. Vale decir, sucesiones ilíquidas. No aparece la prueba de haberse levantado los juicios de sucesión de los derechos adquiridos por el señor Rufino Serrano sobre cuerpos ciertos. Y menos que se hubiese hecho la partición, 'que es un negocio jurídico de enajenación a semejanza de lo que sucede con la tradición. En efecto, mediante la partición cada heredero cambia sus derechos hereditarios universales sobre la masa herencial por derechos singulares que recaen sobre determinados efectos hereditarios'.

"Se ha violado el artículo 669 del Código Civil que define lo que se entiende por propiedad, derecho real en una cosa -inexistente en cada una de las partes que intervienen en el juicio- porque ninguna de ellas puede demostrar el título de propiedad. Solamente han presentado unas hijuelas de adjudicación de derechos hereditarios, formándose así una comunidad hereditaria, que terminaría cuando se hicieran cada uno de los juicios a que se refiere la venta de los derechos hereditarios. Al aceptarse esta hijuela como título se viola el susodicho artículo. El hecho acreditado por las pruebas hijuelas de sucesión de la señora Martina Serrano y del número de matrícula inmobiliaria número 3680003396, es la adjudicación de unos derechos hereditarios adquiridos por la causante Serrano en la sucesión de su esposo señor Serrano, y por éste por compras que hizo durante muchos lustros, 'cuando no da por acreditado un hecho, a pesar de existir en el proceso la prueba idónea de él o cuando da por demostrado hechos que no aparecen del medio de prueba' 'se ha cometido un error de hecho por violación de una norma probatoria'.

"No dio por acreditado la inexistencia del título de propiedad de los demandantes y sí aceptó como título de propiedad las hijuelas en donde sólo aparecen la adjudicación de derechos hereditarios. Es decir, esta violación se presenta 'cuando el fallador tiene por probado el dominio de un bien inmueble sin que materialmente exista en los autos la escritura que lo demuestre'".

Cargo tercero

Por este último cargo se acusa la sentencia del *ad quem* de incongruente, al no haber ordenado la división del bien raíz urbano, mediante la venta en pública subasta cotejar lo decidido por el Tribunal, que se concretó a la división material del predio rural "El Plato, San Pedro o Guayabal", ignorando el predio urbano, dándose luego el recurrente a la tarea de citar un tratadista y de precisar los alcances de varias normas del Código de Procedimiento Civil.

SE CONSIDERA

1. *Lo primero que advierte la Corte es el hecho consistente en que el recurrente, al formular sus objeciones al trabajo partitivo, no se dolió de que éste no comprendiera la división del bien raíz urbano, como bien lo pone de presente el sentenciador de segundo grado, que lo llevó a afirmar que quedando por fuera de la tacha u objeción, no le competía decidir sobre dicho punto, en razón de lo dispuesto por el artículo 471 del C. de P.C., en armonía con el artículo 611* ibidem.

2. *Ciertamente la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que en casación no puede oírse y menos prosperar objeciones a la participación que no fueron propuestas*

oportunamente, pues desde hace bastante tiempo viene afirmando que "bien es sabido que la decisión de un recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición hereneial está jurisdiccionalmente circunscrita a las cuestiones propuestas como objeción a la cuenta de la partición y que ante la Corte no es posible presentar nuevos reparos o aspectos no considerados ni propuestos en el incidente correspondiente" (Cas. Civ. de 28 de abril de 1938, XLVI, pág. 322).

3. *En pos del criterio doctrinal precedente, la Corte luego reiteró que en casación sólo son viables los errores* in procedendo, *si la partición ha sido tachada u objetada, y sobre tales puntos no se ha decidido en la sentencia, o se provee sobre más de lo pedido, o también por fuera de lo suplicado.*

En efecto, en providencia de 5 de julio de 1962, afirmó la Corte, lo siguiente:

Teniendo el recurso de casación por finalidad primaria, la de unificar la jurisprudencia nacional, y secundariamente la de enmendar los agravios inferidos a las partes, ello tenía que conducir al legislador, a no legitimar el recurso sino frente a las sentencias en que los Tribunales de segunda instancia se hubiesen pronunciado acerca de las cuestiones contenciosas, es decir, controvertidas por las partes. Tal el sentido de la catalogación... de las especies de fallos susceptibles de este recurso extraordinario. Y es sobre tal supuesto, como se concibe, que puedan entrar en función los motivos en cuya virtud procede el recurso: por lo cual, aunque varios de tales motivos se refieran a errores in procedendo *en que haya incurrido el sentenciador, ello siempre supone la presencia de la cuestión contenciosa acerca de la cual haya él impartido una decisión.* Y más adelante, añade la Corte: *También la doctrina... tiene sentado que, aunque se haya promovido el incidente de objeciones a una partición, el recurso de casación que luego sobrevenga no es medio apto para ventilar objeciones distintas de las que en la instancia fueron propuestas (T. XCIX, págs. 108 y 109).*

4. Como dentro del marco de las objeciones a la partición, la parte recurrente no propuso como tachas los reparos que formula en el recurso de casación, fácilmente se concluye, por lo antes dicho, que los cargos no se abren paso.

RESOLUCION:

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 proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

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

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

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

Revisión / Maniobra Fraudulenta

El recurso de revisión mira certeramente a la entronización de la garantía de la justicia, o al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada material. / La causal exige la concurrencia de dos presupuestos que determinan su eficacia: 1. que haya existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso; 2. que la colusión o el fraude hayan causado perjuicios al recurrente. Concepto de la expresión "maniobra fraudulenta", "engaño" y "fraude".

Nulidad en la Sentencia

Fundado el recurso extraordinario en esta causal -nulidad originada en la sentencia-, su finalidad no tiende a que se revise la actuación procesal en que se profirió el fallo objeto de revisión, sino que, como causal *sui generis*, su proposición exige el examen de la sentencia en orden a determinar si ella en sí adolece de nulidad.

Sentencia - Aclaración

Aunque el Tribunal pecara por imprecisión, o tal vez por motivación insuficiente, o en oscuridades, podría haber sido objeto de aclaración el fallo, facultad que la parte ahora recurrente no ejercitó y que el *ad quem* no hizo.

Sentencia / Congruencia

La falta de congruencia del fallo no es causa de nulidad de la misma, como que tal efecto genera otro resultado mas no la invalidez del pronunciamiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

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

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión propuesto por la sociedad Unión Financiera S. A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas, Morssa Continental, en liquidación, contra la sentencia del 22 de febrero de 1990 pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de

Bogotá, en el proceso ejecutivo singular instaurado por la sociedad aquí recurrente, frente a la sociedad comercial "Roberto Collins y Cía. Limitada".

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda ejecutiva, la sociedad recurrente mencionada, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la sociedad comercial *"Roberto Collins y Cía. Limitada"* en orden a obtener el recaudo coercitivo de $12.108.760.00, más intereses desde que la obligación se hizo exigible -20 de marzo de 1986- hasta la solución o pago, siendo base de la ejecución el pagaré número 2275 COD 817 (fls. 5, 5v. y 8 a 10, c. 1 Juzgado).

2. El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá a quien correspondió el conocimiento, por auto del 24 de abril de 1987 libró mandamiento de pago en contra de la sociedad demandada y ordenó la notificación (fl. 11).

3. Las diligencias para la notificación personal del representante legal de la sociedad demandada fueron infructuosas (fls. 12, 12v., 21v.). El apoderado judicial de la sociedad ejecutante solicitó entonces, el emplazamiento de la demandada de conformidad con el artículo 320 del C. de P. C., y así lo dispuso el juzgado (fls. 12 a 13v.).

4. En escrito que aparece presentado el 2 de diciembre de 1987, el representante legal de la sociedad ejecutada confiere "poder especial" a abogado "con el objeto de que lleve la representación de la sociedad demandada dentro del proceso de ejecución de la referencia". Concedió facultades, entre otras, la de "notificarse del mandamiento de pago que se haya dictado" (fl. 22).

La secretaría del juzgado dice que "recibido en la fecha (7 de marzo de 1988 y pasa al despacho hoy...9 marzo 1988" (fl. 22 y 22v.). En esta misma fecha -9 de marzo de 1988- el juzgado dispuso que "previamente el doctor Hernán Fabio López Blanco, debe acreditar la presentación personal del escrito, memorial poder que se acompaña" (fl. 22v.)

5. En escrito presentado el 6 de abril de 1988 el apoderado judicial de la ejecutante solicitó "dictar sentencia ordenando seguir adelante la ejecución...", teniendo en cuenta que la ejecutada se ha notificado por conducta concluyente (fls. 26 a 28).

El juzgado atendió la petición y en auto del 1º de junio de 1988 dispuso "tener a la empresa demandada *Roberto Collins y Cía. Ltda.*, notificada por conducta concluyente del auto de mandamiento de pago fechado de abril 24 de 1987, notificación que se tiene a partir de la presentación del escrito -poder- o sea del dos (2) de diciembre de 1987" (fl. 29).

6. Contra esa decisión el señor apoderado judicial de la sociedad ejecutada interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio, exponiendo como razones, entre otras, que el poder otorgado el 2 de diciembre de 1987 "tan solo obro (sic) dentro del proceso el día 7 de marzo cuando se presentó al mismo..."; que no se dan los presupuestos que la ley exige para que opere la notificación por conducta concluyente (fls. 30 a 32).

Al descorrer el traslado la entidad ejecutante por intermedio de su apoderado judicial solicitó mantener la providencia recurrida y negar por improcedente la apelación (fls. 33 a 38).

7. El juzgado por auto del 23 de agosto de 1988 resolvió revocar el auto recurrido y ordenó que "de las excepciones propuestas por la parte demandada mediante su apoderado, dése (sic) traslado a la parte demandante por diez días" (fl. 39). El referido escrito de excepciones aparece en folios 40 a 43 del cuaderno 1 del juzgado, recibido el 20 de junio de 1988.

8. Contra el auto del 23 de agosto el apoderado judicial de la demandante solicitó reposición "a efecto de que se adicione y se precise de que fecha y a que sala (sic) y en qué proceso se profirió la providencia que en el auto que recurro, entre comillas, se citó" (fl. 44).

Al descorrer el traslado el apoderado judicial de la demandada manifestó que "contra el auto que resuelve la reposición no existe reposición salvo que se trate de puntos nuevos..." (fl. 45). Así lo decidió el juzgado en auto del 24 de octubre de 1988 (fl. 45v.).

9. El apoderado judicial de la ejecutante dio contestación a las excepciones propuestas por la ejecutada y solicitó pruebas para desvirtuarlas (fls. 69 a 72).

10. La primera instancia terminó con sentencia del 21 de septiembre de 1989 en la que se dispuso:

"1. Aceptar como demostrada la excepción de inexistencia de la obligación, derivada de la falta de causa.

"En consecuencia, se ordena la terminación del proceso y el archivo del expediente.

"2. Se levantan las medidas cautelares. Ofíciese a los bancos y al secuestre.

"3. Se condena a la parte demandante al pago de las costas y de los perjuicios que con las medidas cautelares haya podido causar" (fls. 139 a 143).

11. Contra esta decisión la sociedad ejecutante recurrió en apelación (fls. 146 a 150) y enviado el expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en pronunciamiento del 22 de febrero de 1990 (fls. 20 a 22, c. 5), resolvió:

"1. *Confirmar* la sentencia calendada el veintiuno de septiembre del año próximo pasado.

"2. *Condenar* en costas al apelante vencido. Tásense".

12. Inconforme con la actuación la empresa demandante por intermedio de apoderado judicial, demandó la revisión de esta sentencia.

13. Esta Corporación en auto del 30 de marzo de 1992 (fl. 35, c. 1 Corte) señaló el valor de la caución que debía prestar la recurrente en revisión y otorgada mediante póliza judicial de la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A. "Confianza" (fls. 36 a 38), se aceptó en providencia del 11 de mayo de 1992, solicitándose, en consecuencia, la remisión del expediente que contiene el proceso ejecutivo (fl. 40).

Admitida la demanda de revisión por auto del 29 de julio de 1992 (fls. 50 y 51), se ordenó el traslado mediante notificación personal al representante legal de la entidad demandada "*Roberto Collins y Cía. Limitada*".

13.1. Notificado personalmente Roberto Collins Jiménez (fl. 53), por conducto de apoderado judicial contestó la demanda (fls. 58 a 62), en cuya contestación se opuso a la prosperidad de lo pedido.

Tramitado el recurso extraordinario, procede proveer lo que fuere de derecho.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

14. El Tribunal, después de historiar brevemente el proceso, encontró satisfechos los presupuestos procesales, entendió que la pretensión "trata indudablemente de la ejecutiva de mayor cuantía, por medio de la cual la ejecutante persigue frente a la sociedad demandada, el pago coercitivo de la suma de dinero a que se contrae el pagaré que fue presentado como base de recaudo ejecutivo", el cual según los artículos 709 del Código de Comercio y 488 del Código de Procedimiento Civil "es idóneo para soportar el libramiento de una orden de pago".

"La primera excepción la denomina -dijo el Tribunal- 'inexistencia de la obligación que se pretende cobrar...', y la fundamenta en que Germán Padilla Méndez, funcionario de la empresa demandante, le manifestó que era necesario firmar un pagaré 'para justificar ante la Superintendencia Bancaria, el no pago de obligaciones por un total de $12.578.747.50 a cargo de Roberto Collins y Cía., y Casa Mayor y Cía., en favor de Profinanzas y que ésta a su vez cedió a la sociedad Unión Financiera'. Dice que el cheque correspondiente al préstamo girado por el valor a que se contrae el pagaré, tan pronto como lo recibió Roberto Collins lo endosó en el Aeropuerto El Dorado y el funcionario de la demandante se regresó con el instrumento; que el dinero jamás ingresó al patrimonio de la entidad demandada".

Luego el *ad quem* expuso que "Revisada la actuación procesal y el material probatorio se observa..." que:

Entre los documentos probatorios aparecen varias comunicaciones que hacen alusión al pagaré "que se daría para respaldar un crédito vencido de la entidad Casa Mayor; los inmuebles ofrecidos por Roberto Collins a la demandante como parte de pago de la deuda; se (sic) practicó una Inspección Judicial con intervención de peritos en las oficinas de la demandante y se allegó fotocopia de un comprobante de pago número 1290 de diciembre de 1985, por la suma de $12.108.760.00 de la que se descuentan intereses y timbres, quedando en la cantidad de $10.929.063.00...".

Precisó luego el Tribunal que de las declaraciones rendidas por Manuel José Galvis, Julio I. Castañeda y Germán Padilla, "se puede deducir, que efectivamente el pagaré tenía como finalidad recoger una obligación vencida de la sociedad Casa Mayor, para evitar que fuera contabilizada como de dudoso recaudo, y mostrar contablemente un crédito reciente ante la Superintendencia Bancaria, de lo contrario ésta exigiría que se constituyera por la demandante una provisión por el valor total de la deuda, lo que quería evitar por estar en dificultades económicas".

Concluye el Tribunal que "siendo así las cosas, prospera el medio exceptivo de inexistencia de la obligación, derivada de la falta de causa que formuló la parte ejecutada, y por ello permite que se apruebe el fallo censurado, por ajustarse a la ley..." (fls. 20 a 22, c. 5).

III. EL RECURSO DE REVISION

15. Solicita la recurrente dentro de la oportunidad legal correspondiente, con citación de la sociedad *"Roberto Collins y Cía. Limitada"*, por conducto de su representante, se invalide la sentencia del Tribunal con apoyo en las causales 8 y 6, del artículo 380 del C. de P. C. (fls. 18 a 33, c. Corte).

16. Como fundamento de la causal 8 expone:

16.1. Según el artículo 304 del C. de P. C., "la sentencia debe ser motivada y contener los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios que soporte sus conclusiones y la cita de los textos legales que se apliquen...".

16.2. La sentencia acusada "hace un análisis breve de las pruebas recopiladas a lo largo del proceso, de las cuales infiere y deduce el Tribunal, el origen o causa del título valor cuyo pago se pretendió en el proceso...". 'Concluyó el Tribunal -dice- luego de analizar la prueba testimonial, que el pagaré tenía como finalidad recoger una obligación vencida de la sociedad Casa Mayor, para evitar que fuera contabilizada como de dudoso recaudo ...'.

Ese análisis probatorio realizado "va dirigido indiscutiblemente, a concluir que la obligación contenida en la cambial (pagaré base del proceso), sí tenía una causa u origen por lo cual se desechara la excepción evocada de inexistencia de la obligación derivada de su falta de causa".

16.3. No contiene la sentencia "razonamiento alguno" de los aspectos fácticos, legales, doctrinarios, de equidad, para llegar luego del análisis probatorio a la conclusión de que "...prospera el medio exceptivo de inexistencia de la obligación, derivada de la falta de causa...".

16.4. "Se hechan (sic) de menos, además, en la sentencia acusada, los textos legales en que debió fundamentarse la decisión que se tomó".

16.5. La decisión tomada "carece absolutamente de motivación... la decisión del Tribunal *debía ser la de revocar la sentencia y declarar infundada la excepción que el fallador de primera instancia declaró aprobada...*" (destaca la recurrente).

La decisión del *ad quem* "es contraria al resultado del único análisis que de las pruebas hizo el Tribunal...".

16.6. En el caso de estudio, continúa "no es que los argumentos dados por el Tribunal, para adoptar la decisión, sean escasos o cortos o ilógicos, no, es que no existen..., *el único análisis, que es el probatorio, apuntaba a revocar la decisión del inferior y a declarar no probada, la excepción de inexistencia de la obligación...*" (destaca la recurrente).

Anota la impugnante que de conformidad con el artículo 305 del C. de P. C., "la sentencia en cuanto a su congruencia se refiere debe ser consonante con las *pretensiones y las excepciones que aparezcan probadas* y hubieren sido alegadas" (destacadas en el original).

16.7. Agrega que del análisis probatorio contenido en la sentencia, "se obtiene, indiscutiblemente, que se probó la *causa u origen* de la obligación... dedúcese entonces, que la excepción propuesta ...no se probó...".

16.8. Insiste la impugnante que "al establecer y deducirse por el Tribunal que la causa u origen de la obligación estaba demostrada, lo consonante y armónico era haber decidido denegar la citada excepción y por lo tanto revocar la decisión del inferior...".

Concluye, "la carencia absoluta de consonancia y congruencia entre el análisis probatorio... y la decisión adoptada... lleva a la nulidad de la sentencia...".

17. Como fundamento de la causal 6 de revisión, luego de transcribir jurisprudencias de esta Sala, sostiene la recurrente:

Se deduce esta causal de "las maniobras fraudulentas ejecutadas por la parte demandada antes de la iniciación del proceso, durante su trámite -antes de proferirse la sentencia de primera y segunda instancia y durante la actuación posterior de liquidación de los perjuicios-, y está basada en los siguientes hechos":

17.1. La demandada "Roberto Collins y Cía. Ltda." antes de presentarse la demanda ejecutiva propuso soluciones a la obligación pretendida "tal como de autos se desprende, e igualmente, para demostrar su ánimo de deudor cumplido, abonó a la cartular la suma de $500.000.00...".

17.2. Librado el mandamiento de pago y decretadas las medidas cautelares, éstas se consumaron sobre el establecimiento de comercio de propiedad de la ejecutada, mediante secuestro del 8 de julio de 1987.

17.3. La entidad demandada evadió la notificación del mandamiento de pago, "para lo cual contó además con la colaboración de su apoderado, a quien mediante escrito presentado personalmente ante la secretaría del Juzgado 6º Civil del Circuito de esta ciudad el día 2 de diciembre de 1987, le confirió poder en el cual lo autorizó y facultó para *notificarse 'del mandamiento de pago que se haya dictado'*".

17.4. El 7 de marzo de 1988, o sea ocho meses después de la diligencia de secuestro y transcurridos más de tres meses de otorgado el poder, lo allega al proceso.

17.5. El Juzgado tuvo a la entidad "Collins y Cía. Ltda." notificada por conducta concluyente"...*pero posteriormente ante un recurso de la ejecutada, revocó la decisión lo que le permitió a la demandada revivir el término para formular sus defensas*".

17.6. En esta oportunidad se invocaron dos excepciones "destinadas a lograr la declaratoria de inexistencia de la obligación, cuyos soportes fácticos se oponían y oponen al comportamiento que la ejecutada mantuvo hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia, ya que para ese entonces la deudora se comportó en forma expresa como obligada de la cambial cuyo pago se pretendía. Con la invocación de estas defensas se ocultó al Juzgador, mediante el ardid de la predicada inexistencia de la obligación, la realidad de la causa del título valor y la obligación que él contiene".

17.7. Con las excepciones, la demandada llevó a los juzgadores a proferir sentencias injustas, producto del engaño.

"La maniobra y el engaño se traslucen" en la providencia impugnada, ya que al valorar la prueba, el tribunal deduce que el título ejecutivo sí tuvo causa y origen para luego confirmar la sentencia del *a quo*, que declaró probada la inexistencia de la obligación.

17.8. Añade que el escrito exceptivo, extemporáneo, condicionó al *a quo* "cuya decisión aunada a dicho escrito, influyó y fue determinante, pues también condicionó al Juez Colegiado, para que se tuviera como probada una excepción que de acuerdo al análisis probatorio del Tribunal era infundada".

"Para lograr su cometido la demandada, *en ello consiste su maniobra*, invocó las excepciones contrarias a su comportamiento y proceder previos a la sentencia...".

17.9. "...-Para culminar con el éxito de su maniobra y engaño- apoyándose en la condena en perjuicios que se le impuso a la ejecutante, formuló trámite de valoración de los perjuicios en la suma de $188.050.681.00 a los que aspira se le cancelen".

17.10. Concluye la recurrente que la sociedad Unión Financiera S. A. ha padecido perjuicios materiales como la pérdida de obtener el recaudo de la obligación más su rendimiento, sin tener en cuenta el perjuicio "que pudiese reconocérsele a la otrora ejecutada en el trámite que sobre el particular se viene sortiendo".

18. La persona jurídica demandada en este recurso, como se dijo, descorrió el traslado y respondió en el sentido de oponerse a sus peticiones. En cuanto a los fundamentos de hecho relativos a la causal 8 de revisión, en su primera postulación, aceptó el 1º y el 8º en lo que respecta con los requisitos de la sentencia y a la jurisprudencia citada, negó los restantes y formuló observaciones a cada uno de ellos. En relación con los hechos de la segunda postulación, aceptó como ciertos el 1º, negó el 2º, 4º y 5º y afirmó que no son hechos el 3º y 6º. En cuanto a los fundamentos de hecho de la causal, aceptó como ciertos el 1º, 5º y 6º y con aclaraciones el 2º y 4º; negó por no ser ciertos el 3º, 7º, 8º y 9º y dijo que no es hecho el 10.

19. Por auto del 1º de septiembre de 1992 (fls. 64 a 66, c. 1 Corte) se decretó la práctica de las pruebas solicitadas, por las partes, que obran en el expediente.

Vencido el término probatorio, por auto del 20 de octubre (fl. 71) se corrió traslado a las partes para alegar, quienes así lo hicieron en escritos presentados oportunamente.

20. Agotada, entonces, como se encuentra la tramitación del recurso extraordinario, procede la Corte a resolver puesto que ningún reparo merecen los presupuestos procesales, ni se advierte irregularidad o vicio que pueda invalidar lo actuado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

21. *El recurso de revisión es sólo procedente contra las sentencias que causen efectos de cosa juzgada material, salvo las que dicten los jueces municipales en única instancia (inciso segundo, artículo 379, C. de P. C.), y como se trata de un medio de impugnación extraordinaria, la ley señala taxativamente las causales en que dicho recurso se puede apoyar.*

22. "*La finalidad del recurso extraordinario de revisión -tiene dicho la Corte- es* ***hacer imperar la justicia, invalidando si es el caso el fallo ejecutoriado, desde luego por***

las causas taxativamente señaladas por el artículo 380 del C. de Procedimiento Civil, sin permitir un replanteamiento de los asuntos litigados y decididos previamente. Es decir, que como dijo la Corte: 'el recurso de revisión no está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira certeramente a la entronización de la garantía de la justicia, o al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada material' (sent. del 11 de junio de 1976, no publicada, y del 26 de enero de 1982, G. J. CLXV, pág. 35)" (sentencia de revisión del 13 de julio de 1992, no publicada).

El recurso, pues, no permite que so pretexto de revisar una sentencia firme se discuta lo que con ésta se resolvió y mucho menos controvertir su contenido por no haber provisto como el recurrente quiere que hubiera sido.

23. *Se alegaron como causales de revisión, según se dijo, las de los numerales 6 y 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, que se pasan a estudiar en el orden lógico.*

23.1. *En la causal 6 se prevé:*

"6. *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*".

Como en oportunidades precedentes lo ha precisado esta Sala, la causal exige la concurrencia de dos presupuestos que determinan su eficacia: 1. que haya 'existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso...'; y, 2. que la colusión o el fraude hayan causado perjuicios al recurrente.

23.2. *La Corte, sobre el primer presupuesto, ha dicho:*

"Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, fraudulento significa 'engañoso, falaz'. Uniendo a este término el de maniobra, puede aceptarse que tal expresión viene a significar todo proyecto 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. Concretamente al alcance de esta causal de revisión, ha dicho la Corte: 'El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicio a terceros y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño o fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido, como atributo que le pertenece por esencia...'" (G. J., t., CLXV, pág. 36).

23.3. En el caso *sub judice* se advierte que durante el término probatorio del proceso ante esta corporación, no se adujo prueba alguna tendiente a acreditar la colusión o maniobra fraudulenta que se contribuye a la parte que fue ejecutada, como quiera que los hechos en que se sustenta son actividades o labores extrajudiciales y

procesales, en las que de ninguna manera se encuentran elementos de convicción de que dicha parte hubiese adelantado su defensa faltando a la verdad, mintiéndole a la ejecutante y a la justicia, y muchos menos que actuara dolosamente. Las partes actuaron por medio de sus apoderados judiciales, planteando la ejecutada los puntos de vista que pudo controvertir la ejecutante y que resueltas las peticiones, las decisiones pudieron impugnarse. Las alegaciones de una parte, que contengan interpretaciones de ley que convenzan al juzgador, no pueden tomarse como engaños, cuando se basan en criterios jurídicos que, como tales, no son mentirosos, ni conforman maquinaciones o argucias encaminadas a turbar la mente para obtener un resultado injurídico.

23.4. La parte ejecutada planteó, pues, una posición respecto de la causa del título valor, fincando en tal cuestión las defensas que consideró útiles.

"Deliberadamente -sostiene la revisionista en el hecho 7° del acápite II, causal 6ª- a través del escrito de excepciones, la parte demandada, llevó al juez de primera instancia y al de segunda a proferir una sentencia injusta, producto del engaño que contiene el escrito de excepciones y el planteamiento de las mismas" (fl. 27, c. 1 Corte), mas sin probar ahora que hubo ocultamiento. La forma como el deudor alegó las excepciones se ajustó al del derecho de defensa que le asiste al demandado, como que el artículo 509 del C. de P. C., en la época estipulaba que el "demandado podrá proponer en un sólo escrito todas las excepciones que tuviere..." y la modificación 269 del artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, dispone: "...el demandado podrá proponer en escritos separados excepciones previas y de mérito...".

23.5. En el expediente que contiene el proceso ejecutivo, obra el auto del 23 de agosto de 1988 (fl. 39, c. 1) por el cual el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, al decidir una reposición interpuesta por la parte ejecutada, en el numeral primero revocó el auto del 1° de junio de ese año, 1988 (fl. 29) y en el numeral segundo dispuso que "de las excepciones propuestas por la parte demandada mediante su apoderado, dése traslado a la parte demandante por diez días", auto que sólo recibió reparo, mediante reposición por la ejecutante, en el sentido "de que se adicione y se precise de qué fecha y a qué sala (sic) y en qué proceso se profirió la providencia que en el auto que recurro, entre comillas, se citó" (fl. 44), sin hacerse reparo al numeral segundo que contenía un punto no decidido en el auto del 1° de junio de 1988, que había declarado tener a la entidad ejecutada notificada por conducta concluyente.

De otra parte, la presentación personal del poder por el representante legal de "Roberto Collins y Cía. Limitada" el 2 de diciembre de 1987 (fl. 22, c. 1 Juzgado) y allegado el memorial al proceso el 7 de marzo de 1988, no estructura una actividad ilícita, ya que el poder, de conformidad con los artículos 65 y 84 del C. de P. C., vigentes a la sazón de los hechos, el signatario podía remitirlo, previa autenticación ante juez o notario, a la autoridad judicial a quien se dirigiera y "se considerará presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino". Es decir, obra para los efectos procesales el poder o la demanda, al ser recibido en el despacho judicial a que se dirija.

Además el auto del 9 de marzo de 1988 (fl. 22, c. 1 Juzgado), ordenó la presentación personal del poder por parte del procurador judicial de la entidad ejecutada, sin embargo no fue impugnado por la entidad demandante quien sólo el 4 de abril de 1988 solicitó se tuviera aquélla notificada por conducta concluyente y se dictara sentencia, "...en vista

de que no se propusieron excepciones..." (fl. 26). Si va acotarse y precisarse en el punto, que el auto en mención -9 de marzo de 1988-, si bien tenía por objeto aceptar la notificación por conducta concluyente, como en efecto se aceptó por el del 1º de junio de 1988 (fl. 29), la notificación debía tenerse en cuenta a partir de la presentación personal o llegada del escrito al despacho judicial el 7 de junio de ese año y no el 2 de diciembre de 1987, tal como lo dispone el artículo 330 del C. de P. C.

Mirado con cuidado el pronunciamiento impugnado no se advierte de manera alguna que las "maniobras" de la parte ejecutada que así califica la recurrente, hayan llevado al sentenciador por un sendero torcido y contrario a derecho. La sentencia podría ser contentiva de razonamientos equivocados o de endebles interpretaciones, mas nunca de que lo resuelto sea muy distinto a lo que arrojan las probanzas que se allegan. Esto es, que el negocio origen del pagaré fue tan sólo un remedo de la realidad.

Significa cuanto se deja dicho, que la aludida causal de revisión no se abre paso. En consecuencia, es improspera.

24. *La causal 8 establece*

"8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso".

24.1. *Este motivo de revisión tiene pues su venero en la "nulidad originada en la sentencia" no en el proceso, y en cuanto la sentencia además no sea susceptible de recurso alguno.*

24.2. *Por consiguiente, -nulidad originada en la sentencia-, fundado el recurso extraordinario en esta causal, su finalidad no tiende a que se revise la actuación procesal en que se profirió el fallo objeto de revisión, sino que, como causal* sui generis, *su proposición exige el examen de la sentencia en orden a determinar si ella en sí adolece de nulidad.*

Tiene dicho la Corte en el punto:

"...No se trata, pues, de alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir en éste el fallo que decide el litigio, la que por tanto puede y debe alegarse antes de esta oportunidad so pena de considerarla saneada; ...sino de las irregularidades en que, al tiempo de proferir la sentencia no susceptible de recurso de apelación o casación, pueda incurrir el faliador y que sean capaces de constituir nulidad, como lo sería, por ejemplo, el proferir sentencia en proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o condenar en ella a quien no ha figurado como parte; o cuando dicha providencia se dicta estando suspendido el proceso..." (G.J., t. CXLVIII, pág. 185).

24.3. Todo el planteamiento expuesto por la recurrente se reduce a que la sentencia del Tribunal "hace un análisis breve de las pruebas recopiladas..., de las cuales infiere y deduce el tribunal, el origen o causa del título valor cuyo pago se pretendió en el proceso...", concluyendo "luego de adentrarse en el análisis de la prueba testimonial, que *efectivamente el pagaré tenía como finalidad recoger una obligación vencida de la sociedad Casa Mayor...*'" (destaca); que el "análisis probatorio... va dirigido indiscutiblemente, a concluir que la obligación..., sí tenía una causa u origen por lo cual se

desecharía la excepción invocada de inexistencia de la obligación derivada de su falta de causa"; que la providencia carece de razonamiento de los aspectos fácticos, legales y doctrinarios, como de los de equidad, para optar confirmar la sentencia del *a quo*; no encuentra los textos legales en que debió fundamentarse la sentencia, y anota, "ya que si del análisis probatorio que contiene la sentencia se deduce la causa u origen de la obligación, la decisión del Tribunal *debía ser la de revocar la sentencia y declarar infundada la excepción que el fallador de primera instancia declaró probada* (destaca la recurrente); y considera que el fallo no contiene motivación, razón o argumento alguno (fls. 19 y ss., c. 1 Corte).

La mera lectura de la fundamentación de la causal permite advertir al rompe, que en modo alguno menciona siquiera alguna causa de invalidez de la sentencia, puesto que con la consideración de que no contiene cita de disposiciones legales, ni referencias a la equidad o a la doctrina, el análisis probatorio conducía a revocar el fallo apelado, argumentos que ciertamente no demuestran que el pronunciamiento se produjera con defecto capaz de tornarlo inválido.

25. Leída la sentencia impugnada, se encuentra confeccionada con la presencia de los presupuestos procesales, con estudio del título valor conforme con los artículos 709 del Código de Comercio y 488 del Código de Procedimiento Civil; el análisis de la excepción de "inexistencia de la obligación..." y la justificación ante la Superintendencia Bancaria para emitir el pagaré conforme con el dicho del testigo Germán Padilla Méndez y que el dinero "jamás ingresó (sic) al patrimonio de la entidad demandada..."; verificó la "actuación procesal y el material probatorio", documentos, concepto pericial, testigos que menciona, de lo cual "se puede deducir -dice el *ad quem*-, que efectivamente el pagaré tenía como finalidad recoger una obligación vencida de la sociedad Casa Mayor, para evitar que fuera contabilizada como de dudoso recaudo, y mostrar contablemente un crédito reciente ante la Superintendencia Bancaria, de lo contrario ésta exigiría que se constituyera por la demandante una provisión por el valor total de la deuda, lo que quería evitar por estar en dificultades económicas". Concluye el Tribunal, así, con la prosperidad de la excepción de inexistencia de la obligación por falta de causa, y, en consecuencia, confirma el fallo apelado.

La sentencia que se revisa tiene, pues, motivación, fundamentos y análisis como lo reconoce el recurrente. Esto es que no careciendo de fundamentación -razones jurídicas y fácticas- se ajusta a la preceptiva que así lo exigía, y no se ve que se pronunciara impidiéndole algún obstáculo legal, como los que a manera de ejemplo se traen a colación en el fallo arriba citado.

26. Aunque el Tribunal pecara por imprecisión, o tal vez por motivación insuficiente, o en oscuridades, podría haber sido objeto de aclaración el fallo, conforme con el artículo 309 del C. de P. C. que dispone: "La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o ('que' -tradiciona la modificación 139 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989-) influyan en ella...", facultad de aclaración que la parte ahora recurrente no ejercitó y que el *ad quem* no hizo, pues para él no había razón que así se lo indicara.

27. Las razones que el fallador expuso para concluir que el "dinero jamás ingresó al patrimonio de la entidad demandada" y deducir de ahí que la excepción de inexistencia de causa de la obligación cambiaria cobrada, estaba demostrada, no fue fruto de la imaginación sino de la valoración probatoria que se menciona. Luego no puede decirse que careciera de razonamientos y cosa muy distinta es que no las comparta la impugnante.

No sobra notar que la falta de congruencia del fallo no es causa de nulidad de la misma, como que tal defecto genera otro resultado mas no la invalidez del pronunciamiento.

28. La sentencia se ciñe a lo dispuesto por el artículo 305 del C. de P. C. en lo que con la congruencia toca, pues se refirió al proceso, a las pretensiones y a las excepciones propuestas, cuestiones esenciales materia del litigio y por supuesto a las pruebas.

Adolecerían del tal vicio -tiene dicho la Corte- "...aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos..." (sentencia del 23 de mayo de 1989. Extractos de Jurisprudencia, t. 2 de 1989, pág. 96).

29. La prueba trasladada visible en los cuadernos 3° y 4° refiérense a la "denuncia penal" y demás incidencias que se tramitan en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contra los tres magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que conocieron del proceso y proveyeron el fallo materia aquí de revisión, y contra el Juez Sexto Civil del Circuito de esta misma ciudad, juzgador de primera instancia en el proceso ejecutivo de "Unión Financiera S. A. ...", frente a "Roberto Collins y Cía. Limitada".

En ese proceso de la jurisdicción penal se estudia el presunto delito contra la administración pública -prevaricato- que es totalmente ajeno a la materia de esta revisión.

Así que esta causal es también inane.

30. Se impone pues, por lo discurrido, declarar infundado el recurso de revisión propuesto, condenar a la entidad recurrente en los perjuicios y en las costas, a cuyo pago se atenderá con la caución prestada, debiendo liquidarse aquéllos mediante incidente (artículo 384, inciso final, del C. de P. C.).

V. DECISION

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

RESUELVE:

1. *Declarar infundado* el recurso extraordinario de revisión propuesto por la sociedad "Unión Financiera S. A. Compañía de Financiamiento Comercial Protinanzas,

Monssa. Continental, en liquidación contra la sentencia del 22 de febrero de 1990 dictada en el proceso ejecutivo singular personal que adelantó la recurrente, frente a la sociedad "Roberto Collins y Cía. Limitada", proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

2. *Condenar* a la sociedad recurrente al pago de los perjuicios que haya causado a la entidad demandada y en las costas, pago que se hará con la caución prestada. Liquídense los perjuicios por el trámite del incidente (artículo 384, inciso final, C. de P. C.).

3. Devuélvase el expediente al juzgado de origen, excepto el cuaderno correspondiente a lo actuado en la Corte, cuyo archivo se ordena.

Cópiese y notifíquese.

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

Revisión

Es posible valerse del recurso de revisión para conseguir la anulación de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, siendo entendido que algunos de tales motivos, a diferencia de los que inducen a declarar que la sentencia impugnada es injusta en el fondo, contemplan hipótesis en que su validez extrínseca viene a ser afectada por ciertas faltas de procedimiento de suma gravedad como acontece, por ejemplo, cuando una providencia de esa estirpe, así sea intrínsecamente acertada, se pronuncia contra quien no fue citado o emplazado en la debida forma al proceso o se dicta contra quien no estuvo representado allí del modo que pide la ley, sufriendo en consecuencia detrimento ostensible la garantía constitucional de audiencia en los que son sus lineamientos fundamentales.

Nulidad Procesal / Emplazamiento

No solo se incurre en nulidad cuando se acude al emplazamiento del demandado siendo que el demandante no ignora la habitación y el lugar de trabajo del demandado, o éste no se encuentra ausente, sino también, cuando a pesar de proceder el emplazamiento, se omite alguna de las otras formalidades tocantes con lo que debe contener el edicto, el tiempo de fijación del mismo, las publicaciones en la prensa y la radio, o el número en que deben hacerse, o los intervalos con que deben efectuarse, o figurando el emplazado en el directorio telefónico no se envía a la dirección que allí aparece copia del edicto por correo certificado, o con empleada que la entregue o la fije en la puerta de acceso, o en síntesis, cuando se incumple u omite algunas de las formalidades que señala para el emplazamiento el artículo 318 del C. P. C., o las que de modo específico señalen, para el caso particular, otras normas según la naturaleza del proceso.

Emplazamiento / Carga de la Prueba

Las normas encargadas de reglamentar la notificación por edicto destinada a citar y emplazar a la parte demandada, son categóricas en exigir como uno de los presupuestos de regularidad de las actuaciones de esta naturaleza, el que se ignore el paradero del demandado, situación esta última que debe ser puesta de manifiesto por el actor mediante afirmación que se entiende por principio realizada bajo la gravedad del juramento y que, en consecuencia, tiene la virtualidad de invertir el peso de la prueba, toda vez que quien pretenda privarla de efectos debe demostrar la inexactitud de dicha afirmación. / La irregularidad consistente en no haberse

indicado en el texto del edicto divulgado, el tipo de prescripción alegada por el demandante, omisión que es un defecto de importancia que incide en la validez del acto de notificación surtida en la persona de un curador *ad litem* y que por lo tanto obliga a declarar la nulidad solicitada en la demanda de revisión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Referencia: Expediente número 3078.

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Basilio Quiñones Porras contra la sentencia que, en grado de consulta, dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintinueve (29) de julio de 1985, para confirmar la proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario de pertenencia que contra el recurrente entabló Paulina Romero de Galindo.

EL RECURSO DE REVISION

1. Mediante demanda presentada el veintisiete (27) de julio de 1990 y actuando a través de apoderado, Basilio Quiñones Porras propuso recurso de revisión para que, una vez agotado el procedimiento de rigor, se invalide la sentencia de fecha veintinueve (29) de julio de 1985 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso de pertenencia de Paulina Romero de Galindo contra el recurrente y en su reemplazo dicte una declarando la nulidad de todo lo actuado incluyendo el auto admisorio de la demanda de fecha dieciséis (16) de septiembre de 1982, fundándose en las causales "establecidas en el numeral 7º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil".

Las circunstancias de hecho en que tal pedimento se apoyan son las siguientes:

a) Basilio Quiñones Porras, ciudadano venezolano actual Cónsul de ese país en Buenos Aires, Argentina, y que por aquel entonces desempeñaba el mismo cargo en Cúcuta, Norte de Santander, adquirió el inmueble ubicado en la Calle 34 No. 17-23 de Bogotá por compra que de él hizo a Heliodoro Rodríguez Galvis mediante Escritura número 1427 bis del diecinueve (19) de septiembre de 1964 otorgada en la Notaría de San José de Cúcuta, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá el veinticinco (25) de marzo de 1965. b) Por dicha época el inmueble fue consignado en las oficinas de la sociedad Sanz y Sanz Ltda., ubicadas en Bogotá, donde, por la lejanía del propietario, quedó como consignatario Antonio Daza Pérez quien conocía el domicilio y residencia del legítimo propietario. Al parecer, desde el inicio, la casa fue arrendada a César Martínez Contreras, quien informó a la oficina arrendadora que estaba casado con Rosa Galindo de Martínez; en desarrollo del referido contrato el arrendatario cubrió el canon correspondiente por largo tiempo. c) Paulina Romero de Galindo, pariente de los arrendatarios, el veintiocho (28) de julio de 1982, por demanda corregida el nueve (9) de agosto siguiente, inició los trámites del proceso de pertenencia contra Basilio Quiñones Porras "y todos los presuntos interesados" ante

el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, y aunque tanto ella como su apoderado "sabían el domicilio y residencia del demandado", manifestaron bajo juramento que lo desconocían, obteniendo sentencia favorable el dieciséis (16) de marzo de 1985, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el veintinueve (29) de julio siguiente. Se afirma por el recurrente que en dicho proceso, el edicto emplazatorio no cumple a cabalidad con lo previsto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil "pues como se puede observar no incluye el nombre de todas las partes, sino únicamente el del señor Basilio Quiñones Porras, pero no indica como demandados a todos los presuntos interesados", agregando que "si no se cumplió a cabalidad lo ordenado en el artículo 318 del C. P. C., el emplazamiento está viciado y por consiguiente deberá volverse a realizar con los requisitos que hoy se exigen". d) La demandante no ha ocupado el inmueble pretendido durante el tiempo que afirma en la demanda, pues existía un contrato de arriendo entre Sanz y Sanz Ltda., y César Martínez y por consiguiente este último era su tenedor legítimo.

2. Aceptada la caución prestada y recibido el expediente enviado por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, el recurso de revisión fue admitido a trámite, después de algunas incidencias de los cuales da cumplida cuenta el cuaderno No. 2 de la Corte, por auto del diecisiete (17) de octubre de 1991, tomando como demandados, además de las personas indeterminadas que se consideren con derecho a intervenir, a los herederos de Paulina Romero de Galindo, sus hijos: Irma Rosa Galindo de Juyo, Martha Cristina Rojas Romero, Ruth Yolanda Rojas Romero, Jaime, Antonio y Héctor José Galindo Romero.

Del traslado hicieron uso Antonio Galindo Romero único demandado a quien se le había notificado el auto admisorio de la demanda en forma personal puesto que los demás debieron ser emplazados y el curador *ad litem* en representación de estos últimos y de las personas indeterminadas convocadas al proceso; posteriormente, ocurrida una segunda declaratoria de nulidad, la demandada Martha Cristina Rojas Romero, en la debida oportunidad, contestó también a través de apoderado, escritos de respuesta donde manifiestan oponerse a las pretensiones del recurrente y afirman que Paulina Romero de Galindo ocupó el inmueble como poseedora material en forma quieta, pacífica y continua por un tiempo mayor de veinte (20) años, por lo que jamás suscribió un contrato de arrendamiento por la casa cuya pertenencia reclamó; que no conocen ningún contrato de arrendamiento con Sanz y Sanz Ltda., ni si César Martínez suscribió alguno, y que corresponde al recurrente demostrar que la afirmación hecha bajo juramento por la demandante de desconocer el lugar de residencia de Basilio Quiñones no se ajustó a la verdad. Además manifiestan que Basilio Quiñones actuó por intermedio de curador *ad litem* con quien se surtió la notificación del auto admisorio y que el edicto emplazatorio se publicó en forma legal, motivo por el cual, expresa el demandado Antonio Galindo, el recurrente no puede reclamar la nulidad pues hacerlo es atribución que corresponde tan sólo a los terceros indeterminados.

3. La fase probatoria transcurrió del modo exigido por la ley y fueron evacuadas gran parte de las diligencias de prueba inicialmente decretadas, siendo del caso anotar que del traslado para presentar alegato final hicieron uso el apoderado del recurrente y el de los dos demandados que concurrieron al proceso.

En este orden de ideas, resultando que la relación existente en este caso se ha constituido regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor resolver acerca del fundamento del recurso interpuesto, para lo cual son pertinentes las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. *El recurso de revisión ha sido consagrado en la legislación positiva como remedio que se endereza a quebrantar la fuerza de la cosa juzgada en procesos en los cuales faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia, invalidando lo viciado para que la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho, de donde se concluye que la regla obvia imperante en este campo es la posibilidad de desvirtuar, a través del recurso que se viene hablando, aquella presunción de legalidad y acierto que ampara a las sentencias definitivas -*res judicata pro veritate habetur*- demostrando plenamente que la providencia materia de impugnación es efecto de la falta de documentos trascendentales encontrados después y que no pudieron ser allegados al proceso por fuerza mayor, caso fortuito o obra de la parte contraria; que está cimentada en pruebas documentales, testimoniales o periciales declaradas falsas por la justicia penal; que obedeció a colusión o a maniobras fraudulentas de los litigantes; que se produjo en un proceso en el que el recurrente estuvo en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación, siempre que la contigua nulidad no apareciera saneada; que adolece ella misma de nulidad y no era susceptible de recurso ninguno; y en fin, que la providencia de cuya rescisión se trata vulnera el postulado de la cosa juzgada y el recurrente, desconocedor del proceso en el que estuvo representado por curador* ad litem, *no pudo hacer valer la excepción pertinente, salvedad hecho de que, habiéndose propuesto esta última, la rechazaron los juzgadores del conocimiento.*

2. *Es entonces el de revisión un recurso extraordinario en el estricto sentido que a esta expresión le imprime la doctrina científica contemporánea, y es por tener ese carácter que, en orden a abrirse paso, requiere que oportunamente se alegue y se demuestre, desde luego por quien se encuentre legitimado para hacerlo según el caso, la existencia de por lo menos una de las causales recién aludidas, causales que en verdad tienen distinto origen y su naturaleza por ende es diferente, pues como tantas veces lo ha indicado la Corte con vista en el propio texto del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, "...este recurso extraordinario no apunta exclusivamente al quiebre de las sentencias inicuas, es decir de las obtenidas con claro quebranto de la justicia (Nums. 1º a 6º del artículo 380), sino que busca también el imperio del derecho de defensa (art. 380, nums. 7º y 8º) o la tutela del principio de la cosa juzgada (num. 9º del artículo 380)..." (G. J. Tomo CLII, pág. 191). Así, pues, sólo excepcionalmente y por motivos especialísimos que con evidente sentido limitativo este precepto señala, es posible valerse del recurso de revisión para conseguir la anulación de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, siendo entendido que algunos de tales motivos, a diferencia de los que inducen a declarar que la sentencia impugnada es injusta en el fondo, contemplan hipótesis en que su validez extrínseca viene a ser afectada por ciertas*

faltas de procedimiento de suma gravedad como acontece, por ejemplo, cuando una providencia de esa estirpe, así sea intrínsecamente acertada, se pronuncia contra quien no fue citado o emplazado en la debida forma al proceso o se dicta contra quien no estuvo representado allí del modo que pide la ley, sufriendo en consecuencia detrimento ostensible la garantía constitucional de audiencia en los que son sus lineamientos fundamentales; por eso, dentro de este cuadro general que en términos de principio sirve para orientar el análisis, bueno es advertir que el legislador incluye, en la enumeración taxativa que hace de las causales de revisión, el hecho de encontrarse el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o de falta de notificación o emplazamiento contemplados por el Código de Procedimiento Civil en el capítulo destinado a regular las nulidades adjetivas, norma contenida en el numeral 7º del artículo 380 y que por cierto guarda estrecha consonancia con el tercer inciso del artículo 142 del mismo estatuto en cuanto dispone este último que "...la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma (...) podrá también alegarse mediante el recurso de revisión...".

3. De otro lado y como lo ha sostenido la Corte en reiterados pronunciamientos, la finalidad de la primera notificación en juicio a la parte demandada es la de hacerle saber el contenido de la demanda contra ella entablada, brindándole la oportunidad de proponer la defensa que juzgue más adecuada, de donde se sigue que en esa 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 los instrumentos previstos positivamente para alcanzar tal propósito. Y en este orden de ideas, con apoyo en el precepto constitucional, que en las causas civiles también tiene aplicación, de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido, el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil dispone que la notificación del auto admisorio ha de realizarse personalmente por considerar que esta forma es la que ofrece más amplia garantía de conocimiento y comparecencia directa del demandado; para su ejecución la ley impone al demandante (num. 2º y 11 artículo 75 Código de Procedimiento Civil) la carga de indicar el domicilio del demandado, a falta de éste, su residencia, y la dirección de la oficina o habitación, así como los cambios de estas circunstancias (artículo 71 numeral 4º, ibidem). En subsidio, cuando no es posible ubicar al demandado por desconocer su habitación y lugar de trabajo, la misma ley ha previsto que se notifique personalmente del auto admisorio a un curador ad litem *designado para representar al demandado ausente o incierto, pero, para llegar a ello es preciso que previamente se haya emplazado a este último siguiendo los requisitos señalados en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.*

Al respecto esta Corporación puntualizó en sentencia del 28 de octubre de 1988: "...como los intereses superiores de la administración de justicia y la efectividad de los derechos sustanciales no pueden quedar indefinidamente pendientes cuando se hace imposible la notificación personal del demandado, el artículo 318 de nuestro estatuto procesal establece que con las formalidades allí indicadas ha de emplazarse al demandado para que comparezca al proceso; (...). Desde luego el emplazamiento de quien debe ser notificado personalmente no puede decretarse en forma arbitraria ni por el capricho de las partes, porque ha de preceder la solicitud en debida forma. Esta solicitud en debida forma se configura cuando se reúnen los requisitos que consagra

el citado artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, entre los cuales pueden citarse los siguientes: que conste en escrito de acuerdo con el principio de la escritura que domina nuestro estatuto procedimental (artículos 4° y 107 Código de Procedimiento Civil) que bien puede ser la misma demanda (art. 75, num. 11 ibidem) o memorial separado cuando se ignora otra dirección de habitación o de trabajo donde pueda llevarse a cabo la notificación; que proceda de parte interesada en el proceso promovido; que en su contenido para efecto de la petición expresa o implícita del emplazamiento se afirme su procedencia consistente en que se ha hecho imposible la notificación personal por las causas legales, esto es, que se afirme que se ignora la habitación o lugar de trabajo de quien debe ser notificado personalmente, o éste se encuentre ausente y no se conozca su paradero; y que se haga la presentación idónea de dicha solicitud, con la cual se materializa el principio dispositivo en esta actuación procesal".

Así, pues, tomando en cuenta que de ninguna manera se puede emplazar a un demandado sin que se hayan observado la totalidad de las formas legales exigidas para utilizar este sistema excepcional de notificación, el legislador dispone que la declaración del demandante, en el sentido de desconocer la residencia del demandado, se tenga por efectuada bajo juramento, ello con el fin de responsabilizarlo de la verdad de sus afirmaciones e imprimirle a tal manifestación la seriedad que exige, dadas sus trascendentales consecuencias en orden a permitir la formación regular de la relación jurídico procesal. Por eso, esta Corporación expresó en sentencia del 16 de agosto también de aquél año que "...Cuando el demandante afirma bajo juramento las circunstancias atinentes al desconocimiento del lugar donde puede hallarse el demandado y luego se demuestra que él o su apoderado conocían el lugar donde hubiera podido encontrarse la persona que debía ser notificada personalmente, se genera un vicio procesal configurativo de nulidad que se da cuando no se practica en forma legal la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, o su emplazamiento -art. 152-8 del Código de Procedimiento Civil- cuyo reconocimiento se impone, tal como lo refrenda, a su vez el artículo 329 ib. cuando señala cuáles son las sanciones que corresponden en caso de juramento falso que haya dado lugar a la citación por emplazamiento, previsto en el artículo precedente al citado...", y a más de los requisitos previos al emplazamiento la ley exige que, formalmente, el edicto correspondiente reúna determinados datos que faciliten la comparecencia del demandado, requerimiento sobre los cuales esta Sala ha puntualizado: "Ahora bien no sólo se incurre en nulidad cuando se acude al emplazamiento del demandado siendo que el demandante no ignora la habitación y el lugar de trabajo del demandado, o éste no se encuentra ausente, sino también, cuando a pesar de proceder el emplazamiento, (...) se omite alguna de las otras formalidades tocantes con lo que debe contener el edicto, el tiempo de fijación del mismo, las publicaciones en la prensa y la radio, o el número en que deben hacerse, o los intervalos con que deben efectuarse, o figurando el emplazado en el directorio telefónico no se envía a la dirección que allí aparece copia del edicto por correo certificado, o con empleado que la entregue o la fije en la puerta de acceso, o en síntesis, cuando se incumple u omite algunas de las formalidades que señala para el emplazamiento el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil" (sentencia de 7 de febrero de 1990), o las que de modo específico señalen, para el caso particular, otras normas según la naturaleza del proceso en el que se surta este tipo de ***notificación presunta.***

4. Sabido es que en favor de todo aquel que pretenda haber adquirido el dominio de un bien por prescripción, el capítulo 3° del Título XXI, Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil reglamenta el proceso ordinario de declaración de pertenencia, concibiéndolo como un proceso general por edictos públicos en el cual, por ser esa su naturaleza, ha de convocarse mediante emplazamiento a todas las personas que debiendo concurrir por estar legitimadas para contradecir las pretensiones del poseedor demandante, no lo hacen, notificándoles así el perjuicio que experimentarán en sus derechos de permanecer en ese estado de abstención o no comparecencia, habida cuenta que la sentencia estimatoria de dichas pretensiones, al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil -hoy 407 de acuerdo con la numeración introducida por el Decreto 2282 de 1989- leído en concordancia con el inciso quinto del artículo 332 ibidem, *produce efectos* erga omnes *por mandato de la ley, es decir que en casos de esta estirpe "...la respectiva demanda debe entenderse dirigida contra todo el mundo y se llama al juicio a todo el mundo, y el que se crea con derecho y no concurra no por ello deja de ser parte, sigue siéndolo y como tal sufrirá las consecuencias..." (Luis Felipe Latorre. Procedimiento Civil, Apéndice. Núm. 290). Se trata, pues, de un medio procesal contencioso de muy amplio conocimiento y rodeado por fuerza de especiales garantías, destinado en sustancia a permitir la prueba de la posesión dotada de las condiciones que la legislación positiva exige en orden a hacerla hábil para producir la usucapión (artículos 673 y 2518 del Código Civil), obteniéndose en consecuencia el reconocimiento judicial del respectivo derecho por ese modo adquirido, reconocimiento que en tanto pueda revestir en verdad el carácter de "cosa juzgada* erga omnes*", le será oponible a terceros de manera definitiva y constituye sin duda el mejor de los títulos frente a toda clase de pretensiones contrarias apoyadas en causas anteriores al fallo.*

De acuerdo con lo anterior, en vista entonces de las consecuencias que por el Ministerio de la Ley acarrea la sentencia que le pone fin cuando el prescribiente tiene éxito en sus aspiraciones, los estatutos que de regular el proceso de declaración de pertenencia se han ocupado, desde la Ley 120 de 1928 hasta el presente siempre se han preocupado por evitar que se convierta en un instrumento fraudulento de fácil empleo para privar de sus bienes a dueños descuidados, ausentes o ignorantes, implantando por lo tanto un conjunto de garantías que tienen expresión en varios requisitos especiales de fondo y de forma de necesaria observancia en las distintas etapas del procedimiento y dentro de los cuales cumple ahora insistir de nuevo en los que consagra el numeral 6° del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, basta la simple lectura de este precepto para comprender que en los referidos procesos el legislador ha sido todavía más exigente al regular la manera como debe tener lugar la convocatoria general del contradictorio, convocatoria que concierne tanto a quienes debieron ser demandados, dada la legitimación que para afrontar la causa les atribuye la ley por ser titulares inscritos de derechos reales principales sobre el bien cuya adquisición por prescripción reclama el poseedor demandante, como también a aquellas otras personas que se crean con prerrogativas excluyentes que justifiquen eventuales oposiciones. Por eso el artículo 407 -antes 413- del Código de Procedimiento Civil expresa: "(...). 6. En el auto admisorio se ordenará (...) el emplazamiento (...), por medio de edicto que deberá expresar ...a) El nombre de la

persona que promovió el proceso, la naturaleza de éste y la clase de prescripción alegada. b) El llamamiento de quienes se crean con derecho a los bienes para que concurran al proceso (...); c) La especificación de los bienes con expresión de su ubicación, linderos, número y nombre".

5. En el recurso que ocupa la atención de la Corte, con apoyo en la causal séptima de revisión, asevera el impugnante que existe nulidad procesal por no haberse practicado en legal forma la notificación al demandado en el proceso de pertenencia seguido por iniciativa de Paulina Romero de Galindo ante el Juzgado 7° Civil del Circuito de esta ciudad, ello debido a dos razones fundamentales: La primera relacionada con el conocimiento que la demandante tenía de la residencia del emplazado, y la segunda, originada en defectos en el edicto con el que allí se surtió el emplazamiento cuestionado. Dicho en otras palabras, la impugnación extraordinaria se apoya únicamente en aquella causal, aduciendo que fue irregular la citación edictal en dicho proceso llevada a cabo, pues quien la solicitó tenía conocimiento del domicilio cierto en el que podía localizarse la persona determinada titular inscrito del derecho de dominio sobre el inmueble objeto de la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva y, además, porque el acto notificatorio de ese modo efectuado adolece de vicios de contenido que impiden tenerlo por perfeccionado en la forma exigida por la ley, defectos ambos que el ordenamiento positivo sanciona con la nulidad.

a) Frente a la primera de tales deficiencias, preciso es observar que las normas encargadas de reglamentar la notificación por edictos destinada a citar y emplazar a la parte demandada, son categóricas en exigir como uno de los presupuestos de regularidad de las actuaciones de esta naturaleza, el que se ignore el paradero del demandado, situación esta última que debe ser puesta de manifiesto por el actor mediante afirmación que se entiende por principio realizada bajo la gravedad del juramento y que, en consecuencia, tiene la virtualidad de invertir el peso de la prueba, toda vez que quien pretenda privarla de efectos debe demostrar la inexactitud de dicha afirmación. Así, pues, en el caso del que estos autos dan razón y como se dejó advertido al inicio de estas consideraciones, al recurrente en revisión no le era dado limitarse a alegar la ocurrencia de una irregularidad del tipo de la que viene examinándose, sino que con miras a conseguir que así quedara establecido de modo irrefragable, debía rendir la prueba positiva de que ella en realidad ocurrió. Pero es suficiente un pormenorizado repaso del expediente correspondiente al proceso de revisión para inferir que no precisamente por obra de veleidades formalistas imputables a la Corte, como tuvo por conveniente sugerirlo con transido desenfado el mandatario judicial del demandante en su alegato final, y sí más bien debido ello a la sorprendente ausencia de preparación técnica desde un comienzo mostrada por este último ante circunstancias nuevas que cambiaron el aspecto originario del litigio y también a la evidente falta de cuidado en que incurrió en algunas fases de la etapa probatoria de su desarrollo, la verdad es que allí no obra el más mínimo argumento demostrativo serio que indique, siquiera remotamente, que existía alguna posibilidad de que la entonces demandante en pertenencia conociera el lugar de habitación o trabajo del demandado al momento de presentar su demanda, quedando por ende huérfana de prueba la referida alegación que, por ello, no suministra base suficiente para determinar la prosperidad del recurso en cuanto a este primer aspecto concierne.

b) Sin embargo, no ocurre lo propio con la segunda base de impugnación formulada, atinente a las deficiencias del emplazamiento, de las cuales algunas de ellas por lo menos, se comprueban por el contenido del mismo edicto puede consultarse a folios 18 a 22 del cuaderno principal del expediente correspondiente al proceso ventilado en primera instancia ante el Juzgado 7° Civil del Circuito de esta capital.

En primer lugar es de advertir que, como ya se indicó, la demanda de pertenencia se entiende dirigida contra todo el mundo aunque de manera formal la ley disponga que debe presentarse contra todos aquellos que en el certificado del registrador aparezcan como titulares de derechos reales sobre el inmueble que para el presente asunto, según consta en el folio de matrícula inmobiliaria, era Basilio Quiñones Porras y contra él efectivamente se dirigió el libelo; otra cosa es que el mismo artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, antes 413, mande que en el auto admisorio de la demanda de pertenencia haya de ordenarse el emplazamiento de las personas que se crean con derecho sobre el respectivo bien, imperativo legal que también fue cumplido a cabalidad dentro del proceso ordinario que se revisa por cuanto el texto mismo del edicto literalmente dice: "Emplaza (...) a las personas indeterminadas para que (...) comparezca (sic) por sí o por medio de apoderado judicial a recibir notificación personal del auto admisorio de la demanda y hacer valer sus derechos dentro del proceso de pertenencia (...) sobre el siguiente inmueble...", de dicho tenor se desprende claramente que en efecto fueron citadas las personas que creyeran tener derechos sobre el inmueble en litigio para que dentro del término establecido los hicieran valer dentro del proceso: en este entendido, pues, pretender una declaratoria de nulidad porque en el edicto no aparezca la citación en los términos exactos que el impugnante señala, es no tener en cuenta el texto completo del parágrafo inicial del edicto y el sentido del mismo que indica sin lugar a dudas a quienes se dirige, y por ende, ignorar su verdadera razón de ser.

Y con relación a los otros defectos señalados, resulta pertinente recordar aquí lo dicho por la Corte en sentencia de fecha 19 de julio de 1989 frente a un caso semejante: "Y, en verdad, examinado el edicto que el juzgado a quo elaboró con el fin de dar cumplimiento a la expresada norma, no contiene él en su totalidad los datos que se dejaron transcritos, por cuanto que, a más de denotar algunas inexactitudes en la identificación del predio objeto de pertenencia, así sea referidas únicamente a la extensión de algunos de sus costados, omitió señalar la naturaleza de la prescripción recubada, ya la ordinaria, bien la extraordinaria. "Ello constituye a juicio de la Sala trascendente irregularidad, sin que valga invocar el contrario laxas interpretaciones, pues que, como queda dicho, tratándose de materia tan delicada por el manifiesto riesgo que comporta, el juzgador debe ser escrupuloso en exigir que todos los requisitos legales, absolutamente todos, se colmen satisfactoriamente. Ante exigencia tan perentoria, ningún reproche merece la severidad que el juez extreme en esta disciplina, como que de por medio se cuentan los más caros intereses de orden público, que persiguen señaladamente porque los juicios no se adelanten a espaldas de los interesados en la cosa litigada, cuestión que infortunadamente no siempre ha merecido la atención debida por parte de los jueces, quienes, no con poca frecuencia, convierten en letra muerta las ponderadas exigencias legislativas, cual acontece en el caso sub examine. Nada más elemental que si la ley lo manda, así se haga; cuanto más cuando,

como acá ocurre, su transgresión conduce a invalidar lo actuado con inocultable desmedro para las partes y la propia administración de justicia...".

"La importancia de delimitar correctamente el predio que es objeto de usucapión en el edicto -puntualiza líneas adelante la Corte- no requiere en verdad ningún comentario; y si se inquiriera por el fundamento del otro requisito echado de menos, tendría que explicarse que el señalamiento en el edicto de la estirpe de prescripción implorada, conduce, aunado a los otros que allí se mencionan, a precisar aún más el litigio en que pueden estar interesados los emplazados, y, por añadidura, servirá para que éstos adecúen a la mayor brevedad posible su defensa, si no se pierde de vista las sustanciales diferencias que caracterizan a una y otra".

Así, ante lo dicho por la Sala no se requieren en verdad mayores comentarios. Para el caso presente, la única inexactitud demostrada en cuanto a los linderos que del inmueble en litigio contenía el único edicto emplazatorio fijado, frente a los especificados en el Folio de Matrícula Inmobiliaria número 050066371 que por disposición del Decreto 1250 de 1970 es documento idóneo para la determinación de un inmueble, se da en la cabida que del lote suministraron las publicaciones radiales, lo cual discrepa en un metro de la real contenida en el texto del edicto que se fijó en la secretaría, inexactitud de ninguna trascendencia que por sí sola no es suficiente para dejar sin valor el emplazamiento; pero no ocurre lo propio con la irregularidad consistente en no haberse indicado en el texto del edicto divulgado, el tipo de prescripción alegada por el demandante, omisión que de acuerdo con lo expuesto líneas atrás es un defecto de importancia que incide en la validez del acto en notificación surtido en la persona de un curador ad litem *y que por lo tanto obliga a declarar la nulidad solicitada en la demanda de revisión, habida cuenta que en el presente, como en tantos otros casos, el emplazamiento efectuado, siguiendo una censurable práctica que la ley desde luego no prohíja, tuvo expresión en un acto de llamamiento edictal único y de idénticas características para quien en ese entonces fue citado en su condición de persona determinada cuya residencia actual era desconocida, y para los terceros indeterminados que eventualmente pudieran tener interés en el proceso, situación anómala en grado extremo que obliga a la declaratoria de nulidad deprecada por haberse configurado en el proceso que se revisa la causal descrita por el numeral 8º del artículo 140 del mismo estatuto.*

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. Declarar fundada la causal de revisión invocada en el presente caso, o sea la prevista en el numeral 7º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, decretándose en consecuencia la nulidad de lo actuado a partir del acto de fijación de Edicto llevado a cabo con fecha veintitrés (23) de octubre de 1982 (folio 16 vuelto del cuaderno principal) en el proceso de declaración de pertenencia adelantado por Paulina

Romero de Galindo ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, despacho al cual se ordena devolver el expediente para que allí, en los términos previstos por la ley, se proceda a renovar la actuación anulada. Líbrese por Secretaría el oficio remisorio del caso.

Segundo. Cancélanse las inscripciones tanto de la sentencia proferida en el proceso de declaración de pertenencia afectado por la precedente declaración de nulidad, como de la demanda que dio lugar a este recurso de revisión.

Para la efectividad de la determinación anterior y con los recaudos de ley, por Secretaría remítase la respectiva comunicación a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá.

Tercero. Cancélase la caución que para los efectos de este recurso otorgó el recurrente. Líbrese el correspondiente oficio a la Compañía de Seguros que la otorgó.

Sin costas en revisión.

Cópiese y notifíquese.

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

Promesa de Compraventa / Acción Resolutoria

Si la promesa tuvo cabal cumplimiento con el perfeccionamiento del contrato de compraventa, mal se puede demandar ahora su resolución por incumplimiento de una de las partes o por mutuo disenso de ambas.

Error de Hecho

Suponiendo como cierta la tesis básica del impugnador acerca de que los diversos contratos ajustados entre las partes no son otra cosa que componentes, pasos o expresiones del negocio fundamental acordado y, suponiendo, correlativamente como evidentes los errores denunciados en el cargo, la Corte, colocada en sede de instancia, no podría tomar una decisión distinta a la adoptada por el *ad quem* porque, partiendo del propio razonamiento del demandante, se encontraría con la dificultad proveniente de la exclusión de la pretensión relativa a la sociedad, cuya constitución era pieza fundamental dentro del engranaje negocial descrito por el actor. Esa exclusión le impediría a la sala ocuparse de las restantes peticiones contenidas en la demanda, pues de hacerlo resultaría en contradicción con la base argumental del propio recurrente, toda vez que ello haría ver, ni más ni menos, que los negocios sí son separables o autónomos, conforme los vio el Tribunal. Por lo tanto, los errores de apreciación probatoria denunciados en el cargo, a más de no ser manifiestos, tampoco son trascendentes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Radicación: Expediente número 3701.

Se ocupa la Corte del recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el día 22 de noviembre de 1990, dentro de este proceso ordinario seguido por Gilberto Beltrán Santofimio en frente de Juan José Vargas Ramírez y la sociedad Inmobiliaria Calarcá Ltda.

ANTECEDENTES

1. Al Juzgado Quince Civil del Circuito de Santafé de Bogotá le correspondió por reparto el escrito introductorio mediante el cual el demandante ya citado llamó a proceso ordinario de mayor cuantía a Juan José Vargas Ramírez y a la sociedad Inmobiliaria Calarcá Ltda., para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Se declaren resueltos, por incumplimiento del demandado, los siguientes contratos:

"a) El contenido en el documento de fecha 5 de diciembre de 1979 celebrado entre los señores Gilberto Beltrán Santofimio, Juan José Vargas Ramírez y Guillermo José Jiménez, cuyo desarrollo dio lugar a los siguientes actos:

"b) El de constitución de la sociedad 'Inmobiliaria Calarcá Limitada', contenido en la Escritura Pública número 6635 otorgada el día 7 de diciembre de 1979 en la Notaría Sexta de Bogotá, celebrado por los señores Gilberto Beltrán Santofimio y Juan José Vargas Ramírez;

"c) El de promesa de compraventa del derecho de dominio y posesión sobre el inmueble descrito y alinderado (sic) en el documento de fecha 5 de diciembre de 1980, suscrito y celebrado por Guillermo José Jiménez y Juan José Vargas Ramírez, quienes obraron en nombre y representación de Gilberto Beltrán Santofimio e 'Inmobiliaria Calarcá Limitada', respectivamente;

"d) El de compraventa del derecho de dominio y posesión sobre el inmueble descrito y alinderado (sic) en la Escritura Pública número 241 otorgada en la Notaría 25 de Bogotá, suscrito y celebrado por Guillermo José Jiménez y Juan José Vargas, quienes obraron en nombre y representación de Gilberto Beltrán Santofimio e 'Inmobiliaria Calarcá Limitada', respectivamente.

"2. Se declare en cabeza de mi poderdante el derecho de dominio y posesión sobre el inmueble consistente en: una casa, junto con el solar o lote de terreno en el cual se halla construida; inmueble situado en la esquina suroccidental de la intersección de la carrera trece (13) con la calle cuarenta y ocho (48) de la ciudad de Bogotá Distrito Especial y distinguido con los números cuarenta y siete y noventa y siete (47-97) de la carrera trece (13) y trece cero tres (13-03) y trece cero nueve (13-09) de la calle cuarenta y ocho (48), en la actual nomenclatura urbana de esta ciudad. A dicho inmueble le corresponde el registro catastral 4713/6; tiene un área o extensión superficiaria aproximada de doscientos veinticuatro metros cuadrados con veinte centésimas de metro cuadrado (224.20 Mts.2) y se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos generales...

"3. Se declare que el demandado debe a mi poderdante y por consiguiente se condena a que le pague:

"a) Los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los contratos descritos en el numeral 1 de este capítulo petitorio;

"b) Las costas que cause el proceso.

"En subsidio de lo pretendido en el numeral 1 de este capítulo de peticiones solicito que se declaren resueltos los contratos descritos en ese numeral por incumplimiento mutuo de las partes contratantes.

Evento en el cual pido sean concedidas también, consecuencialmente, las peticiones 2 y 3; y *subsidiariamente* que se declaren resueltos los contratos descritos en el precitado numeral 1 por mutuo disenso de los contratantes, y como consecuencia también en este caso solicito sean concedidas las peticiones 2 y 3 anteriores". (Fls. 32 a 34 cdno. 1).

2. La *causa-petendi* se hizo descansar en la situación fáctica que a continuación se compendia:

Gilberto Beltrán Santofimio, residenciado en Venezuela, propietario de un inmueble situado en la Carrera 13 con calle 48 de esta ciudad, convino con Juan José Vargas Ramírez en la construcción, promoción y venta de una edificación de varias plantas en el mencionado terreno.

En virtud de tales conversaciones, y para la realización del fin perseguido, se constituyó la sociedad de responsabilidad limitada "Inmobiliaria Calarcá Ltda.", conformada por un capital representado en el inmueble citado que aportaba Gilberto Beltrán Santofimio, y por la suma de dinero equivalente a los honorarios que percibiría Juan José Vargas Ramírez por la construcción, promoción y venta del referido edificio.

A raíz de que el lote de terreno donde se proyectaba la edificación se encontraba construido, se encargó al propietario del mismo para que realizara las gestiones tendientes a lograr la total desocupación por parte de quienes, como arrendatarios, lo ocupaban, pactándose igualmente que si llegada la fecha de la entrega ello no se hubiese logrado, serían las partes contratantes, conjuntamente, quienes se encargarían de tal labor.

Finalmente, la no obtención de la total desocupación del referido inmueble, significó el fracaso de los planes relacionados con su demolición y subsiguiente construcción de la nueva edificación.

La demanda anterior, junto con su reforma por la cual se incluyó como demandada a la sociedad referida, fue admitida y corrida en traslado. Sobre ella se pronunció Juan José Vargas Ramírez en su condición de Gerente de la sociedad "Inmobiliaria Calarcá Ltda.", para oponerse a las súplicas deducidas en la misma, aceptando unos hechos -relacionados con el convenio encaminado a conformar la sociedad para proceder a construir el edificio programado-, y negando aquéllos que hacían referencia al supuesto aporte del inmueble por parte del demandante y a su presunto incumplimiento, todo ello como preámbulo a la proposición de la excepción previa de falta de competencia, por existir en uno de los contratos demandados una cláusula de arbitramento, y a la de mérito de contrato no cumplido.

El Juzgado encontró probada la excepción previa de falta de competencia, por cuya virtud se le cerró el camino a la pretensión relacionada con el contrato de sociedad.

Tramitada la instancia en lo restante, profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte demandante por encontrar probada la excepción de contrato no cumplido.

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, el Tribunal revocó la decisión de primer grado y en su lugar negó las pretensiones principales y

subsidiarias "referente a los contratos del 5 de diciembre de 1979, 5 de febrero de 1980 y Escritura Pública 241 del 13 de noviembre de 1980".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de una breve presentación del litigio, con indicación de las pretensiones propuestas, el *ad quem* entra a resumir los hechos, sintetizando cada una de las comunicaciones y de los contratos suscritos entre las partes, para pasar a relacionar los distintos anexos allegados con la demanda y hacer un somero recuento de las incidencias procesales surtidas en ambas instancias.

Situado en el terreno de las consideraciones, empieza por destacar la existencia de varias pretensiones acumuladas en forma subsidiaria y "contra varios contratos suscritos entre las mismas partes", para resaltar que en virtud del éxito de la excepción previa de cláusula de arbitramento, el contrato mediante el cual se constituyó la sociedad demandada quedó por fuera del debate.

A continuación, el Tribunal examina, en detalle, cada uno de los tres contratos cuya resolución se deprecia, y asevera, con relación a la propuesta contenida en documento de 5 de diciembre de 1979, que, según sus términos, se trata de "un acuerdo fundamental", referido a la constitución de una sociedad, celebrado en forma imprecisa en cuanto al "modo, tiempo y lugar de su cumplimiento", por lo cual se hace imposible "determinar un incumplimiento de cualquiera de las partes: (f. 35)", para concluir, entonces, con la improsperidad de la pretensión fundamentada en la misma.

En pos de desestimar la súplica encaminada a lograr la resolución de la promesa de compraventa suscrita por las partes el 5 de febrero de 1980, referida a la venta del inmueble de propiedad del demandante a favor de la sociedad demandada, el Tribunal encuentra que "todos los efectos o consecuencias jurídicas de la promesa funcionaron por el contrato posterior", toda vez que al perfeccionarse luego el contrato prometido, el precontrato se cumplió cabalmente y mal puede por ende deprecarse su resolución por incumplimiento.

A su turno, en frente de la pretensión orientada a obtener la resolución del contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 241 del 13 de noviembre de 1980, corrida en la Notaría Vigésima-quinta de Santafé de Bogotá, mediante la cual el demandante transfirió el bien inmueble a la sociedad demandada, "no como aporte de socio sino a título de venta", según palabras del Tribunal, esa Corporación no encuentra demostración alguna del supuesto incumplimiento por cuanto allí se afirma que el precio fue cancelado y que el bien fue entregado.

Arguye el *ad quem*, que de sostenerse el no pago del precio, ha debido ser la acción de simulación la adecuada para ser propuesta por el demandante "cuestión que aquí no ocurrió".

Por último, para refutar los argumentos del *a quo* que encontró probada la excepción de contrato no cumplido, el Tribunal reitera que la verdadera razón para negar la resolución o el mutuo incumplimiento estriba en el hecho de "haberse celebrado la escritura pública dando cumplimiento a la promesa y por consiguiente haber perdido vigencia aquel contrato. Es decir, la obligación de desalojar a los inquilinos tal como se

pactó en la promesa de venta, dejó de existir con la celebración de la escritura pública". (F. 37).

LA DEMANDA DE CASACION

Un solo cargo, con apoyo en la causal 1 del artículo 368 del C. de P.C., formula el recurrente contra la sentencia impugnada, para que se case y, en su lugar, se acceda a las súplicas principales de la demanda, o en su defecto, a la primera o segunda subsidiarias.

Se acusa en él la sentencia por violación indirecta de los artículos 822, 870 y 871 del Código de Comercio, artículos 1546, 1594, 1602, 1603, 1608, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 1618, 1620, 1621 y 1625 del Código Civil, por error de hecho al no haberse apreciado algunas pruebas, y por haber visto en las que apreció lo que no decían, así como por error de hecho en la interpretación de la demanda.

Igualmente considera violados los artículos 905 del Código de Comercio, el 1766 y 1857 del Código Civil por idénticos motivos a los enunciados antes.

Al desarrollar el cargo, el recurrente empieza por advertir que el Tribunal desechó el material probatorio aportado al proceso, al fundamentar su fallo en el exclusivo estudio de tres pruebas, a saber los contratos suscritos el 5 de diciembre de 1979, el 5 de febrero de 1980 y el 13 de noviembre de 1980, dejando de lado pruebas tales como la Carta número 820 del 8 de noviembre de 1979 y su anexo de noviembre 7 de 1979; la diligencia de inspección judicial practicada al inmueble; la diligencia de inspección judicial realizada en las oficinas de la sociedad demandada; el dictamen pericial; el testimonio de Guillermo José Jiménez Riveros, su reconocimiento de firmas y de documentos; y, las respuestas a los interrogatorios de Gilberto Beltrán Santofimio, Juan José Vargas Ramírez y Guillermo José Jiménez.

Subdivide luego el recurrente su censura a la decisión del Tribunal en varios apartes en la forma que aquí se sintetiza:

1. Dice que el contrato suscrito por las partes el 5 de diciembre de 1979 fue analizado por el Tribunal parcialmente por cuanto no observó en él el punto tercero donde se acepta la Carta número 820 como parte integrante del mismo; carta ésta que fue reconocida por su destinatario inicial Guillermo José Jiménez (fls. 105 cdno. ppal.), confirmada por Juan José Vargas Ramírez (fls. 21 y 22 del cdno. 6º), y ratificada por Guillermo José Jiménez en su interrogatorio (fls. 26 a 29 del cdno. 6º).

De haber tenido en cuenta el Tribunal esa carta y su anexo, no habría llegado a la conclusión de que ese contrato del 5 de diciembre de 1979 estaba concebido en términos generales e imprecisos, por cuanto en tales documentos se precisaba un plazo de 10 meses contado a partir de cuando se efectuara la inversión pertinente.

En esas condiciones, y por cuanto en el punto segundo de ese contrato suscrito el 5 de diciembre de 1979 se concretaba que el capital del negocio se conformaba por el aporte o venta del inmueble a la sociedad, por parte de Gilberto Beltrán, y por el aporte de honorarios y un saldo en efectivo "en el mismo momento" por parte de Juan José Vargas, la venta del inmueble realizada el 13 de noviembre de 1980 marcó el comienzo del plazo acordado de los 10 meses que se extendían, entonces, hasta el 13 de septiembre de 1981.

2. El Tribunal, al interpretar la demanda, incurrió en error de hecho por cuanto vio pretensiones resolutorias diversas con relación a cada uno de los actos contractuales, cuando la súplica buscaba la resolución del contrato fundamental, celebrado el 5 de diciembre de 1979 "y como consecuencia de esa resolución, la de los demás que fueron simplemente pasos en desarrollo del primero".

Y es que, agrega el recurrente, no era viable analizar cada paso por separado por cuanto el fin era único, "el de la construcción del edificio", para lo cual se constituía la sociedad, se invertían los aportes, se vendía el inmueble "para llegar finalmente a la construcción, promoción y venta del edificio".

3. El Tribunal erró al no apreciar la Carta número 820 y su anexo, así como las declaraciones de Guillermo José Jiménez, que demostraban la existencia de un solo negocio dentro del cual actos como la constitución de una sociedad y el aporte del inmueble, "para la construcción, promoción y venta de un edificio en el inmueble aportado", eran pasos dentro del mismo, como igual lo eran el aporte en trabajo de Juan José Vargas, la administración de la obra y la búsqueda, por su parte, de financiación.

Como el Tribunal no tuvo en cuenta la declaración de Juan José Vargas no apreció lo que éste dijo en relación con su propuesta, vertida en carta de intención, donde se convenía la venta del inmueble de una sociedad que se constituía para la construcción del edificio, ni que al prometerse en venta el inmueble, el propietario del mismo "ofrecía realizar las gestiones necesarias para obtener la rapida desocupación del inmueble", sin que el promitente vendedor hubiese cumplido con el contrato, manifestaciones con las cuales confesaba la existencia de un solo contrato, en concordancia con lo dicho por el demandante.

4. Al contemplar la escritura 241 como la culminación del negocio y no como un paso del mismo, el Tribunal incurrió en error de hecho porque dejó de ver que con la declaración de la sociedad compradora en el sentido de recibir el inmueble "real y materialmente", se estaba modificando el negocio fundamental "respecto de la obligación de mi representado de hacer desocupar el terreno materia de la negociación", así como lo estipulado en la promesa del 5 de febrero de 1980 "respecto de la obligación de hacer de común acuerdo las gestiones para la desocupación", pues ya era a la sociedad a la que correspondía realizar los trámites destinados a la recuperación de la tenencia del inmueble.

Por no tener en cuenta el Tribunal los testimonios de Guillermo José Jiménez, no apreció que el demandado, como representante legal de la sociedad propietaria, no adelantó los trámites tendientes a obtener la desocupación del inmueble, en lo que se constituyó en la causal principal de la no culminación del negocio convenido.

5. Al no apreciar el Tribunal el dictamen pericial que obra a folios 91 a 95 del cuaderno número uno, no dio por probado que el demandado incumplió además con su obligación de elaborar el proyecto y obtener la licencia de construcción, "pasos adecuados para obtener la restitución del inmueble".

6. El Tribunal incurrió en error de hecho al analizar el supuesto cumplimiento del contrato de compraventa a la luz exclusiva de la correcta aplicación de las normas legales pertinentes, sin tener en cuenta que ello no era el motivo en el cual descansaba la

pretensión resolutoria, "sino el resultado de ser esta escritura un simple paso en el desarrollo de un negocio que no culminó cabalmente".

Los errores de hecho enunciados llevaron a violar, indirectamente, las normas legales que regulan la buena fe con que deben cumplirse los contratos, la ocurrencia de la mora, la interpretación de las cláusulas contractuales, así como la indemnización de perjuicios.

Por último, el recurrente asevera que de haberse tenido en cuenta la totalidad de la prueba recaudada, el Tribunal habría tenido que decretar la resolución del contrato por mutuo incumplimiento o por mutuo disenso, por cuanto la conducta de las partes indicó el ánimo conjunto de deshacer un pacto contractual que ya a ninguna interesa.

SE CONSIDERA

1. Como con toda nitidez se desprende del extracto precedente, la base sobre la cual el recurrente ha hecho girar todo su ataque en contra de la sentencia impugnada, reside en considerar que lo acordado por las partes fue un negocio único cuyo objeto era la construcción y venta de un edificio en el lote descrito en los antecedentes, negocio respecto del cual los distintos contratos cuya resolución se ha deprecado, no eran más que manifestaciones sucesivas y concatenadas, orientadas todas, de manera confluente, al logro del objetivo mencionado. Y es, pues, desde tal perspectiva que le ha endilgado al sentenciador los distintos yerros de apreciación probatoria denunciados en el cargo.

Ese planteamiento no tendría nada de inusual, si no mediaran los inconvenientes de los que a continuación se habla.

2. Dejando de lado el problema concerniente a que lo plasmado por las partes en el escrito fechado el 5 de diciembre de 1979 pueda en verdad ser calificado como contrato, punto éste que únicamente sería abordable si se concluyese que por parte del Tribunal se cometió en su apreciación un error con el carácter de evidente y que, por tanto, fuese indispensable examinar si, además de ello, resulta ser trascendente, dejando al margen este aspecto de la cuestión, se repite, viene al caso recordar que el juzgador se abstuvo de decretar su resolución a raíz de haber apreciado que las obligaciones en él consignadas lo habían sido "en términos muy generales sin precisar modo, tiempo y lugar de su cumplimiento".

El recurrente, por su lado, estima que sí existía un término para el cumplimiento de las obligaciones, término que era de 18 meses, como consta en el estudio preliminar que figura como anexo de la Carta número 820 del 8 de noviembre de 1979, la cual se incorporó al "contrato" por medio de lo estipulado en su cláusula 3, plazo que, a su vez, debía computarse a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura pública mediante la cual el demandante transfirió el inmueble a la sociedad constituida con el demandado, y en la cual, además, quedaba contabilizado el aporte hecho por éste a la misma entidad.

3. Admitiendo que el denominado "estudio preliminar" forme parte de la Carta número 820, y que ésta quedó incorporada al convenio del 5 de diciembre de 1979, lo que en cambio, no resulta evidente es que las partes hubiesen pactado un plazo de diez meses para el cumplimiento de las supuestas obligaciones acordadas en éste, con fundamento en lo que aparece consignado en aquél.

En efecto, refiriéndose a los "rendimientos" dícese allí que "sobre un capital aportado de $6.766.900 por los socios se obtienen unas utilidades de $5.805.397, *en 10 meses de inversión*, lo que significa una rentabilidad del 86%. Debe tenerse en cuenta además -se agrega- que los aportes de los participantes se harán gradualmente, según un flujo de fondos que se programe, durante la construcción".

Con toda nitidez, entonces, se ve que lo dicho no es más que un simple cálculo de rentabilidad del capital a invertirse, proyectado a un término de diez meses, pero no un plazo dentro del cual deberían cumplirse las obligaciones que habrían de permitir la construcción del edificio.

De hecho, en el apartado 2.5 del mismo "estudio preliminar", atinente a la "utilidad", ésta se calcula, cabalmente, en $5.805.397, suma que resulta de la diferencia entre el "valor de las ventas", previsto en $17.377.000, y el "valor de los costos", promediado en $11.571.603. Por otra parte, precisa observar que entre los costos figura el "valor de la construcción y del terreno", estimados ambos en $9.300.000.00.

Lo anterior representa que los diez meses de los que se habla en el susodicho documento están referidos es al tiempo dentro del cual se tendría que ejecutar la construcción y llevarse a cabo las ventas, lo que, como de toda obviedad resulta decirlo, presuponía el agotamiento de las etapas previas, en particular, las atañederas a la constitución de la sociedad y a la desocupación del inmueble por parte de los inquilinos que a la sazón lo ocupaban.

Por lo mismo, ese término no podía tener el alcance que en este momento el recurrente pretende asignarle y, naturalmente, el *ad quem* ningún desacierto cometió cuando prefirió su apreciación.

De otra parte, el Tribunal dijo que en ese "contrato" no aparecerían consignados ni el "modo" ni el "lugar" del cumplimiento de las obligaciones acordadas por las partes. A este respecto, si lo anterior no se tuviera como suficiente para descartar la presencia del error atribuido al sentenciador, hay que señalar que el recurrente no se preocupa por mostrar dónde se encuentran ambos factores, o mejor, cuando los ha debido ver aquél, como que no pasa de observar que "el negocio objeto del contrato, (está) claramente determinado en el punto primero del contrato, cuyos pasos de desarrollo también aparecen en el mismo contrato y en la Carta número 820...", dedicando el correspondiente paso del ataque, casi en su totalidad, a patentizar la existencia del plazo y el consecuencial desacierto del *ad quem*.

4. El impugnador dice, además, que el Tribunal se equivocó al interpretar la demanda, lo mismo que, desde otros aspectos, al apreciar el "contrato fundamental" del 5 de diciembre de 1979, la Carta número 820, el contrato de promesa de fecha 5 de febrero de 1980 y la Escritura Pública número 241 del 13 de noviembre de 1980 contentiva de la venta hecha por Gilberto Beltrán a la sociedad "Inmobiliaria Calarcá", y al no haber visto las declaraciones del testigo Guillermo José Jiménez y del demandado Juan José Vargas.

Sostiene que el sentenciador no ha debido tratar los distintos contratos en forma separada, sino ver que se estaba ante un solo negocio, cuyos pasos iban desde la

constitución de la sociedad, los aportes a la misma, la venta del inmueble, hasta llegar a la construcción, promoción y venta del edificio.

Empero, si, como es claro, el cargo no sale avante en la primera fase del ataque, o sea, si no logra superar con éxito los reparos que el Tribunal le hizo al llamado "contrato fundamental", es lógico que tampoco puede abrirse paso en este otro tramo de la censura, como quiera que el enfoque que de la cuestión se busca ofrecer en los términos dichos, presupone que, en realidad, el referido pacto pueda ser tenido como probatoriamente definido.

Pero, por sobre todo, la Sala encuentra que el juicio expuesto por el Tribunal en relación con la promesa de contrato y con el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 241 del 13 de noviembre de 1980, es inobjetable.

Ciertamente, si la promesa tuvo cabal cumplimiento con el perfeccionamiento del contrato de compraventa, no se puede demandar ahora su resolución por incumplimiento de una de las partes o por mutuo disenso de ambas.

Y en lo relativo al contrato de compraventa consignado en el instrumento prealudido, a cuyo tenor el demandante se obligó a trasferirle a la sociedad el inmueble donde el edificio habría de ser levantado, el actor tenía que haber empezado por solicitar la declaratoria de simulación, tal como el Tribunal lo puso de presente, puesto que, aún para ver el traspaso del dominio cumplido en favor de la sociedad por el demandante desde la posición por éste propugnada, era indispensable la remoción del obstáculo proveniente de las declaraciones vertidas por las partes en la escritura pública, como que ellas, de modo fehaciente, configuran y prueban un contrato de compraventa que debe tenerse como tal hasta tanto no se haga prevalecer el aspecto oculto de la voluntad de las partes, y esta prevalencia, frente al desacuerdo de las partes para concretarla, únicamente puede cristalizar mediante una específica declaratoria judicial en ese sentido.

De modo que, sin quebrantar las normas reguladoras de la simulación y de la compraventa, al sentenciador no le era dable ver un acto distinto al representado en la escritura pública sin que mediara una pretensión en tal sentido, y ello, por más que se hubiese dicho que aquél debía ser mirado dentro de un complejo negocial del cual hacía parte.

Adicionalmente, si las pretensiones del actor venían orientadas, en primera línea, a obtener la resolución de los contratos, el de compraventa, mientras se tenía como tal -y así debe tenerse hasta tanto no se diga que era simulado-, no puede ser deshecho más que con arreglo a sus propios términos, los cuales, como es palmar, no coinciden con los empleados por el demandante, para quien esa resolución debe producirse dentro de un marco negocial distinto, o sea, que el incumplimiento no podría ser mirado con sujeción al texto de las obligaciones consignadas en el instrumento, sino con base en lo que supuestamente las partes no quisieron que apareciera estipulado, y las restituciones mutuas que complementariamente deberían ser dispuestas no serían las que corresponderían al contrato cuya resolución se ha solicitado (véase el literal 'd' de la petición número uno de la demanda), sino a otro diferente.

Lo anterior significa que el Tribunal atinó al ver los contratos de promesa de compraventa y de compraventa como tales y que, en consecuencia, no pudo haber cometido los yerros fácticos que, con referencia a los mismos, le adjudica el censor.

Huelga decir que, por virtud de lo expresado, los restantes yerros denunciados en el cargo son por completo irrelevantes.

5. Por último, la Sala se permite observar que, de conformidad con los antecedentes del caso, piedra angular de las negociaciones cumplidas entre las partes lo fue la constitución de la sociedad "Inmobiliaria Calarcá Limitada", mediante la Escritura Pública número 6.535 del 7 de diciembre de 1979 de la Notaría 6ª de Bogotá, cuya resolución también se impetró en el escrito de apertura del proceso, pretensión que quedó excluida del debate al prosperar a su respecto una excepción previa de falta de competencia, sin que el recurrente en el cargo dijera nada al respecto.

Ahora bien, suponiendo como cierta la tesis básica del impugnador acerca de que los diversos contratos ajustados entre las partes no son otra cosa que componentes, pasos o expresiones del negocio fundamental acordado el 5 de diciembre de 1979, y, suponiendo, correlativamente, como evidentes los errores denunciados en el cargo, la Corte, colocada en sede de instancia, no podría tomar una decisión distinta a la adoptada por el *ad quem* porque, partiendo del propio razonamiento del demandante, se encontraría con la dificultad proveniente de la exclusión de la pretensión relativa a la sociedad, cuya constitución era pieza fundamental dentro del engranaje negocial descrito por el actor. Esa exclusión le impediría a la Sala ocuparse de las restantes peticiones contenidas en la demanda, pues de hacerlo resultaría en contradicción con la base argumental del propio recurrente, toda vez que ello haría ver, ni más ni menos, que los negocios sí son separables o autónomos, conforme los vio el Tribunal.

Por lo tanto, los errores de apreciación probatoria denunciados en el cargo, además de no ser manifiestos, tampoco son trascendentes, todo lo cual lleva a decir que éste no se abre paso.

DECISION:

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 22 de noviembre de 1990, dentro de el proceso ordinario instaurado por Gilberto Beltrán Santofimio den frente de Juan José Vargas Ramírez y la sociedad Inmobiliaria Calarcá Ltda.

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

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

Transacción

Examinado el documento. -escrito que precisa los alcances de la transacción-, encuéntrase que aparece suscrito por los apoderados tanto de los demandantes como de la entidad demandada; que además reúne los requisitos legales, toda vez que el libelo contentivo de la misma está presentado en debida forma, comprende los alcances de la transacción, versa sobre materia susceptible de transigirse y tales apoderados están facultados para hacerlo, es por lo que se debe declarar terminado el trámite del recurso de revisión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

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

Decídese el recurso de reposición interpuesto por la entidad demandada en revisión contra el auto de 11 de octubre de 1993, proferido dentro del trámite del recurso de revisión formulado por Laboratorios L'Abejar y Rafael Arjona Alvarado contra la sentencia de 16 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en el proceso ejecutivo promovido por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero contra los recurrentes y Belisario Jara, Olga Alvarado de Arjona y Adelina Alvarado Martínez.

Para ello se considera:

1. El auto combatido, como se sabe, dispuso no estudiar la terminación del trámite del recurso extraordinario de revisión, hasta que no se demostrara la cancelación de las cargas fiscales que el documento de transacción implica.

2. La recurrente, por su parte, estima que esa decisión debe ser revocada y, en cambio, se le debe dar curso a la solicitud y acceder a los pedimentos impetrados en dicho escrito, si se tiene en cuenta que se dio cabal cumplimiento al artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, que establece que la transacción puede presentarse, bien en escrito que precise los alcances de la misma, a bien arrimando el contrato mismo, y que en este caso se optó por lo primero.

Agrega que "en el presente caso la transacción no está sujeta al pago del impuesto de timbre porque como se informó en el escrito aludido, la suma que quedó pendiente de pago fue de $15.000.000.00 para lo cual los interesados suscribieron un pagaré para

amortizar en cuotas mensuales de $1.000.000.00 cada una, y de conformidad con el Impuesto de Timbre se causa para los documentos en que consten obligaciones cuya cuantía sea superior a $15.000.000.00 por ende aquí tampoco cabe el impuesto que extraña la Corte".

3. Como se aprecia, el problema así suscitado gira en torno a saber si la transacción aludida causa o no impuesto de timbre, acorde con lo establecido en el artículo 519 del Decreto 2065 de 1992.

Al tenor de la citada disposición, dicho impuesto se causa sobre los instrumentos públicos, documentos privados incluidos los títulos valores que se otorguen en el país o fuera de él pero que se ejecuten en el territorio nacional y cuya cuantía sea superior a $15.000.000.00.

Si bien no es posible establecer si en este asunto se causa impuesto de timbre, por cuanto se desconoce la existencia de documento escrito que contenga la transacción deprecada y el gravamen se debe liquidar sobre el documento mismo, se observa sin embargo, que para cristalizar la aludida operación se suscribieron títulos valores, tal como se puntualiza en la petición, por $11.000.000.00 y $15.000.000.00, documentos que llevan incluido el pago del gravamen fiscal dependiendo de su cuantía.

Tal circunstancia hace, de consiguiente, que el recurso interpuesto prospere, y por ende, se entre a verificar la procedencia de la terminación del trámite del recurso extraordinario, por la transacción acordada entre las partes.

4. De conformidad con el escrito que precisa los alcances de la transacción, visto a folios 81 y 82 de este cuaderno, se ha solicitado se decrete la terminación de este proceso.

Examinado dicho documento, encuéntrase que aparece suscrito por los apoderados tanto de los demandantes como de la entidad demandada; que además reúne los requisitos legales, toda vez que el libelo contentivo de la misma está presentado en debida forma, comprende los alcances de la transacción, versa sobre materia susceptible de transigirse y ules apoderados están facultados para hacerlo, es por lo que se debe declarar terminado el trámite del recurso de revisión referenciado (artículo 340, inciso 3°, Código de Procedimiento Civil).

POR LO EXPUESTO, SE RESUELVE:

Primero. Revocar en todas sus partes la providencia materia del recurso, o sea la proferida el 11 de octubre del año en curso.

Segundo. Acéptase la transacción que en los términos que se dejan relatados ha sido presentada en este asunto.

Tercero. En consecuencia, se da por terminada la tramitación del recurso extraordinario de revisión mencionado, y se dispone la remisión al juzgado de origen del expediente contentivo del proceso ejecutivo que dio origen al recurso.

El cuaderno contentivo de la actuación surtida ante esta Corporación, archívese.

Por no haberse conveuido otra cosa, no hay lugar a costas.

Notifíquese.

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

Violación Norma Sustancial
- Vía 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 hace actuar una que le es extraña, ello por efecto de haber incurrido en errores en la estimación de las pruebas.

Prenda / Responsabilidad Contractual / Obligación de No Hacer

Existen dos clases de prenda, a saber: La ordinaria o normal "con tenencia", en la que es esencial el desplazamiento real y efectivo de la tenencia al acreedor para que se perfeccione en toda su amplitud la garantía correspondiente, y una prenda especial en que este elemento no juega papel y mediante la cual podrá gravarse toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación. / La obligación que sobre el acreedor recae dada su condición de tenedor prendario, consistente en no abusar de la prenda, se pone de manifiesto entonces en una verdadera prestación negativa que, en el evento de ser quebrantada y de acuerdo con las reglas generales, puede dar lugar a la responsabilidad contractual de dicho acreedor, responsabilidad que al igual de todas las de su género, debe asentarse en la ocurrencia de varios presupuestos para cuyo tratamiento probatorio ha de distinguirse entre lo que es verificación de la correspondiente infracción encarnado en la realización positiva de la conducta prohibida, circunstancia que sin lugar a dudas es un elemento fáctico constitutivo de la pretensión resarcitoria que quien la haga valer siempre debe probar, y la cuestión referente a la posible justificación de esa contravención debitoria.

Mora

Son tres los elementos indispensables para que pueda considerarse configurada la situación de mora del deudor, a saber: a) El retardo a él imputable en el cumplimiento de la obligación; b) La interpelación o requerimiento del acreedor; c) Una actitud legítima de este último que le permita aprovechar frente al deudor las ventajas del contrato. Son reconocidas tres clases posibles de interpelación, una

de índole extracontractual pues no resulta del contrato sino un acto de intimación personal efectuado con intervención judicial por el acreedor para que su deudor entregue, haga o deje de ejecutar una cosa, y las dos restantes de estirpe contractual por cuanto son partes quienes desde allí, al momento de concertarlo, han señalado el momento en que el cumplimiento debe producirse hasta el punto que puede decirse que, en estos supuestos, son las propias cláusulas conclusyentes del negocio las que interpelan, y ese señalamiento convencional admite a su vez dos modalidades: La primera que es expresa si se trata de un plazo hecho explícito por los estipulantes en su acuerdo de voluntades, caso en el cual el retardo viene dado por el vencimiento mientras que la segunda, en la medida que a ella se llega por vía interpretativa apreciando la naturaleza y circunstancias de la respectiva obligación, es tácita porque, de acuerdo con esos elementos, aparece clara en el negocio la intención de que la "mora" sea automática ya que el cumplimiento sólo le es útil al acreedor en determinada época y no en otra distinta.

Demanda de Casación

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, intranscendente, 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.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de noviembre de 1993.

Referencia: Expediente número 3990.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de abril de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Luis Horacio Restrepo González contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

I. EL LITIGIO

1. El 12 de enero de 1990 y actuando a través de apoderado, Luis Horacio Restrepo González, vecino de Pereira, presentó ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá demanda ordinaria para que, con citación y audiencia de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

Primero. Que la institución demandada es civilmente responsable de la pérdida total de las cosechas de café producidas por la finca Villa Luisa, paraje La Aurora en el Municipio de Balboa, Risaralda, que en la cantidad de 100.000 kilos de café pergamino

seco de trilla por año le fueron dados en prenda agraria por Luis Horacio Restrepo González según documento suscrito en la ciudad de Pereira el 13 de julio de 1979, y cuya tenencia material recibió a entera satisfacción en diligencia judicial llevada a cabo el 10 de diciembre de 1981.

Segundo. Que condene a la entidad crediticia a pagarle al demandante el valor total de las referidas cosechas de café, avaluado pericialmente con base en los precios del café durante el tiempo que la demandada administró y explotó los cafetales, es decir, del 10 de diciembre de 1981 hasta el 23 de octubre de 1987.

Tercero. Se declare a la demandada civilmente responsable de la indemnización por el daño emergente sufrido por el accionante, consistente en la pérdida total de la referida finca Villa Luisa a causa de la apropiación arbitraria que de las cosechas de la finca hizo para su provecho la entidad demandada y por el lucro cesante consistente en la pérdida de todos los frutos dejados de percibir por el actor en dicha finca desde el 23 de octubre de 1987, hasta la fecha en que se verifique el pago.

Cuarto. Se condene a la demandada al pago a favor del actor del valor total de la citada finca y al pago de la totalidad de los frutos de la misma a partir del 23 de octubre de 1987 y hasta el día en que se verifique el pago.

Quinto. Se ordene la actualización de todos los valores a cuyo pago sea condenada la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero; según los índices anuales de corrección monetaria o de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional, hasta la fecha en que se verifique el correspondiente pago; y

Sexto. Se declare extinguido el gravamen de prenda agraria constituida sobre las cosechas de café de la finca Villa Luisa, según documento suscrito en Pereira el 11 de julio de 1979 entre demandante y demandada, en razón a que la entidad acreedora ha dejado pasar más de dos años sin ejercitar la acción real para el pago, prescribiendo por tanto dicha acción. Para la cancelación del correspondiente registro, solicita se oficie informando tal decisión a la Cámara de Comercio de Pereira.

2. Como fundamento de las anteriores pretensiones, el actor relaciona los hechos que a continuación se sintetizan:

a) Mediante Escritura Pública número 592 del 26 de abril de 1979, protocolizada en la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira, Luis Horacio Restrepo González constituyó hipoteca abierta a favor de la sociedad Trujillo y Cía. Inversiones San José S. en C., gravamen establecido sobre una finca de su propiedad denominada Villa Luisa, ubicada en la vereda La Aurora, Municipio de Balboa, Risaralda, de unas 120 hectáreas de superficie, mejorada con plantaciones de café, pastos, plátano, monte, casas de habitación y beneficiaderos para el café. Dicha hipoteca tenía como finalidad garantizar a la sociedad Trujillo y Cía. Inversiones San José S. en C., cualquier obligación a cargo del demandante y en favor de dicha sociedad hasta la cantidad de $4.400.000.00, obligaciones que además fueron respaldadas por el actor con cuatro letras de cambio giradas el 4 de marzo de 1979, cada una de $1.100.000 con vencimiento a un año (marzo 6 de 1980), la primera, y las restantes para el 6 de marzo de 1981.

b) Así mismo, el actor celebró en Pereira un contrato de prenda agraria con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 13 de julio de 1979, contrato mediante el cual se constituía en deudor prendario de esta institución, pignorando en su favor "...las cosechas íntegras, presentes y futuras que a partir de la firma del (...) documento y hasta la completa cancelación de los créditos garantizados con el presente pagaré produzcan las plantaciones de café de la finca arriba detallada, producción calculada para los meses de octubre a diciembre de 1979 a 1984, en la cantidad de 600.000 kilos de café pergamino seco de trilla, avaluados en la suma de veinticuatro millones de pesos ($24.000.000.00) moneda legal, producción de un año $4.000.000.00...". Para poder perfeccionar esta garantía, la entidad crediticia solicitó autorización por parte de la sociedad Trujillo y Cía. Inversiones San José S. en C., la que se obtuvo por carta de fecha 11 de junio de 1979, y fue así como, amparada en la prenda constituida, la Caja otorgó al actor los créditos comprendidos en los siguientes pagarés: número 32.189 por $200.000 con vencimiento abril 17 de 1980; número 32.438 por $500.000 con vencimiento marzo 14 de 1980; número 32450 por $400.000 con vencimiento julio 18 de 1980 y el número 34446 por $300.000 con vencimiento el 2 de septiembre de 1980, títulos éstos con apoyo en los cuales, el 15 de octubre de 1980 la entidad bancaria tantas veces mentada inició contra el actor proceso ejecutivo singular en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, dentro del cual se pidió y decretó como medida cautelar llevados al embargo y secuestro de la finca Villa Luisa, medidas elevadas a cabo el 28 de octubre y el 10 de diciembre de 1980, respectivamente;

c) Por otro lado, dada su condición de titular del gravamen hipotecario descrito al inicio de este resumen, el 11 de agosto de 1981 y ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, la sociedad Trujillo y Cía. Inversiones San José S. en C. entabló en contra de Luis Horacio Restrepo González un proceso de carácter ejecutivo hipotecario, habiendo sido decretado el embargo y secuestro de la finca Villa Luisa el 13 de agosto de 1981, medida comunicada a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos donde, consecuencialmente, se canceló la medida cautelar decretada en el proceso ejecutivo singular promovido por la Caja Agraria como quiera que esta entidad, al incoar la ejecución, no la fundamentó en la prenda agraria propiamente sino en los pagarés vencidos;

d) El 27 de noviembre de 1981, la Caja Agraria solicitó en escrito repartido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira "la entrega al referido banco de los cafetales que existen dentro de la finca Villa Luisa, ...entrega que debe decretarse y llevarse a efecto sin admitir oposiciones" en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1933 y 28 de la Ley 26 de 1936 relativos a la prenda agraria, petición resuelta favorablemente por el juzgado en providencia de fecha 1º de diciembre de 1981, y llevada a cabo mediante comisión por el Juzgado Promiscuo Municipal de Balboa, Risaralda, el 10 de diciembre de 1981 en diligencia donde se entregaron los referidos cafetales a Jaime Mejía Marulanda quien, al recibirlos como apoderado judicial de la acreedora solicitante, manifestó que ella nombró como administrador de la referida explotación cafetera a Saro Rivera Cossio y que los recibe a plena satisfacción;

e) El proceso ejecutivo hipotecario promovido por la sociedad Trujillo y Cía. Inversiones San José S. en C., contra Luis Horacio Restrepo González continuó su curso en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, pero antes de efectuarse el remate

con que culminó el 10 de septiembre de 1987, dice la demanda que fue afectada de manera grave en cuanto a sus efectos económicos por las varias solicitudes que la *Caja Agraria* envió al juez del conocimiento para que advirtiera expresamente que las cosechas de la finca objeto de subasta estaban en su poder. Así mismo, la entrega de los cafetales existentes en dicho predio a la entidad crediticia demandada, fue factor determinante para que en la peritación o avalúo dentro del proceso se le fijara un precio mínimo pues, afirman los peritos, la hallaron en mal estado de conservación y completamente abandonada, situación que afectó a tal punto el proceso que la finca se vendió en la tercera licitación por sólo el 40% de su precio y eso porque el acreedor hipotecario la remató por el valor de su crédito;

f) La entidad demandada nunca subastó los frutos que le fueron dados en prenda, los cuales explotó a lo largo de seis años sin rendir cuentas de ellos, sin aplicar a sus propias acreencias ni a la cuenta del deudor Restrepo González el más mínimo abono, apropiándose de ellos ilegal y arbitrariamente, sin fórmula de juicio ya que con la entrega judicial que de ellos se le hizo no hubo título traslaticio de dominio sino solamente cambio en el carácter al gravamen de prenda agraria sin tenencia por prenda manual común de carácter agrario y, debido a esa enajenación forzada con condiciones tan negativas, al demandante le fue imposible cancelar el crédito hipotecario, causando su absoluta insolvencia que determinó la pérdida total de la finca.

3. Admitida a trámite la demanda fue notificado el auto admisorio y surtido el correspondiente traslado, la institución demandada la contestó oponiéndose a las pretensiones en ella deducidas, alegando haber actuado en ejercicio de las facultades que la ley le da a todo acreedor frente al deudor incumplido y proponiendo como defensas: "existencia de conducta culposa como antecedente atribuible al demandante", "inexistencia de su obligación indemnizatoria", "ejercicio legítimo de un derecho", y "carencia absoluta de administración de los bienes embargados y secuestrados por parte de la entidad demandada".

4. La primera instancia terminó con sentencia de fecha tres (3) de mayo de 1991, en la que el *a quo* declaró probada las excepciones planteadas y, en consecuencia, absolvió a la demandada, imponiéndole al actor la obligación de pagar las costas causadas.

Inconforme con lo así decidido, interpuso recurso de apelación, desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia de fecha veintiuno (21) de abril de 1992 por la cual revocó el numeral primero de la sentencia apelada, donde se hacía referencia a las excepciones, y la confirmó en todo lo demás, condenando en las costas del recurso al apelante.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de hacer un resumen del litigio y considerar satisfechos los presupuestos procesales, advierte el sentenciador que la acción promovida es la de responsabilidad civil contractual originada a cargo de la demandada por la pérdida de las cosechas dadas en prenda y, además, por la pérdida total de la finca, ello debido a la apropiación arbitraria que de las referidas cosechas pignoradas hizo la Caja Agraria, luego a su juicio "...debe buscarse si entre la Caja Agraria (...) a quien se le imputa el daño, y el

demandante (...) se ha celebrado un contrato válido y si los daños a que se refiere (...) resultan del incumplimiento de ese contrato, pues estos dos requisitos constituyen la responsabilidad contractual...". El primero de tales requisitos se da en este caso pues por documento del 13 de julio de 1979 se constituyó prenda agraria abierta y sin tenencia a favor de la institución bancaria demandada para garantizar las obligaciones que contraiga el deudor en el lapso de seis (6) años, sobre las cosechas presentes y futuras que produzcan las plantaciones de café existentes en la finca Villa Luisa, como tampoco hay duda sobre el hecho que, ante el incumplimiento del deudor, dicha entidad crediticia, facultada por el artículo 18 de la Ley 33 de 1933, solicitó la entrega de la prenda con lo cual recobró la herencia de los bienes pignorados el diez (10) de diciembre de 1981, originándose así para ella las obligaciones de no usar la cosa prendada, guardarla, conservarla y constituirla cuando la deuda quede satisfecha.

Y en este orden de ideas, estima el sentenciador que son dos los motivos sobre los cuales se pretende edificar la responsabilidad de la entidad demandada, a saber: la apropiación arbitraria de las cosechas de café cuyas plantaciones explotó durante seis (6) años, al no pedir la venta de la prenda ni su adjudicación al pago, y la pérdida en su poder de los frutos.

Frente a la obligación de no usar la cosa prendada, juzga el *ad quem* que no existe prueba de ello en el expediente, pero, con relación al deber de guardarla y conservarla sin deterioro y sin alteraciones esenciales, concluye por el contrario que sí resulta evidente su incumplimiento, afirmación fáctica ésta que se desprende de la circunstancia de que, después de haber pasado por la administración de dos secuestres, el diez (10) de diciembre de 1981, fueron entregados a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero los cultivos de café pignorados que fueron recibidos por ésta a satisfacción y sin reparo alguno, como se dejó constancia en el acta de la correspondiente diligencia, y a partir de tal momento en el que por la manifestación de la demandada se entiende que los cultivos estaban en buen estado, la prueba pericial y la declaración del representante judicial indican que la institución financiera acreedora "no hizo acto alguno de administración sobre ellas, las cuales fueron encontradas abandonadas y en un mínimo estado de producción de lo cual se deduce el incumplimiento por parte de la Caja de la obligación de conservar la prenda, que hace responsable al acreedor en la forma preanotada". Por esto, sostiene la sentencia impugnada haciendo mención expresa de los artículos 63 inciso 4º, 1604 y 2419 del Código Civil, la Caja Agraria incurrió en culpa leve y en ese concepto es responsable de los perjuicios previsibles consecuencia directa de la violación de la obligación contraída, como es el caso del daño infringido al cultivo de café, efecto que, como no podía desconocerlo la demandada, se produciría por el abandono y desatención del mismo.

Sin embargo, termina diciendo el fallo *sub examine*, la decisión del *a quo* debe recibir confirmación pues no obstante haberse encontrado "...el incumplimiento por parte de la Caja Agraria de la obligación de guardar y conservar el objeto de la prenda...", la obligación resarcitoria no ha surgido "...por la ausencia de constitución en mora que se exige en el presente evento por ser positiva (...) y no estar sujeta a ningún término...", exigencia que resulta de los artículos 1608 y 1615 del Código Civil y cuya ausencia impide acoger las pretensiones deducidas en la demanda que al proceso le dio comienzo.

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia impugnada, todos acudiendo a la primera de las causales consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procederá a estudiar y despachar en el orden en que fueron propuestos.

Cargo primero

A través de esta primera censura acusa la sentencia de ser violatoria de normas de derecho sustancial pues, según dice, el tribunal aplicó indebidamente el artículo 1608 del Código Civil infracción que "ha sido el medio" para violar por falta de aplicación los artículos 1602, 1603, 1604, inciso 3°, 1605, 1607, 1610 numeral 3° y 1615 del Código Civil y 1209 numeral 5° del Código de Comercio.

Explica el censor que por ser propio de la naturaleza del contrato comercial de prenda sin tenencia de cosechas presentes y futuras, se fijó en el documento que comprende el contrato celebrado entre demandante y demandado "un término de producción y recolección" sin el cual, según dice, resultaría "imposible determinar hacia el futuro el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prenda, por tratarse de bienes fungibles y perecederos, los cuales, además una vez entrado en producción el cafetal, generan la cosecha de forma cíclica y regular, en este campo año por año", como afirma sucedía con los cafetales de la finca Villa Luis a que por la época de la celebración del referido contrato ya habían alcanzado su completo desarrollo, por lo tanto se esperaba recoger cada año entre octubre y diciembre un mínimo de 100.000 kilos de café, tal como expresamente se estipuló.

Agrega que a partir del diez (10) de diciembre de 1981 cuando le fueron entregados judicialmente los cafetales a la entidad demandada, acreedora titular de la garantía prendaria, surgieron para ésta obligaciones correlativas convirtiéndose en deudor, respecto del dueño de la finca y de las cosechas, de prestaciones tales como la guarda y conservación del bien pignorado y de cuya violación el tribunal la encontró responsable, aunque el recurrente considera injusto que se le atribuya responsabilidad a la demandada por el período de 1981 cuando sólo recibió las cosechas pignoradas el día diez (10) del último mes de ese año.

Señala el impugnador que de acuerdo con la rutina del café, dentro de los cometidos correspondientes a la administración de un cafetal están la de desyerbar dos veces al año, y la de abonar el cultivo, por lo cual estima que "si se hubieren cumplido medianamente, en el pactado término de octubre a diciembre de 1982 el acreedor prendario, en condiciones normales, habrá recogido una cosecha de cien mil kilos de café pergamino, por un valor previamente fijado en el contrato (...) y así sucesivamente para los años 1983, (...) y 1984".

Afirma también que a partir de la entrega del bien pignorado, le son aplicables a la demandada las normas relativas al riesgo y la pérdida de la cosa que contempla el Código Civil, y que "el tribunal, al desconocer la existencia del término o de los términos nítidamente fijados por el contrato para la recolección de las cosechas para exonerar de la indemnización a la *Caja Agraria*, a pesar de haber dejado claramente configurada la

responsabilidad de la misma, aplica sin que a ello hubiere lugar, la excepción contenida en la segunda parte del numeral primero del artículo 1608 del Código Civil". Y no había lugar a ello, puntualiza la acusación, porque desde el 10 de diciembre de 1981 cuando la Caja Agraria recibió las plantaciones de café por orden judicial, "...esta entidad tenía un término que expiraba el día último del mes de diciembre de cada año, hasta llegar al último día de diciembre de 1984 para recolectar la cosecha o, como se dice en términos especializados, beneficiar el café pignorado y proceder a su venta...", de donde se sigue que resulta impertinente e innecesario cualquier requerimiento para que la mora se produzca.

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 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. Tomo CXLVI, pág. 60); por el contrario, la indirecta tiene lugar cuando el fallador deja de aplicar una norma que regula el caso o hacer actuar una que le es extraña, ello por efecto de haber incurrido en errores en la estimación de las pruebas. Así las cosas, cuando se formula un cargo por la vía directa es palmario 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 y consideraciones que, en tanto discrepantes de la apreciación del juzgador en el campo fáctico, persigan un nuevo examen crítico de este aspecto.*

2. La acusación que se formula en el cargo en estudio se fundamenta en el supuesto desconocimiento por parte del tribunal de "la existencia del término o de los términos nítidamente fijados por el contrato para la recolección de las cosechas", aseveración que, por fuera de toda duda, se refiere a circunstancias de hecho que el censor considera demostradas y sin embargo las ignoró el fallador, es decir que, al afirmar que se dan los hechos llamados a ser subsumidos en las normas que denuncia como violadas por inaplicación, el recurrente se separa del criterio expuesto por el *ad quem* al respecto, y sentada esta premisa resultaba procedente, según queda visto, formular la referida

censura por la vía indirecta puesto que el yerro, de existir, provendría de un juicio de hecho errónco y no del quebrantamiento directo y sin rodeos de una norma frente a una realidad procesal que se acepta como rectamente observada por el juzgador de instancia. En otras palabras, para que el desacierto señalado de manera concreta por el recurso pudiera corregirse, por fuerza había que poner de manifiesto ante la Corporación revisora en casación, empleando uno cualquiera de los dos únicos caminos con tal fin previstos en el segundo inciso del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la necesidad de acometer de nuevo el examen de la prueba obrante en el plenario y cerciorarse así que la situación de hecho reconocida por el sentenciador de instancia en cuanto a la no existencia de plazo pactado para ejecutar las obligaciones en cuyo incumplimiento apoya sus pretensiones el demante, no es verdadera, sino que por el contrario lo es aquella de acuerdo con la cual, en términos de ley, ha de operar la mora automática y, por ende, debió aplicársele el conjunto de disposiciones que el recurrente cita como infringidas por falta de aplicación.

Siendo, pues, de observación y no de subsunción en normas de derecho sustancial la falta que, al decir de esta primera acusación, condujo a la violación de tales normas por haberse supuesto falsamente la no existencia de un plazo que venía impuesto por la naturaleza misma de las referidas obligaciones y era por ello excluyente de la intimación echada de menos en la instancia, indispensable resultaba indicar y, naturalmente, demostrar también los yerros de apreciación probatoria de los que ese juicio de hecho adolece, requisito ignorado en la formulación del cargo y que determina su fracaso.

Se desestima por lo tanto.

Cargo segundo

Por esta segunda censura se ataca la sentencia por ser violatoria de normas de derecho sustancial, resultantes de error de derecho en la apreciación de la demanda y en la valoración de la prueba, indicando que las aludidas normas son los artículos 1602, 1604, 1607, 1610 num. 3º, 1616 y 2422, todos los Código Civil, y el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Estima que el tribunal interpretó erróneamente los hechos 9, 10, 11, 12 y 13 de la demanda al afirmar que no existe prueba que acredite la apropiación de hecho e injurídica de los frutos del café. Al efecto considera que al entregarse las cosechas a la demandada, acudiendo a lo dispuesto en una ley, se produjo apoderamiento legal de la prenda pero no por tiempo indefinido ya que se trataba de una medida cautelar para asegurar el remate de las cosechas, previo el trámite del proceso ejecutivo de venta de la cosa dada en prenda; así mismo, opina el impugnante que dicha apropiación dejó de ser legal "cuando, llegado el tiempo de cosecha (octubre a diciembre de cada año) está, la producción de los cafetales, no es recogida por la CAJA AGRARIA, que tenía para ello un administrador y personal capacitado para estas faenas, dada su índole de entidad crediticia para el sector agrario" y cuando omite año por año demandar por la vía ejecutiva la venta de cada cosecha, que admite tener en su poder cuando solicita incluir tal hecho en el aviso de remate, afirmaciones que, según el recurrente, recaen sobre hechos negativos que estaban relevados de prueba dado que la carga de acreditarlos recaía en la parte demandada, luego yerra gravemente el fallador *ad quem* "...cuando sostiene que no existe prueba de la apropiación ilegal, de hecho, de los frutos del café...".

Se considera

1. *Sabido es que la prenda, entendida en este sentido tradicional, es una forma de garantía real mobiliaria caracterizada, según los términos del artículo 2409 del Código Civil, por el desplazamiento de la tenencia de la cosa que pasa a poder del acreedor pignoraticio para la seguridad de su crédito y quien, entre otras prerrogativas de importancia, cuenta con la de instar la venta de la prenda en pública subasta (artículo 2422 ib.) si la obligación así cauccionada no fuere cumplida. Pero también es cierto que desde comienzos del presente siglo y por apremios económicos derivados de la necesidad de consolidar el crédito abriéndole paso a garantías revestidas de mayor operancia práctica, esa configuración tradicional perdió relevancia ante el sistema de la prenda sin tenencia, llamada así mismo "prenda con registro" o "prenda sin desplazamiento", cuyo origen en el país, en cuanto a su regulación positiva atañe, se remonta a la Ley 24 de 1921 sobre prenda agraria y actualmente se encuentra reglamentado en el Capítulo II del Título IX del Libro Cuarto del Código de Comercio (artículos 1207 a 1220). Existen en consecuencia dos clases de prenda, a saber: La ordinaria o normal denominada por la codificación recién citada "...con tenencia", en la que es esencial el desplazamiento real y efectivo de la tenencia al acreedor para que se perfeccione en toda su amplitud la garantía correspondiente (arts. 2413 del Código Civil y 1204 del Código de Comercio), y una prenda especial en que este elemento no juega papel y mediante la cual "...podrá gravarse toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación...", modalidad esta última que en todo caso se rige por la legislación mercantil y cuya estructura jurídica descansa sobre tres fundamentos medulares representados por la inscripción del gravamen que por lo tanto y en orden a su oponibilidad debe instrumentarse siempre en un contrato escrito, por la constitución por el Ministerio de la ley (artículo 1212 del Código de Comercio) de un depósito en manos del deudor para efectos de la conservación de los bienes con las consiguas obligaciones y responsabilidades y, en fin, por la precisa determinación del* status loci *de la prenda en orden a que el acreedor pueda ejercitar el derecho de inspección al que se refiere el artículo 1217* ibidem, *cerciorándose así del modo como el deudor atiende sus deberes de tenedor prendario.*

Entendido, pues, que en la prenda sin desplazamiento el acreedor no recibe la tenencia de la cosa sobre la cual el gravamen recae, todo el tipo normativo del contrato que le sirve de antecedentes se encuentra estructurado sobre la idea de que, en cuanto con dicha tenencia reza, las obligaciones a cargo del deudor son de mucho mayor entidad comparadas con las que en la prenda normal le competen, obligaciones que a su vez generan para el acreedor importantes facultades cuyo sentido general es el de protegerlo contra los actos de aquél que puedan redundar en menoscabo de la garantía, siendo una de las tales facultades la consagrada en el inciso segundo del artículo 1213 del Código de Comercio al conceptuar que "...la violación (...) de cualesquiera obligaciones del deudor, dará derecho al acreedor para solicitar y obtener la entrega inmediata de la prenda...", haciéndose así extensiva a toda clase de prenda sin tenencia una prerrogativa de igual naturaleza a la que, en beneficio de la institución crediticia aquí demandada, reconocieron disposiciones especiales que comenzando por la Ley 33 de 1933 (artículo 18) y la Ley 16 de 1936, (artículo 28), reprodujeron la Ley 33 de 1971

(artículo 18, lit. c) y el Decreto 663 de 1993 (artículo 238) de acuerdo con el siguiente enunciado: "...Dentro del nuevo procedimiento civil (...), la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero conservará las garantías instituidas para el ejercicio de sus acciones antes de entrar en vigencia el nuevo código, y en especial las siguientes: "a)... b) ... y c) Si el deudor incumpliere las obligaciones inherentes al contrato de prenda agraria o industrial, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero podrá obtener la entrega de los bienes pignorados, mediante solicitud al juez competente. El juez sin notificación previa decretará la entrega de plano y procederá a efectuarla dentro de las setenta y dos horas siguientes a la fecha del auto respectivo, el cual se notificará después de cumplida la entrega de la cosa pignorada a la Caja...". Dicho en otras palabras, dentro del marco de referencia representado por la modalidad pignoraticia que viene analizándose, los acreedores y de manera particular la entidad oficial demandada en este proceso, cuentan con el privilegio de procurar, por su propia iniciativa y ante el incumplimiento imputable al deudor, la reintegración de la tenencia a su favor, lo que tiene la virtualidad de transformar por obra de una especie de "conversión procesal" según la califican autorizados doctrinantes (José Alejandro Bonivento. Los principales contratos..., Tomo II, Cap. 2º, Núm. 79), la prenda sin tenencia en prenda desplazada corriente, adquiriendo el acreedor a partir de entonces la posición que con claridad meridiana definen los artículos 2419, 2420 y 2421, inciso final, del Código Civil, posición esta última en la que como bien se sabe, alcanza significativo relieve la obligación que pasa ahora a pesar sobre el acreedor de no abusar de la prenda, entendiéndose que semejante situación antijurídica se configura para todos los efectos, "...no sólo cuando el acreedor quebranta las normas legales que regulan su tenencia o incumple en cualquier otra forma sus obligaciones de tenedor prendario, sino cuando quiere utilizar su derecho contrariamente a su finalidad y espíritu económico social, con la mera intención de perjudicar a su deudor y sin un interés legítimo al hacerlo..." (Álvaro Pérez Vives. Garantías Civiles, Título Tercero, Capítulo III, Núm. 208), cosa que sucede, por ejemplo, si el acreedor pretende apropiarse de la prenda por medios distintos a los señalados en la ley y si de ello se sirve sin mediar el consentimiento del deudor.

2. Esta obligación que sobre el acreedor recae dada su condición de tenedor prendario, consistente en no abusar de la prenda, se pone de manifiesto entonces en una verdadera prestación negativa que, en el evento de ser quebrantada y de acuerdo con las reglas generales, puede dar lugar a la responsabilidad contractual de dicho acreedor, responsabilidad que al igual de todas las de su género, debe asentarse en la ocurrencia de varios presupuestos para cuyo tratamiento probatorio ha de distinguirse entre lo que es la verificación de la correspondiente infracción encarnada en la realización positiva de la conducta prohibida, circunstancia que sin lugar a dudas es un elemento fáctico constitutivo de la pretensión resarcitoria que quien lo haga valer siempre debe probar, y la cuestión referente a la posible justificación de esa contravención debitoria, habida cuenta que en este segundo plano el riesgo de la falta de certeza probatoria incide sobre el demandado pues a éste a quien toca, ante aquella evidencia del incumplimiento en su escueta materialidad, suministrar prueba concluyente de que la contravención en que dicho incumplimiento consiste, estuvo determinada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación -en este caso específico, de la emisión debida- por causa que no le es imputable, prueba que en tanto tenga cobertura

semejante, destituye de toda relevancia al incumplimiento acreditado por el demandante en un primer momento y excluye por contera la atribución de responsabilidad, naturalmente salvedad hecha de estipulaciones expresas de asunción convenida de casos fortuitos en las que ahora no es pertinente detenerse.

En este orden de ideas y contra lo que parece insinuar la censura en estudio, el deudor dueño de la prenda que en punto de reclamar indemnizaciones invoca el incumplimiento del acreedor prendario respecto de la obligación negativa que viene examinándose, no le basta con exhibir el título contractual del que ella nace y afirmar que fue infringida al producirse un acto abusivo de apropiación; de su cargo es acreditar también la realidad de esa situación antijurídica que habrá de tener expresión en una conducta de contravención de orden positivo a la que hace clara alusión el artículo 1612 del Código Civil y que por su propia índole impone la necesidad de circunstanciar hechos concretos que lejos de poderse catalogar como proposiciones indefinidas exentas de prueba según los términos del inciso segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, están sometidos desde luego a los principios comunes de acuerdo con los cuales es distribuido el onus probandi *en el proceso civil.*

Y llegados a este punto en el análisis, salta a la vista que el cargo formulado carece por entero de fundamento. En efecto, en la especie que ocupa hoy la atención de la Corte, el Tribunal sentenciador al hacer recaer sobre el actor las consecuencias de no haberse rendido prueba alguna de la falta atribuida a la institución demandada, vale decir de la apropiación por medios distintos a los legalmente previstos de las cosechas periódicas de café materia del gravamen pignoraticio con ocasión del cual surgió el presente litigio, no alteró el peso de la prueba para hacerlo incidir en quien no estuviera constreñido a soportarlo al tenor de los artículos 1757 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil; si el demandante reclamaba una declaración judicial de la responsabilidad contractual en que dice incurrió la entidad titular del gravamen real en referencia, seguida de la condena al pago de la reparación económica consiguiente, ambas cosas como consecuencia del afirmado incumplimiento de la obligación de no hacer consistente en abstenerse de abusar de la prenda mientras la conservara en su poder, el hecho constitutivo básico del que podría haber surgido ese derecho, se repite, no es la simple existencia de la obligación sino ella misma unida a un estado de inejecución tal que por haberse frustrado el interés del constituyente de la garantía a raíz de la contravención acaecida, permita reputarla incumplida, luego queda por fuera de dudas que aquél tomó sobre sí el peso de la prueba positiva de estos dos extremos y por lo tanto, al entenderlo así el fallador de instancia y echarla de menos respecto de los hechos aducidos en los numerales nueve a trece del capítulo pertinente del escrito de demanda, no desconoció las leyes que reglan la carga de la prueba, en particular el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil arriba citado, y menos aún cayó en el desacierto que el recurrente en casación tuvo por conveniente denominar "...error de derecho en la apreciación de la demanda...".

Lo expuesto es suficiente para rechazar también este segundo cargo.

Cargo tercero

Sostiene el censor en el último aparte de su demanda, que existe error de hecho manifiesto por parte del tribunal en la apreciación de la prueba documental que lo llevó

a aplicar indebidamente el artículo 1608 del Código Civil y a violar por inaplicación, los artículos 1602, 1604, inciso 3°, 1605, 1607, 1610 num. 3° y 2422 del Código Civil, así como también el 1209 numeral 5º del Código de Comercio.

Señala el recurrente en orden a justificar su tesis, que en el expediente obra el documento que contiene el contrato de prenda en el que, según dice, se estipularon términos dentro de los cuales debían cumplirse las obligaciones y que el tribunal, incurriendo en error de hecho, desconoció para dar "aplicación indebida" al artículo 1608 del Código Civil y exigir constitución en mora mediante interpelación, cuando precisamente, por existir un término para el cumplimiento no era necesaria.

Explica que los términos señalados por épocas del año para recolección de cosechas de café son perentorias y cíclicos de octubre a diciembre (recolección, desyerbe, abono) para este caso referidos al tiempo señalado en el contrato 1979 a 1984, precisiones que fueron determinadas en el contrato de prenda y que constituyen los términos dentro de los cuales debían cumplirse las obligaciones que surgieron para la Caja Agraria desde el diez (10) de diciembre de 1981, cuando el contrato de prenda sin tenencia pasó a ser de prenda con desapoderamiento del deudor, y las cuales se prolongaron hasta la fecha del remate, llevado a cabo en el proceso de ejecución hipotecaria.

Termina su argumentación el recurrente señalando que debe tenerse en cuenta que mucho tiempo después del vencimiento del término final del contrato, la Caja Agraria dice tener aún los cafetales en su poder para que no se incluyesen las cosechas en el remate ordenado en la mencionada ejecución con título hipotecario que finalmente concluyó con la adjudicación del predio "Villa Luisa" a quienes fueron demandantes en dicha ejecución.

Se considera

1. Principio que no ofrece mayores controversias en el derecho vigente en el país por cuanto es el que se desprende de los textos contenidos en los artículos 1595 y 1615 del Código Civil, es que la prerrogativa de reclamar indemnización de perjuicios por causa del incumplimiento contractual supone, como uno de sus requisitos si de obligaciones positivas se trata, la situación de mora del deudor, entendida ella en el sentido amplio que la doctrina suele asignarle, es decir, como el instrumento técnico previsto por el legislador para la fijación de aquel incumplimiento. Así, pues, el estado de mora solvendi *o* mora debitoris *como también se le denomina, no es cosa distinta al retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido a una interpelación que bien puede resultar del propio tenor del negocio que a dicha obligación le sirve de título o a efectuarse con posterioridad a instancia del acreedor, retardo que equivale entonces a la falta de cumplimiento en tiempo oportuno, no producida por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 1616 inciso 2° del Código Civil), y que dependiendo de las circunstancias particulares de cada evento, puede significar una inejecución completa y definitiva o apenas un retraso con la consecuencia, por cierto semejante en ambas hipótesis, de hacer exigible la correspondiente deuda de responsabilidad, siempre y cuando el acreedor, tratándose de relaciones obligatorias sinalagmáticas, no se encuentre a su vez incurso en mora.*

Son tres por lo tanto los elementos indispensables para que pueda considerarse configurada la situación de mora del deudor, a saber:

a) El retardo a él imputable en el cumplimiento de la obligación;

b) La interpelación o requerimiento del acreedor; y en fin,

c) Una actitud legítima de este último que le permita aprovechar frente al deudor las ventajas del contrato, siendo de advertir que al segundo y al tercero se refieren los artículos 1608 y 1609 del Código Civil en los términos siguientes: Artículo 1608 "...El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor...". Artículo 1609 "...En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allanó a cumplirlos en la forma y tiempo debidos...".

2. En este orden de ideas y visto el sentido en que los preceptos recién transcritos regulan la materia, preciso es concluir que mora del deudor no puede darse para ninguno de los efectos que le son propios, sin mediar una interpelación que de conformidad con la primera de aquellas disposiciones, puede producirse de maneras de suyo diversas y en momentos que tampoco son siempre los mismos, habida cuenta que la mencionada interpelación puede surgir del contenido mismo del contrato celebrado o manifestarse en un acto formal de reconvención judicial, motivado en la actividad posterior del acreedor destinada a darle a conocer al deudor su voluntad de que inmediatamente se pague una obligación que se encuentra en condiciones de ser satisfecha y fijar además el momento a partir del cual es debida la indemnización de rigor (G. J. Tomo CLVIII, pág. 128). En efecto, siguiendo el texto del artículo 1608 del Código Civil puede decirse que en él son reconocidas tres clases posibles de interpelación, una de índole extracontractual (num. 3º) pues no resulta del contrato sino de un acto de intimación personal efectuado con intervención judicial por el acreedor para que su deudor "...entregue, haga o deje de ejecutar una cosa..." (G. J. Tomo XLV, pág. 543), y las dos restantes de estirpe contractual por cuanto son las partes quienes desde allí, al momento de concertarlo, han señalado el momento en que el cumplimiento debe producirse hasta el punto que puede decirse que, en estos presupuestos, son las propias cláusulas conducentes del negocio las que interpelan y ese señalamiento convencional admite a su vez dos modalidades: la primera que es expresa si se trata de un plazo hecho explícito por los estipulantes en su acuerdo de voluntades, caso en el cual el retardo viene dado por el vencimiento (num. 1º del artículo 1608 del artículo 1608 del Código Civil), mientras que la segunda, en la medida que a ella se llega por vía interpretativa apreciando la naturaleza y circunstancias de la respectiva obligación, es tácita porque, de acuerdo con esos elementos, aparece clara en el negocio la intención de que la "mora" sea automática ya que el cumplimiento sólo le es útil al acreedor en determinada época y no en otra distinta (num. 2, ib.).

Así, pues, frente a los supuestos en que la ley no exige requerimiento judicial a instancia del acreedor perjudicado, cabe puntualizar, primeramente, que entratándose de obligaciones sujetas a plazo sobra esa formalidad pues ha de presumirse que la fecha acordada para el cumplimiento es de suyo sabida y aceptada por el deudor desde un comienzo, y en segundo lugar, por lo que toca con las obligaciones que no es factible ejecutar sino en cierto tiempo útil dado que para establecerlas fue móvil determinante esa circunstancia temporal, aquel requerimiento es así mismo inocuo una vez precluida tal oportunidad.

De otro lado y como se dejó apuntado al inicio de estas consideraciones atinentes al despacho del tercero de los cargos formulados, forzoso es no olvidar que las reglas de constitución en mora del deudor dentro del marco de los contratos sinalagmáticos, nunca pueden tener operancia con menguo del precepto consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, precepto por cuyo virtud es instituida la "excepción de contrato no cumplido" con incontestable apoyo en el postulado de la buena fe e impuesta también por evidentes motivos de equidad, toda vez que en el terreno de los intereses patrimoniales y si de la inejecución de obligaciones interdependientes en función de un único designio negocial se trata, a nadie le es permitido exigir lo que no está dispuesto a dar. Así, pues, la conducta con arreglo a derecho observada por el acreedor en cuanto atañe al respeto por la relación contractual que lo vincula, es sin duda alguna una de los requisitos para que pueda repicarse al deudor constituido en mora ya que aquella norma dispone que, en caso contrario, ese estado de mora no se configura y una situación con semejantes características, valga recalcarlo, puede oponerla dicha deudor valiéndose de la mentada excepción en orden a neutralizar acciones de cumplimiento, de responsabilidad o de resolución entabladas por el acreedor también incumplido.

3. Pasando ahora al litigio concreto que ocupa la atención de la Corte, se tiene que, frente a un incumplimiento que el tribunal encontró plenamente demostrado de los deberes de guarda y conservación de las cosechas objeto de la prenda constituida en favor de la Caja de Crédito Agrario, dicho organismo declaró sin mayor análisis que no podía efectuar condena alguna por cuanto, tratándose de una obligación positiva y "no estar sujeta a ningún término", debió previamente constituirse en mora a la entidad demandada, afirmación de la que el censor aduce la aplicación indebida del artículo 1608 del Código Civil por estimar que está demostrado que tal reconvención no era indispensable pues las partes contemplaron plazos para el ejercicio de las prerrogativas inherentes al acreedor pignoraticio.

Aunque asiste en parte razón a las afirmaciones del recurrente, lo cierto es que no podía tenerse por establecida la mora de la demandada, y ello es producto, no de que el deber de guarda y conservación del bien entregado en prenda tenga o no término, aunque es claro que debe realizarse en tiempo útil y posible, sino de que el actor ahora recurrente en casación, así como no cumplió con la obligación principal de cancelar el préstamo garantizado mediante la referida caución, tampoco lo hizo respecto de las obligaciones a su cargo derivadas del contrato bilateral de prenda sin desplazamiento inicialmente celebrado, ello hasta el punto de obligar a la institución financiera acreedora a exigir por vía judicial la restitución coactiva de la prenda, luego según quedó visto a espacio línea atrás, por constituir sin duda alguna esta circunstancia un factor objetivo impeditivo de

la mora, aquél no se encuentra habilitado para responsabilizar a la Caja Agraria y solicitar que se la condene a pagar el valor correspondiente a las cosechas junto con el lucro cesante y el daño emergente que la supuesta pérdida le ocasionó en su patrimonio, conclusión ésta que adquiere todavía mayor fuerza en tanto se tenga presente, como es inevitable hacerlo, que en los autos no obra prueba ninguna que sea concluyente en orden a demostrar que esa "prenda" recobrada con intervención de la autoridad pública fue en verdad una explotación agrícola con el temperamento económico tan excepcionalmente atractivo que describió el demandante en su libelo y hoy, en casación, recuerda su apoderado.

Así las cosas, la Corte encuentra que aunque se hubiere dado error de hecho por parte del *ad quem* al recabar la prueba de un previo requerimiento judicial en relación con una obligación de custodia que al parecer ya no podía ser cumplida, ese desacierto no cuenta con la necesaria influencia decisoria por fuerza de cuanto acaba de expresarse y, por eso, lo cierto es que no resulta suficiente para que esta corporación infirme la sentencia impugnada, puesto que como tantas veces ha puntualizado la doctrina jurisprudencial, no obstante la presencia de un yerro más o menos visible en el campo probatorio, éste no conduce en forma automática a la casación del fallo, toda vez que para que ello ... debe, adicionalmente, demostrarse que tal error tiene trascendencia suficiente para que, de no haberlo cometido el juzgador, el fallo hubiera sido diferente al recurrido. Al respecto la Corte 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 trascedente, 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, intranscendente, 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).

Por lo anterior este cargo cae al vacío y debe ser desestimado.

DECISION:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 21 de abril de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de la referencia.

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 Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Violación Norma Sustancial / Casación - Ataque Todos los Fundamentos

Tratándose de la impugnación por la causal primera en cuyo campo es de rigor que se demuestre la infracción ya directa, ya indirecta, de la ley sustancial, es preciso que por el recurrente se ataquen todos los fundamentos de derecho de esta especie, sobre cualquiera de los cuales aunque no hubiese sido expresamente considerado por el Juzgador pudiera la sentencia quedar en pie.

Congruencia / Técnica de Casación

Teniendo en cuenta los perfiles y elementos que caracterizan la causal de casación por incongruencia, resulta extraño e improcedente a la misma que se formulen en ella reparos o acusaciones que sólo son de recibo en otras causales.

Por lo tanto, es impropio y carente de toda técnica, en la formulación de un cargo por la causal segunda, formular reparos a la sentencia del *ad quem* atinentes a la estimación de las pruebas, o al quebranto del principio prohibitivo de *reformatio in pejus*, como quiera que cada uno de estos puntos tiene diseñada por la ley su propia causal. / Distinto de uno decidir en extremo de la *litis* es resolver en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

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

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de marzo de 1992, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario adelantado por Inversiones Echebor Limitada contra el Banco Central Hipotecario.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 6 de abril de 1989, que le correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali, solicitó la mencionada sociedad demandante que con audiencia del referido Banco, se le declarase dueña de los dos predios que describe la demanda y, como consecuencia, se condenase al demandado a su restitución y se dispusiese el registro de la sentencia.

II. La pretensión la apoya la demandante, en los hechos siguientes:

A) Que mediante escritura pública 3623 de 30 de octubre de 1988, de la Notaría 8ª del Círculo de Cali, adquirió de Rubén Darío Echeverry Osorio, los siguientes inmuebles:

"a) Un lote de terreno con un área de 6.400 m² alinderado así: Oriente en 80 m, con propiedad que es o fue de Luis Gómez, Occidente; en 80 m. con propiedades que son o fueron de Bernardo López; Norte; en 80 metros con propiedades que son o fueron de Francisco Garcés Echeverry, Sur; en 80 metros con propiedades que son o fueron de Julio C. Montano. Matrícula Inmobiliaria 370-0060276;

"b) Un lote de terreno, con una superficie de dos plazas el cual está alinderado así: Oriente: con propiedad que es o fue de Bernarda Gómez de López en 80 m, Occidente, en 80 m, con propiedad que es o fue del doctor Garcés Echeverry y de Julio C. Montano; Norte; en 160 m, con propiedad que es o fue de Francisco Garcés Echeverry; Sur: en 160 m, con propiedad que es o fue de Julio C. Montano, estos dos lotes de terreno se encuentran ubicados en el vínculo de Menga, municipio de Cali, departamento del Valle, Matrícula Inmobiliaria 370-0012207.

"Los predios identificados en el hecho anterior se identifican con los códigos catastrales Y-012-192 y Y-012-193, respectivamente":

B) "El perito señor Pablo Mendoza de la Oficina de Catastro Municipal de Cali, practicó una diligencia de reconocimiento y ubicación de los predios mencionados en el año de 1987 dando como resultado que su ubicación corresponde a parte de los terrenos que hoy ocupa el Banco Central Hipotecario S. A., y de economía mixta y que se pretende reivindicar con esta demanda";

C) Que el vendedor Rubén Darío Echeverry Osorio, a su vez había adquirido los inmuebles, por permuta celebrada con la sociedad "Jolaerre Hurtado", según Escritura Pública No. 7558 de 28 de diciembre de 1978, de la Notaría Segunda del Círculo de Cali;

D) Que la demandante no ha enajenado los inmuebles referidos y se encuentra privado de la posesión de los mismos, por parte del Banco Central Hipotecario, quien ha ordenado el cerramiento de los terrenos.

III. Enterado el Banco Central de las pretensiones de la demandante, respondió extemporáneamente, e impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 5 de septiembre de 1991, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las súplicas de la demanda, contra la cual la parte demandante interpuso el recurso de apelación, habiendo culminado el segundo grado con fallo de 12 de marzo de 1992, confirmatorio del proferido por el *a quo*, contra el que la misma parte interpuso el recurso de casación, que por estar tramitado procede la Corte a decidirlo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Para decidir como lo hizo el *ad quem* sentó las reflexiones siguientes:

a) Que para el buen suceso de la acción de dominio o reivindicatoria, deben aparecer acreditados los siguientes cuatro elementos:

1ª. Derecho de dominio en el demandante.

2ª. Cosa singular reivindicable.

3ª. Posesión material en el demandado, y

4ª. Identidad entre la cosa pretendida y la poseída por el demandado.

b) Que "para demostrar su calidad de propietaria la demandante presentó copia simple de la Escritura Pública No. 2623 de 30 de septiembre de 1988 de la Notaría Octava de Cali, por medio de la cual el señor Rubén Darío Echeverry Osorio le vendió a Inversiones Echebor Ltda., los lotes indicados en la demanda". Empero acontece que en "el caso que ocupa a la Sala la sociedad demandante adujo la calidad de propietaria de los lotes que pretende reivindicar y con el propósito de demostrarla allegó una copia de la escritura pública No. 3623 de 30 de septiembre de 1988, la cual carece de autorización del Notario Octavo, funcionario donde al parecer se encuentra el original de ese documento. Acorde con lo expuesto, es evidente que esa copia no se ciñe a las previsiones del artículo 254 del C. de P. C., y por ende carece de valor probatorio y si bien la Sala oficiosamente podría subsanar tal deficiencia solicitando copia con el lleno de los requisitos legales, en ese caso no se hará uso de esa facultad por cuanto tampoco se dan los otros presupuestos de la acción reivindicatoria";

c) Que así mismo no aparece establecido el requisito de la singularidad de la cosa, como quiera que en "el presente caso se trata de dos lotes de terreno ubicados en el 'vínculo de Menga'. Pero como se expresó la prueba allegada para acreditarlo carece de valor";

d) Que "en cuanto al presupuesto de la correspondiente identificación del bien reivindicable en el sentido de que la cosa que la demandante pretende se le restituya, sea la misma que posee materialmente el Banco demandado, a juicio de la Sala tampoco concurre en este caso.

"En la inspección judicial que con intervención de peritos, practicó el Juzgado de Primera Instancia el 12 de diciembre de 1989, se dejó constancia de que el predio hace parte de uno de mayor extensión y carece de mojones que señalen su división. Igualmente los peritos arquitectos Fabio A. García y Julio C. González manifestaron: Para identificar y alinderar este predio materia de la demanda, tenemos la siguiente documentación:

"Escritura Pública No. 682 del 13 de marzo de 1981 de la Notaría 3ª del Círculo de Cali, en la cual el BCH le compra a los Ferrocarriles Nacionales un predio de mayor extensión en el cual se encuentra el predio material de la demanda, cuyos linderos certificamos con copia autenticada de un plano del predio de mayor extensión de propiedad del BCH y con las escrituras del mismo.

"Certificados de tradición del predio, materia de la demanda y escritura pública número 3623 del 30 de septiembre de 1988 de la Notaría 8ª del Círculo de Cali, y cuyos linderos, que en estos certificados y escrituras aparecen, no pudimos certificar, pues como dijimos anteriormente no existen cercas ni mojones que alinderen el predio como tampoco las personas que aparecen como colindantes (sic)";

c) Que, "si bien el anterior dictamen fue objetado por la parte demandante, se tiene, como lo afirma la jurisprudencia, que 'el error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales' u objetivas de la sujeta materia sometida a la pericia; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua, los peritos parten de la base de ser nueva, o una hacienda dedicada al engorde de cría de ganados, los peritos la aprecian como si estuviera dedicada, no a la ganadería sino a la agricultura; o una joya en cuyo justiprecio debe jugar principalmente el valor de afección de los peritos la estiman como joya común por su valor comercial".

"De acuerdo con lo anterior se tiene que el error que permite objetar un dictamen no es cualquier error sino uno que tenga tal entidad, que de no haberse presentado, otro sería el contenido y el resultado del dictamen. Además, debe aparecer en forma manifiesta.

"Al estudiarse el dictamen objetado observa la Sala que no adolece del defecto que se le impugna, puesto que los peritos en asocio del despacho recorrieron todo el terreno y con ayuda de la copia de la escritura pública número 3.623 y de los certificados de tradición de los lotes objeto de la demanda, trataron de identificar los inmuebles, no pudiendo hacerlo por cuanto no existen cercas, mojones ni los colindantes relacionados en la demanda.

"También según lo observan en su aclaración, consultaron a la Oficina de Catastro, subsede rural, para ubicar los predios materia de la *litis*, pero tampoco pudieron identificarlos por cuando la quebrada La Manga pasa por la altura de la Avenida 6ª con calle 70 aproximadamente, según oficio de Catastro que adjuntan a la pericia.

"El Juzgado decretó un segundo dictamen como prueba de la objeción designando para tal efecto otros dos arquitectos, quienes concluyeron: Después de un cuidadoso análisis de la parte (sic) documental aportada, *de la observación del sitio en donde aproximadamente* están ubicados los terrenos de la *litis*, los suscritos peritos nos permitimos dictaminar que:

"Los predios Y-012-192 y Y-012-193 están ubicados en el sitio indicado por el representante de la sociedad Inversiones Echebor Ltda., ya que con base en levantamiento del sector, fueron inscritos y localizados en la información catastral, desde 1973 y en la fecha es posible, con la información existente, ubicarlos en el terreno". (Destaca la Sala).

"Al rendir el anterior dictamen manifiestan los peritos que en compañía del representante de la sociedad demandante se dirigieron 'al ascenso correspondiente a las estribaciones del cerro tutelar denominado de las tres cruces', que en la parte posterior del barrio La Campiña tomaron una carretera de montaña sin pavimento y después de pasar una caseta de vigilancia del Banco Central Hipotecario, llegaron 'al sitio en donde según explicación del señor Echeverry, se encuentran los terrenos objeto del presente

proceso reivindicatorio y que son dos predios, el primero, un cuadrado de 6.400 m² de área y 80.00 ml de lado y el segundo un rectángulo con área de 12.800 m² con dimensión longitudinal de 160.00 ml y dimensión transversal de 80.00 ml. Por no existir mojones, ni cercos ni referencias físicas, no fue posible realizar una medición precisa de los terrenos, ni verificar su alinderamiento".

"El análisis de la anterior prueba, conduce a la Sala de concluir que los peritos no incurrieron en error grave, pues es evidente que en el terreno no existen mojones, ni cercos, ni referencias físicas que permitan verificar la alinderación de los predios y por ende su identificación, por lo cual se acogerá ese primer dictamen";

f) Finalmente afirma el *ad quem* que al no aparecer demostrados todos los presupuestos de la acción reivindicatoria, las pretensiones deben negarse.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, el inicial por la causal primera de casación, y el restante por la segunda, los que serán estudiados en orden inverso al propuesto.

Cargo segundo

Por este se acusa la sentencia de no estar "en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda".

Lo desarrolla sobre los asertos siguientes:

a) Que el Tribunal "niega los hechos" de que el demandante es propietario sobre la consideración consistente en que "los documentos que se presentaron para probar la propiedad no son auténticos ni autenticados", siendo que "en este aspecto es importante tener en cuenta que el certificado de tradición sí es auténtico, y que la escritura 3623 del 30 de septiembre de 1988 de la Notaría Octava de Cali, con la cual Inversiones Echeber Ltda., compró los predios en disputa los sellos de la Notaría en cada hoja, hace falta en ella las notas de confrontación, lo cual venía en la copia del certificado de existencia y representación legal que formaba parte de la misma" y así se anexó en la demanda y obra durante la primera instancia, afirmación ésta que es corroborada al considerar el *a quo* que el demandante había demostrado la propiedad, y por demás, existen otras providencias "donde nunca se mencionó sobre la falta de confrontación de la copia", como el que inadmitió inicialmente la demanda que no aludió a dicho punto, como el hecho de no excepcionar el demandado sobre el particular, todo lo cual indica que el documento donde estaba la "nota de confrontación" se extravió del fallo de primer grado;

b) Que a pesar de lo anterior, el Tribunal desatiende lo preceptuado por el artículo 357 del C. de P. C., que dispone que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, lo cual se traduce en que la apelación interpuesta por el demandante "en ninguna parte se refiere al punto de la titularidad como requisito de la acción reivindicatoria", punto que ya lo había definido el *a quo* en favor del actor.

Se considera

1. Según la legislación, la actividad del juzgador, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada, sino que debe centrar su decisión a los extremos del litigio, o sea, que el fallo debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o con las que el sentenciador ha debido reconocer de oficio. Si el fallador se sale de dichos lineamientos, incurre en un vicio *in procedendo*, el que puede ser reparado, si la decisión es susceptible de ser combatida en casación, a través de la causal segunda.

2. Teniendo en cuenta los perfiles y elementos que caracterizan la causal de casación por incongruencia, resulta extraño e improcedente a la misma que se formulen en ella reparos o acusaciones que sólo son de recibo en otras causales. Por tanto, es impropio y carente de toda técnica, en la formulación de un cargo por la causal segunda, formularle reparos a la sentencia del *ad quem* atinentes a la estimación de las pruebas, o al quebranto del principio prohibitivo del *reformatio in pejus*, como quiera que cada uno de estos puntos tiene diseñada por la ley su propia causal. Y en tal desacierto en la formulación del cargo ha incurrido la parte recurrente, defecto que por sí sólo sería suficiente para rechazarlo.

3. Por otra parte, cuando el fallo se pronuncia en consonancia con los hechos y peticiones de la demanda y resuelve la pretensión desfavorablemente al demandante, la acusación por la causal segunda no se configura, porque como lo tiene declarado la Corte, "distinto de uno decidir un extremo de la *litis* es resolver en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte... De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones de las partes, lo que a todas luces es inaceptable". (Cas. Civ. de 15 de diciembre de 1969, CXXXII, págs. 234 y 235).

4. Por último, si la Corte prescindiera de los defectos de técnica en la formulación del cargo, este tampoco se abre paso, porque por parte alguna aparece que la sentencia, que tomó en cuenta con fidelidad la *causa petendi* y el *petitum*, al decidir, como lo hizo, hubiese producido un fallo incongruente, pues aconteció todo lo contrario, o sea, que la decisión del *ad quem* fue absolutamente armónica. Y, algo más, al motivo que encontró el *a quo* para negar las súplicas de la demanda, el *ad quem* halló dos más, para llegar a la misma conclusión, sin que tal forma de actuar pueda tacharse de incongruente o producir un vicio de otra índole.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto del artículo 946 del C. C., a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas, "concretamente el segundo dictamen pericial, que sirvió de prueba a la objeción por error grave del primer dictamen pericial".

El cargo lo desarrolla sobre los asertos siguientes:

a) Que el *ad quem* al considerar que el segundo dictamen no se diferencia del anterior en cuanto a la inexistencia de cercas y mojones y por ello no se "verificara el

alinderamiento de los predios", es una conclusión errada, toda vez que si bien coinciden los dictámenes en que no existen cercas y mojones, en el último dictamen expresan los expertos que con base en el expediente, en las Oficinas de Catastro, en los planos topográficos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, con la visita a los inmuebles, "sí es posible determinar los predios objeto de reivindicación, como en efecto lo hacen, y por tanto, este dictamen es totalmente opuesto al primero";

b) Que el segundo dictamen encuentra corroborado "por la constancia que deja el Juzgado Noveno Civil del Circuito en la diligencia de Inspección Judicial visible a folios 171 y 172 que dice: '*...Se aclara en definitiva que son 80 m de frente por 240 m de fondo, 80 m al lindero oriental, 80 m al lindero occidental 240 m al norte y 240 m al sur dándonos un área de 19.200 m². Es pertinente aclarar habida cuenta que como se repite, el Juez sí identificó los predios y los recorrió, como de ello dan fe los intervinientes en esta diligencia...*" (el destacado es mío). Por lo expuesto considero que existe un error claro, evidente y meridiano de hecho";

c) Que "es importante anotar que el demandado cuando solicita ampliación del segundo dictamen reconoce que el mismo ha identificado los predios sin ir hasta ellos, hechos que desvirtuaron los peritos con fotografías demostrativas de sus visitas, y en las que se observa que entraron por la vía alterna de golondrinas por la que en esos días no había vigilancia";

d) Que en "la página 5 de la sentencia de segunda instancia del Honorable Tribunal Superior de Cali se lee una consideración de la prueba pericial inicial en su aclaración dicen: que los peritos no pudieron identificar el predio materia de la *litis* porque la Quebrada Menga pasa a la altura de la avenida 6ª con calle 70 aproximadamente. Nótese honorables Magistrados la confusión del juzgador de segunda instancia: La Quebrada Menga es un lindero del predio del Banco Central Hipotecario correspondiente a la escritura 682, y en ninguna forma al predio de mi mandante, luego el predio no determinado según ese criterio es el del BCH y de ello no se puede deducir que no es determinable el predio de mi poderdante".

Se considera

1. Cabe poner de presente que el Tribunal, para despachar desfavorablemente la pretensión reivindicatoria, se apoyó con precisión y claridad, en tres fundamentos, que son:

a) Que el demandante no acreditó su derecho de dominio respecto de los dos inmuebles que persigue le sean restituidos;

b) Que tampoco aparece demostrado que se trate de un bien singular reivindicable, y

c) Que igualmente no fue posible, y por ende, no aparecen identificados los inmuebles materia de la pretensión.

2. Por la índole del recurso extraordinario de casación, se ha sostenido que si la decisión combatida tiene soporte en varios motivos jurídicos, la acusación, para que se abra paso, debe comprenderlos todos, porque de lo contrario el pilar no impugnado le sigue prestando a la sentencia apoyo suficiente para mantenerla en pie.

3. Precisamente, sobre el punto que se viene analizando, la Corte ha afirmado, de manera reiterada, que por "sabido se tiene que mediante el recurso de casación se somete la sentencia de segunda instancia al juicio de la Corte, para que ésta, sin salirse de los límites que le haya trazado la acusación, decida si el fallo recurrido viola la ley ...con fuerza por sí solo bastante para desquiciar ese pronunciamiento.

Entonces, tratándose de la impugnación por la causal primera, en cuyo campo es de rigor que se demuestre la infracción ya directa, ya indirecta, de la ley sustancial, es preciso que por el recurrente se ataquen todos los fundamentos de derecho de esta especie, sobre cualquiera de los cuales aunque no hubiese sido expresamente considerado por el Juzgador pudiera la sentencia quedar en pie". (Cas. Civ. de 2 de septiembre de 1966, T. CXVII, pág. 248). Y en ocasión posterior, reafirmando el criterio precedente, dijo la Corte: "La doctrina de esta Corporación ha dicho, a este propósito, 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". (Cas. Civil de 28 de agosto de 1974, CXVIII, 228; 13 de diciembre de 1977; 12 de noviembre de 1986; y 16 de diciembre de 1987, no publicadas).

4. Y esta posición doctrinal continúa vigente y aplicable en el caso a estudio, porque a pesar de las enmiendas introducidas temporalmente a la causal primera por el Decreto 2651 de 1961, por tratarse aquí de haberse formulado un único cargo por dicha causal, no está dentro de las hipótesis señaladas en dicho estatuto.

5. El cargo, tal como fue presentado, no se ajusta a las exigencias enunciadas, porque habiéndose apoyado el *ad quem* en tres fundamentos, en la censura sólo se combate uno de ellos, el atinente a la identificación de los inmuebles, desentendiéndose el recurrente de atacar los dos soportes restantes, lo cual se traduce en que el cargo no se abre paso.

RESOLUCION:

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 proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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

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

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

CONGRUENCIA

La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a comprensión del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como *causa petendi* pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le había dado oportunidad para contradecirlos. Tal el fundamento para afirmar que igual de condenar a lo no pedido, que acoger una petición deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados.

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA / ERROR DE HECHO

Cuando uno o varios hechos afirmados en la demanda inicoativa del proceso, ya sea que los considere aisladamente o ya en conjunto con otros para su definición jurídica, ofrecen dos o más interpretaciones lógicas o aceptables, porque ninguna de las cuales resulta arbitraria o absurda, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que en tal evento incurra en yerro de *facto* manifiesto o evidente o que brille al ojo.

VALORACIÓN DE LA PROBATORIA / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

El sentenciador *ad quem* goza de autonomía en la apreciación de las pruebas, porque no le es dado a la Corporación proceder a una nueva calificación, en el recurso extraordinario, del material probatorio, salvo haberse demostrado error de derecho o evidente yerro *de facto* que haya incidido en la decisión atacada, y, por tanto, producido el quebranto de la ley sustancial indicada en la censura.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*

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

Referencia: Expediente número 3867.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991),

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario promovido por Claudia Cristina Palma Buriticá contra Rafael Palma Cárdenas.

I. ANTECEDENTES

1. La señorita Claudia Cristina Palma Buriticá, mediante libelo que por reparto le correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de El Espinal, demandó al señor Rafael Palma Cárdenas, a efecto de que en sentencia se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera: Declárase nulo el contrato de Compra Venta de Derecho Hereneiales suscrito entre la señorita Claudia Cristina Palma Buriticá y el señor Rafael Palma Cárdenas que trata la escritura "Pública No. 2022 del 14 de noviembre de 1986, corrida en la Notaría 33 del Círculo de Bogotá D.E.

"Segunda: Ordénase al Notario 33 del Círculo de Bogotá, la cancelación de la Escritura No. 2022 de fecha 14 de noviembre de 1986 por medio de la cual Claudia Cristina Palma Buriticá hace Cesión de Derechos Hereneiales al señor Rafael Palma Cárdenas, con las consecuencias previstas en la ley.

"Tercero: Ordénase a la parte demandante señorita Claudia Cristina Palma Buriticá restituir el precio que le fue entregado en el contrato que consta en la Escritura Pública No. 2022, que se declara nulo por medio de esta sentencia.

"Cuarto: Como la sucesión del causante Presbítero Luis Antonio Palma Cárdenas se encuentra en trámite en el Juzgado Primero Civil de este Circuito, ordénase reconocer el derecho hereditario en la misma a Claudia Cristina Palma Buriticá, en representación de su padre Pedro Palma Cárdenas y reclamar la porción de bienes que le corresponde.

"Quinto: Inscríbase la presente demanda en el Libro de Registro de Demandas Civiles que se llevan en la Oficina de Registro de este lugar. Para el efecto ofíciese a dicha oficina (art. 690 del C. P. Civil).

"Sexto: En caso de oposición condenar en costas a la parte demandada" (fls. 13 a 14 C. 1).

2. Las preanotadas pretensiones se hacen descansar en los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. La demandante es sobrina carnal del presbítero Luis Antonio Palma Cárdenas.

2.2. Por Escritura Pública No. 2022 del 14 de noviembre de 1986, Notaría 33 de Bogotá, la demandante vendió al demandado -su tío-, por $1.200.000,00 pagados en dos contados, los derechos hereneiales en la sucesión de Luis Antonio Palma Cárdenas, también tío de la vendedora y en representación de los derechos que correspondían a su padre fallecido Pedro Palma Cárdenas.

2.3. Para el tiempo del contrato la demandante era adolescente de 20 años de edad.

2.4. Las condiciones culturales de la demandante por esa época eran las de bachiller.

2.5. La demandante vivía por esa época en el hogar formado por Dilia Buriticá vda. de Palma quien hace vida marital con "Vitalino Bermúdez Guerrero y su hermanastro Elkin Giovanni Bermúdez Buriticá".

2.6. Económicamente Claudia Cristina dependía para su subsistencia "de lo aportado al hogar por su padrastro".

2.7. El *modus vivendi* de la referida familiar corresponde a la de una familia de clase media baja.

2.8. Las relaciones personales de la demandante con su padrastro siempre han sido tensas, procelosas, de reiteradas confrontaciones que muchas veces terminaron con agresiones físicas para con ella.

2.9. Debido a esa situación, la demandante en varias oportunidades y por lapsos mayores a 6 meses, se vió presionada a recurrir a sus amigas para cambiar su residencia y obviar sus problemas con el padrastro.

2.10. Por esa situación, las condiciones económicas de la demandante "se consecuenciaban" para la época del contrato como angustiosas y de insolvencia apremiante.

2.11. Claudia Cristina Palma Buriticá, cuando apenas tenía 4 años y a raíz de la separación definitiva de sus padres, se trasladó con su madre a vivir en forma permanente en Bogotá, desapareciendo toda relación con la familia paterna.

2.12. El demandado es persona de edad madura, aventajado ganadero y comerciante y de comprobada solvencia económica.

2.13. A raíz de la muerte del presbítero Luis Antonio Palma Cárdenas tío de la demandante sorpresivamente Rafael Palma C,. se entrevistó en Bogotá con la demandante acompañado de Carlos Melo Palma, Jaime Melo Palma, Julio Fernando Lamprea Palma y Julio Lamprea Charry, parientes por línea paterna.

2.14. Por insistencia de ellos, las entrevistas se multiplicaron durante los días inmediatamente anteriores a la suscripción del documento de venta de derechos herenciales.

2.15. Por causa de las condiciones personales y familiares de la demandante, las entrevistas se efectuaron por iniciativa del comprador y de sus acompañantes en diferentes sitios de Bogotá, con solícitas atenciones y con la presencia solitaria de Claudia Cristina Palma Buriticá.

2.16. Exclusivamente durante la época de las entrevistas, la demandante fue galanteada por su primo hermano Carlos Melo Palma -administrador de empresas, a quien no había conocido antes y a quien no volvió a ver después de la celebración contractual.

2.17. Durante la última década de octubre de 1986, la demandante tuvo conocimiento del fallecimiento de su tío Luis Antonio Palma Cárdenas y de su calidad de heredera.

2.18. Durante todo el tiempo de las mencionadas entrevistas al Dr. Jaime Melo Palma intervino en su doble calidad de profesional del derecho y primo hermano de la demandante con la finalidad de persuadirla "a la venta de sus derechos hereditarios por un precio irrisorio, presionándola con argumentos de orden económicos y jurídicos".

2.19. Carlos Melo Palma, Jaime Melo Palma, Julio Fernando Lamprea Palma y Julio Lamprea Charry, quienes conformaron el grupo de negociación del contrato, en beneficio del comprador Rafael Palma Cárdenas, tuvieron conocimiento inmediato de las condiciones familiares, personales y económicas de la demandante, por narración que ella les hiciera y por percepción directa de las circunstancias durante el tiempo precontractual de las entrevistas.

2.20 Durante el tiempo de éstas Carlos Melo Palma incentivó la necesidad de Claudia Cristina de llevar una vida independiente de su hogar, aconsejándola recibir la suma propuesta para cancelar la cuota inicial de un apartamento y acompañándola en la búsqueda y elección del inmueble.

2.21. Las gestiones de Carlos Melo Palma tuvieron recepción inmediata en la decisión "influenciada e inconsulta de la adolescente demandante" y el título por $1.000.000.00 recibido como parte del precio, fue cobrado por ella y con ese valor se pagó la primera cuota del inmueble adquirido al Instituto de Crédito Territorial.

2.22. En condiciones de problemática familiar, de angustias económicas y de continuo asedio de los familiares antes nombrados "que con el comprador señor Rafael Palma Cárdenas presionó el conocimiento de la vendedora, la demandante se plegó a la finalidad contractual del comprador suscribiendo el documento público mencionado".

3. Admitida la demanda y notificado el respectivo auto a la parte demandada con quien se surtió el pertinente traslado, por medio de apoderado dio respuesta oponiéndose a las pretensiones y solicitando la absolución del demandado y la condena en costas a la demandante.

Respecto de los hechos manifestó ser ciertos el 1º, 2º, 3º, 4º, 12; no le constan el 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 16, 17 y 21; los demás no son ciertos y exige la prueba de ellos.

4. Rituado el proceso en legal forma, el Juzgado cognoscente puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 17 de julio de 1990, por la cual *denegó* las pretensiones invocadas en la demanda y condenó en costas a la demandante.

5. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra dicho fallo; concedido dicho recurso y tramitado legalmente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de fecha 30 de agosto de 1991, revocó la de primer grado y en su lugar resolvió:

"Primero. *Declárase* nulo el contrato de compraventa de derechos herenciales suscrito entre Claudia Cristina Palma Buriticá y el señor Rafael Palma Cárdenas de que trata la Escritura Pública No. 2022 de 14 de noviembre de 1986 por medio de la cual Claudia Cristina Palma Buriticá hace cesión de derechos herenciales al señor Rafael Palma Cárdenas.

"Segundo. Ordénase al Notario 33 del Círculo de Bogotá la cancelación de la escritura 2022 de fecha 14 de noviembre de 1986 por medio de la cual Claudia Cristina Palma Buriticá hace cesión de derechos herenciales al señor Rafael Palma Cárdenas.

"Tercero. Ordénase a la demandante Claudia Cristina Palma Buriticá restituir al demandado Rafael Palma Cárdenas el precio que le fue entregado en el contrato que consta en la Escritura Pública No. 2022 de 14 de noviembre de 1986 que se declara nulo por medio de esta sentencia, con su corrección monetaria desde la fecha en que se hizo su pago total.

"Cuarto. Ordénase al demandado Rafael Palma Cárdenas devolver a la demandante Claudia Cristina Palma Buriticá las especies adquiridas con sus frutos civiles y naturales desde cuando se realizó la negociación, lo cual se hará por el procedimiento del artículo 308 de la codificación anterior. De la misma manera se regulalla corrección monetaria.

"Quinto. Costas en ambas instancias, cargo de la parte demandada".

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

6. El Tribunal luego de referirse a los antecedentes y al desarrollo del proceso, encuentra la presencia de los presupuestos procesales y afirma que la estimación del Juzgado para desatender las súplicas de la demanda no posee la objetividad de lo que arroja la prueba testimonial, puesto que con base en el testimonio de María Elena Santos y en el de la progenitora de la demandante, deduce que lo que en últimas condujo a ésta a contratar fue su temperamento rebelde y de mujer independiente que deseaba vivir sola en su apartamento y nada más apropiado para este logro que recibir la suma de $1.200.000.00 para el pago de la adquisición de su vivienda y que existe ausencia de fuerza impresionante "que induce a contratar para alegar un justo temor de verse luego expuesta a un mal irreparable y grave", porque no hay prueba en el plenario, pero que sin embargo se presentan factores que varían la concepción jurídica en que se basa la sentencia de primera instancia como son:

A. El escrito de demanda no invoca en su contenido el ejercicio de la "Vis coactiva" por parte del comprador sobre la vendedora, de que habla el artículo 1502 del C. Civil, como lo estima el Juez en el fallo. El artículo 1502 del C. Civil al establecer genérica y rotundamente los elementos que hacen posible una declaración de voluntad libre, indica, fuera de la capacidad, del objeto y de la causa, que la persona que se obliga "consciente en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios"; que lo concerniente con el consentimiento difiere de lo atinente con la capacidad; que para que ésta exista hay dos clases de presunciones una de derecho que no admite prueba en contrario y otra legal que la admite, mientras que aquel por provenir de la facultad volitiva del ser humano está sujeto a los efectos probatorios de la presunción, que no pueden ser otros que los de producir convicción en el juez acerca del hecho presumido, siempre y cuando el supuesto fáctico en que la presunción se apoya se encuentre demostrado; a su vez el artículo 1508 *ibidem* prevé lo negativo del consentimiento que vulnera el orden jurídico y las buenas costumbres; ese lado negativo es de naturaleza tripartita porque suele aparecer afectado por el error, la fuerza y el dolo y no cualquiera de estos defectos desarticula y empaña la relación y la claridad del acuerdo de dos o más voluntades respecto de un objeto jurídico. En el contrato de compraventa esa voluntad

de contratar y de adherir se manifiesta cuando entre vendedor y comprador existe acuerdo respecto de la naturaleza de la cosa y su identidad y sobre el precio o valor de ella; porque el consentimiento debe manifestarse o presumirse válido mientras no se demuestre lo contrario y cuando la contratación pone la apariencia de estar en consonancia con la autonomía de la voluntad.

B. La casi totalidad de los hechos conformantes de la *causa petendi*, dan la idea de que las cuestiones y detalles que rodearon el principio y la concreción de la compraventa consignada en la Escritura 2022 del 14 de noviembre de 1986 "en su aspecto preparatorio de conseguir que la voluntad de la enajenante se manifestaba (sic), no ante la amenaza de los familiares del comprador, sino por los halagos e hipotéticos resultados que se le expresaron a la demandante a efecto de que vendiera a su propio tío unos derechos hereciales por $1.200.000.00, cuando para la época de la venta de tales derechos podían tener un valor superior tres o cuatro veces más de la suma pagada. Y no es que con esta apreciación se esté delimitando una lesión enorme, dice el *ad quem*, "porque esa acción no tiene cabida ni fue la escogida por la actora. Se trata del engaño que sufrió la vendedora por el aprovechamiento que de su estado de necesidad económica", "anímica y de postración familiar, amén de su total inexperiencia en esta clase de negocios, utilizados por los parientes suyos" para arrancar su consentimiento en la compraventa que pronto se tradujo en condiciones desfavorables para ella, que, de no haber mediado "el asedio de sus primos para que diera su aceptación respecto de la venta de sus derechos, se presume que en otra situación y en otras circunstancias la actora no hubiera realizado tal negociación". (Fl. 40 C. Tribunal).

C. Del proceso se extraen circunstancias que acreditan la intención y los procederes utilizados por los parientes cercanos de la vendedora y del comprador en orden a lograr el consentimiento de la enajenante, que no fue libre, así:

C.1. Fallecido el Presbítero Luis Antonio Palma los primos de la actora, a su vez sobrinos del comprador, acudieron a su casa a proponerle el negocio; no fue aquélla quien acudió a sus primos.

C.2. El tío de la actora murió el 4 de octubre de 1986 y el 14 de noviembre de ese año se corrió la escritura; en ésta se hace mención "a su objeto y fin, desconocido por la enajenante, como que iba a vender lo que le podía corresponder como heredera, en representación de su padre", derechos radicados especialmente en los bienes corporales e incorporales "sin reservas de ninguna clase". (Fl. 41 C. Tribunal).

C.3. La negociación se consolidó por la Escritura 2022 de 1986 cuando el sucesorio del causante no se había abierto; éste se inició el 12 de diciembre de 1986, en auto de esa fecha se reconoció a los hermanos del causante como interesados y en providencia de 12 de febrero de 1987 el Juzgado 2º Civil del Circuito de El Espinal reconoció al demandado como cesionario de todo aquello que le pudiera corresponder a la demandante en el proceso de su tío Luis Antonio, por derecho de representación de su padre.

C.4. En la cláusula 4ª de la escritura se estipuló "un detalle digno de tomarse en cuenta", la expresa manifestación de las partes de que el contrato era aleatorio. Como lo apunta el abogado de la demandante con ello "se le cerraban los caminos" para

demandar la lesión enorme pues se advierte que para esa fecha no se había abierto el proceso sucesorio y no se podía saber qué clase de bienes le correspondían a la actora.

C.5. La intención de la accionante fue la de realizar un buen negocio pero los procederes engañosos de sus familiares la persuadieron en su voluntad y por ello la indujeron a error, fue "víctima del acoso y premura de sus primos y esto fue lo que en últimas emocionalmente la llevó a realizar aquella contratación, que lejos está de ser una verdadera convención espontánea" (fl. 42 C. Tribunal).

C.6. El Juez del conocimiento hace ver que en la contratación se hizo caer en error a la vendedora respecto del objeto y del precio, cuando expresa que la actora al darse cuenta que transfirió sus derechos por un precio inferior y ante la existencia de la cláusula 4ª de la escritura en que las partes advirtieron que la naturaleza del contrato era aleatorio, "invoca sin justa causa y sostén probatorio el artículo 1513 del C. Civil tratando de lograr finalmente la nulidad de esa venta".

C.7. La vendedora demandante no realizó diálogo alguno sobre el negocio con el comprador, puesto que de ello se ocuparon sus sobrinos; no hubo concertación de voluntades respecto del objeto y precio.

C.8. Existe contradicción entre la versión del comprador y su sobrino Jaime Melo, porque el primero afirma que su sobrina lo acosaba para que le comprara cuando las demás pruebas dicen que el negocio lo hicieron los sobrinos de él, tal como lo afirma la demandante en el interrogatorio de parte.

C.9. Del trabajo de partición aprobado en el juicio mortuorio se desprende que el valor de lo recibido por el demandado en condición de cesionario de la demandante asciende a la suma de $11.310.933.00.

C.10. La prueba testimonial enseña que la demandante por la época en que enajenó su herencia pasaba por una situación económica difícil, que para esa época no se había abierto el proceso de sucesión de su tío y por lo mismo ignoraba los bienes, la cantidad y el valor que le podían corresponder en representación de su padre. Por esa circunstancia la vendedora se encontraba en imposibilidad de saber que era lo que podría vender y por qué valor y, por lo mismo, dio su consentimiento viciado en virtud de que no sabía en forma concreta lo que vendía; esto último constituye "la inducción en el error sobre la cosa y el precio, factor éste que demerita sustancialmente la autonomía de la voluntad para contratar en forma libre y espontánea como lo requiere nuestro ordenamiento legal civil", y no hubo acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto "y si lo hubo fue una 'representación falsa e inexacta de la realidad'".

Deduce de lo anterior el Tribunal que en el acto jurídico contenido en la Escritura No. 2022 del 14 de noviembre de 1986 estuvo ausente ese factor esencial a que alude el artículo 1502 del C. Civil en su ordinal 2o., "habida cuenta de que hubo error, al que fue inducida la demandante, por lo que allí no apareció el consentimiento libre atinente con la declaración de voluntad que debe presidir toda contratación para que produzca obligaciones"; y precisa que interpreta la demanda por el contenido de su *causa petendi*, en virtud de que los primos de la accionante y vendedora no ejercitaron coacción física contra ésta "sino que le situaron en el error sobre la cosa vendida, sus cualidades, cantidad y precio, toda vez que de haber conocido ella toda la realidad, no hubiera

contratado en la forma como lo hizo. Así se interpreta y aplica el principio de la igualdad" (fl. 44 C. Tribunal).

Por último expresa el fallador, que como faltó en la contratación el consentimiento, por estar viciado por el error en que incurrió la demandante compradora y por ese procede la declaratoria de nulidad.

7. El salvamento de voto se funda en que la sentencia es inconsonante con los apoyos de las peticiones de la demanda, puesto que éstas se basaron en la fuerza o violencia y no en el error: la mayoría de la Sala afirma que hubo error en la cosa y en el precio sin sustento jurídico, por cuanto la compraventa versó sobre derechos herenciales; y en que si se aceptara que el error fue provocando por esa situación, daría lugar a un vicio del consentimiento muy diferente al del error, puesto que para que se configure este es necesario que sea espontáneo.

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos plantea el recurrente apoyado en las causales segunda y primera del artículo 368 del C. de P.C., que se despachan en el orden propuesto.

Cargo primero

Con respaldo en la causal segunda de casación, se acusa la sentencia del Tribunal por ser incongruente.

8. En desarrollo del cargo, el casacionista expresa que el fallo es inconsonante por dos razones: porque no está en consonancia con los hechos alegados como *causa petendi* de la demanda y por ser disonante con las precisas pretensiones de la misma.

Seguidamente nota que el demandado fue convocado para que se defendiera de una demanda, en que se afirma que la demandante fue constreñida por sus primos, quienes a la vez son sobrinos de aquél, para que vendiera los derechos hereditarios que pudieran corresponderle en la sucesión de Luis Antonio Palma Cárdenas en representación de su padre premuerto, hermano del causante; y que en la demanda se solicita la nulidad del contrato de compraventa de derechos herenciales celebrados entre demandante y demandado, contenido en la Escritura No. 2022 corrida el 14 de noviembre de 1986 en la Notaría 33 del Círculo de Bogotá, nulidad proveniente "de que su primo el doctor Jaime Melo Palma de profesión abogado, en el tiempo anterior a la firma de la escritura de venta, intervino ante Claudia Cristina 'con la finalidad de persuadirla a la venta de sus derechos hereditarios por un precio irrisorio, *presionándola* con argumentos de orden económicos y jurídico' (hecho 18) y de que con el asedio de sus otros primos y su tío Rafael, se presionó *el consentimiento de la vendedora* hasta que 'se *plegó* a la finalidad contractual del comprador' (hecho 22)". (Fl. 16 de este cuaderno).

Continúa el censor, en otras palabras al demandado se le citó para que se defendiese de una demanda en que se pide la nulidad del contrato de venta de derechos hereditarios, alegando que la vendedora emitió consentimiento viciado, porque fue constreñida a expresarlo por presión de sus parientes y a la "hora de nona, cuando ya se habían tramitado las dos instancias y el demandado había ejercitado su defensa demostrando que no existió violencia en el consentimiento de la demandante, el honorable Tribunal

de manera sorpresiva, lo condena cambiando las reglas de juego y diciéndole tardíamente que el consentimiento de la vendedora está viciado no por violencia, que fue lo alegado en la demanda, sino por error" (fl. 17 de este cuaderno).

A continuación transcribe la impugnación parte de la sentencia de 10 de diciembre de 1970, de esta Corporación, y manifiesta que el Tribunal se hizo "reo de incongruencia por *extra petita*", pues decreta la nulidad por unos hechos no alegados en la demanda, "por causa de un error que ni por asomo se mencionó a lo largo del escrito introductorio", por lo que el fallo no está en consonancia con los hechos de la demanda.

Finalmente advierte que la sentencia es disonante, pues bajo el numeral cuarto de la parte resolutiva condena al demandado a devolver a la demandante *las especies adquiridas* con sus frutos.... lo que no fue pedido en la demanda ni está implícito en ella, porque el objeto declarado nulo no fueron especies o cuerpos ciertos, sino el derecho real de una herencia que, como se sabe, recae sobre la universalidad jurídica; y que por consiguiente el Tribunal "cayó en fallo *extra petita*" (fl. 18 de este cuaderno).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

9. El numeral segundo del artículo 368 del Código de P. C., con la modificación 183 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, señala como 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". A su vez, el artículo 305 ibidem, que consagra el principio de la congruencia de los fallos, expresa que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda.

El principio de la congruencia obedece a la limitación que tiene el Juzgador en su poder decisorio cuando profiere el fallo, puesto que para que este sea consonante requiere que verse sobre los temas sometidos a su decisión y sobre los hechos alegados como causa petendi, conforme con la modificación referida.

El principio de la congruencia obedece a la limitación que tiene el Juzgador en su poder decisorio cuando profiere el fallo, puesto que para que este sea consonante requiere que verse sobre los temas sometidos a su decisión y sobre los hechos alegados como causa petendi, conforme con la modificación referida.

La jurisprudencia, antes de entrar en vigencia el Decreto 2282 de 1989, ya había calificado una sentencia como inconsonante cuando decidía sobre temas no sometidos, con apoyo en hechos no expuestos como causa petendi. Es así como en fallo del 6 de diciembre de 1990 se transcribe lo expuesto en el del 28 de noviembre de 1977.

"Pero la incongruencia no sólo se presenta cuando confrontadas las resoluciones de la sentencia con las peticiones y defensas de las partes se observa que el fallo es extra, ultra o mínima petita, porque puede acaecer que a pesar de existir armonía cabal entre aquéllas y éstas, se presente el fenómeno de la incongruencia, como cuando demandándose la nulidad del proceso con fundamento en la incompetencia del fallador, se declara el vicio, pero con apoyo en otra causal no alegada como la de haberse omitido el término para pedir pruebas.

"La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a comprensión del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado oportunidad para contradecirlos. Tal el fundamento para afirmar que igual de condenar a lo no pedido, que acoger una petición deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados" (sentencia sin publicar).

Ahora bien, como es al juez a quien le corresponde calificar los hechos expuestos en la demanda para deducir las consecuencias jurídicas que estos tengan dentro de la órbita del derecho, por ser este el funcionario del Estado a quien se le ha deferido la aplicación de la ley en el caso concreto, es de rigor aceptar que la Corte no puede variar la apreciación que de los hechos haga el Tribunal, a menos de demostrarse su contraevidencia.

Siendo así las cosas, cabe deducir que, como en el caso de este litigio no se trata de que el *ad quem* "imaginara" los hechos sino que a los expuestos en la demanda los calificó para darle otros efectos, en ejercicio de la facultad de que antes se habló, el yerro que por inconsonancia se le endilga a esa calificación no existe. La inconsonancia en que pueda incurrir el sentenciador como causal de casación tiene que sobrevenir conforme a reiteradas doctrinas, como resultado de la mera actividad del fallador, cuando como en este caso, habría basado el pronunciamiento en hechos no alegados en el acto inicial de parte. Pero como del examen de la sentencia impugnada surge, el Tribunal no se basó en hechos no contenidos en la demanda. Fueron esos los que vio, mas dedujo consecuencia distinta; luego no se advierte la inconsonancia respecto de los hechos alegados y observados por el *ad quem*.

No se abre paso entonces la censura.

Cargo segundo

Con éste se acusa la sentencia de segundo grado de quebrantar indirectamente por aplicación indebida los artículos 964, 1502, 1508, 1511 (inc. 2), 1513, 1514, 1515, 1740 y 1741 (inciso final) y 1746 del Código Civil, a consecuencia de los errores evidentes de hecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de las pruebas y en la errada interpretación de la demanda.

11. En desarrollo del cargo, dice el censor, que la importantísima potestad que tienen los jueces para interpretar las demandas, no es tan amplia que pueda alterar el real contenido de éstas con notorio perjuicio para los demandados, que, de este modo, podrían ser condenados por cargos que verdaderamente no se les formularon; que aquella importante función de los jueces tiene límites, pues bajo el pretexto de la interpretación, ellos no pueden llegar hasta el extremo de cambiar la demanda o sustituirla, como ocurrió en la especie de esta *litis* en que una nulidad pedida con apoyo en que la vendedora fue presionada a consentir, se cambia diciendo que el vicio proviene de error en el objeto, sus cualidades, cantidad y precio.

11.1. El Tribunal de Ibagué, alterando radicalmente lo que expresó la actora en su demanda, cambiando tajantemente la *causa petendi* del libelo, dijo que la nulidad del

contrato de venta de derechos hereditarios se pidió con apoyo en que Claudia Cristina Palma Buriticá "dio su consentimiento viciado en virtud de que no sabía en forma concreta lo que vendía, pues esto último es lo que a juicio de la Sala constituye la inducción en el error sobre la cosa y el precio, factor éste que demerita sustancialmente la autonomía de la voluntad para contratar en forma libre y espontánea..." Más adelante manifiesta el *ad quem* que "en este sentido interpreta la demanda por el contenido de su *causa petendi*, en virtud de que los primos de la accionante y vendedora no ejercitaron coacción física contra ésta, sino que la situaron en el error sobre la cosa vendida, sus cualidades, cantidad y precio..." (f. 44 del cuad. 5).

11.2. De una simple lectura de los 22 hechos expuestos en la demanda como fundamento de la pretensión de nulidad, afirma la censura, se advierte que allí no se menciona una sola vez la palabra error, ni se traslada que en alguno de los episodios que constituyen la *causa petendi* se diga que la demandante vendedora sufrió error en el objeto del contrato, pues muy claramente brota que las partes acordaron la venta, no de especies o cuerpos ciertos de los que, *ut singuli* integraban el acervo hereditario de la sucesión del presbítero Luis Antonio Palma Cárdenas, sino *del derecho real de herencia*, que recae sobre la universalidad sucesoral, derecho que correspondía a la demandante en representación de su padre.

Que estudiada la demanda en su integridad y por todos sus aspectos, de ella solamente brota que la nulidad, como se expuso explícitamente en los hechos 18 y 22, se hace consistir en que la vendedora fue constreñida a consentir por el asedio de sus parientes y no porque haya padecido error sobre la cosa vendida, sus cualidades, cantidad y precio.

11.3. A renglón seguido la acusación precisa los otros yerros así: Un segundo yerro, de la misma estirpe fáctica del ya denunciado cometió el fallador, pues de las pruebas aducidas coligió que se demostró que la demandante Claudia Cristina Palma, otorgó la escritura pública de venta de sus derechos hereditarios por haber sido inducida a error sobre el objeto de la venta y su precio, en virtud de que en forma concreta no sabía lo que estaba vendiendo, circunstancia que vicia su consentimiento y genera la nulidad pretendida aquí.

Este segundo yerro del Tribunal -prosigue el censor- consiste en que le hizo decir al material probatorio lo que éste, considerado ya en conjunto o analizado individualmente cada probanza, no demuestra que la demandante haya padecido el llamado por los latinos *error in corpore* y ni siquiera el *error in negotio*.

Estudiado todo el haz probatorio, dice la impugnación, la demanda, su contestación, los interrogatorios de parte que ante el *ad quem* rindieron demandado y demandante (fls. 15 y 18 del cuad. No. 3), la doble copia de la escritura No. 2.022 de venta de los derechos hereditarios de Claudia Cristina (fol. 30 a 37 del cuad. 6° y 5° a 10 del 1°), las copias del proceso de sucesión del presbítero Luis Antonio Palma, las declaraciones de Emma Gutiérrez vda. de Devia (fl. 2 cuad. 2°), Carlos Alfonso Melo (fls. 3 a 9 *ibidem*), José Fernando Rojas Mosquera (f. 21 *ibidem*), María Elena Santos (fl. 23), Nayib Ardila (fl. 24 *ibidem*), Vitalino Bermúdez (fl. 25), Difia Buriticá viuda de Palma (fls. 25 a 31 del mismo cuaderno 2°) y Jaime Eduardo Melo Palma (fls. 1 a 8 del cuad. 4°), la constancia de la Dijín que se ve a folios 33 del cuaderno 5°, las copias de la partición y la sentencia

aprobatoria de bienes de la sucesión del Presbítero Luis Antonio Palma Cárdenas, visibles a folios 1 a 29 vto. del cuaderno 6º, del material probatorio, se repite no puede deducirse, sin cometer contraevidencia que Claudia Cristina Palma haya padecido error en lo que era materia u objeto del contrato de venta de derechos hereditarios, sus cualidades, cantidad y precio, pues no sólo del texto de la demanda surge que la venta no recayó sobre cuota parte de las especies, cuerpos ciertos o cantidades de dinero dejados por el causante, sino exclusive y precisamente sobre el derecho real de herencia que a la demandante, en representación de su padre premuerto, correspondía en la sucesión del presbítero Luis Antonio Palma.

11.4. Que también el Tribunal cayó en otro yerro fáctico: al pasar por alto lo que afirma, amplia y repetidamente, el declarante doctor Jaime Eduardo Melo Palma a folios 1 a 8 del cuaderno 4º y lo que brota del trabajo de partición de los bienes del causante Luis Antonio Palma, que al momento de celebrarse el contrato de venta de los derechos hereditarios (14 de noviembre de 1988) los más valiosos bienes de la sucesión consistían en depósitos en la Caja Vocacional, Fundación Nacional de la Conferencia Episcopal de Colombia, depósitos a los que, en ese momento, nadie concedía mayor valor por la quiebra de la Caja y los malos manejos que públicamente se lanzaban contra Monseñor Abraham Gaitán Mahecha, lo que es y fue un hecho notorio. Que no vio el Tribunal que el comprador de los derechos hereditarios, el demandado Rafael Palma corrió con el albur de que no se recuperaran aquellos depósitos, que era la creencia general.

Las consideraciones y deducciones que el Tribunal hace bajo las letras A) a J) (fls. 41 a 44 del cuaderno 5º) permiten concluir todo lo contrario a lo deducido por él, es decir que Claudia Cristina Palma Buriticá no padeció error sobre lo que fue materia de la venta de derechos.

11.5. Más adelante agrega el casacionista que a pesar de la claridad de las cláusulas de la escritura No. 2022 citada, que contiene el contrato de compraventa de derechos hereditarios de la demandante, contrato enjuiciado por nulidad, el Tribunal dejó de ver que el objeto del mismo era ceder, a título de venta, el derecho real de herencia que, al morir el Presbítero Luis Antonio Palma, se radicó en cabeza de la demandante, sobrina del causante, quien, era llamada a suceder por derecho de representación de su padre premuerto, quien de haber estado vivo, hubiera podido suceder en su calidad de hermano legítimo del *de cujus*. Que el Tribunal, confundiendo la universalidad sucesoria, llamada herencia, con los distintos bienes relictos que forman el activo sucesoral, creyó que el objeto de la venta de derechos hereditarios eran los inmuebles, depósitos en dinero, créditos y muebles que dejó el Presbítero Palma, considerados *ut singuli*, y no el derecho real de herencia, que da derecho al heredero cedente a reclamar una cuota parte de la universalidad llamada herencia y no una cuota parte de cada uno de los activos sucesorales considerados individualmente.

En respaldo de su planteamiento transcribe lo dicho tanto por la jurisprudencia nacional como por doctrina foránea.

11.6. Seguidamente y tras referirse a los vicios del consentimiento, como a la clasificación que doctrina y jurisprudencia tienen establecidas en relación con el error, expone el recurrente: El Tribunal cayó en error fáctico palmario, al deducir que, en el contrato que mediante la pluricitada escritura No. 2.022 celebraron demandante y

demandado (faltó o estuvo ausente ese factor esencial a que alude el artículo 1502 del C. Civil en su ordinal No. 2º) habida cuenta de que hubo error, al que fue inducida la demandante "y que la vendedora dio su consentimiento viciado en virtud de que no sabía en forma concreta lo que vendía", y que "no hubo acuerdo de dos voluntades sobre un mismo objeto".

"De la prueba recogida brota -concluye el censor- lo que no vio el fallador de segundo grado, cometiendo así el yerro fáctico que le endilgó, que entre Claudia Cristina y Rafael Palma, a través de los primos de aquélla y sobrinos de éste, se llevaron a cabo las conversaciones que concluyeron en el acuerdo de que la primera vendería al segundo, en la suma de $1.200.000.00 el derecho hereditario que aquélla tenía en la sucesión del Presbítero Luis Antonio Palma. No deducir de la prueba testimonial (declaraciones de Carlos Alfonso Melo Palma, José Fernando Reyes, María Elena Santos, Nayib Ardila, Vitaliano Bermúdez, Delia Buriticá, Jaime Eduardo Melo y Emma Gutiérrez, y de los interrogatorios de parte absueltos por Claudia Cristina y Rafael), que sí existieron conversaciones previas al contrato, que luego las partes se ajustaron por medio de sus parientes, en la cosa objeto de la venta (el derecho real de herencia) y el precio ($1.200.000.00), y en una palabra que entre las partes existió consenso, en las proposiciones finales de uno y otro, que existió consentimiento libre sobre un contrato, su objeto y su precio, constituye una notoria contraevidencia".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

12. Como quiera que el error de hecho que se le imputa al Tribunal tiene que ver y se ubica en la interpretación de la demanda incoativa del proceso, hácese conveniente traer a colación lo que la Corte enseñó sobre el particular en sentencia del 29 de agosto de 1989 al expresar: "Que es deber del juzgador interpretar la demanda cuando ésta adolezca de falta de claridad y precisión descadas, no se remite a duda. En tal supuesto, nadie lo discute, es patente que se impone por parte del juez una labor dialéctica encaminada a descubrir el verdadero contenido y alcance de tan importante libelo, que aunque en estricto rigor ha debido venir sin ambigüedad alguna, es lo cierto que no puede estar exento enteramente de las imprecisiones inherentes a toda actividad humana. Por lo mismo, so capa de que el sobre dicho escrito no sea un dechado de virtudes no debe rehusarse el funcionario a dispensar la justicia que se reclama, a menos que, no obstante su labor hermenéutica ésta resulte estéril" (no publicada).

Por supuesto que cuando el fallador se aplica a escudriñar el sentido de una demanda que adolece de falta de claridad, ora en las pretensiones que se formulan, ya en cuanto a la *causa petendi*, que aquellos limita, bien puede resultar equivocándose, porque entonces no coincida con la genuina voluntad del demandante, equivocación que cuando reviste las características de pronunciamiento, manifiesta, palmaria o ostensible, da lugar para afirmar que el juzgador cayó en falencia suficiente para estructurar el error que en materia de casación sirve de estribo para quebrar el fallo. Y como este yerro recae sobre el libelo introductor, que a no dudarlo es un elemento de juicio obviante en el proceso, y acaso el más importante, es por lo que se ha dicho reiteradamente que la naturaleza de tal error, es, por regla general, de hecho. Acerca de este tópico ha dicho la Corporación: "...en cumplimiento de la labor de interpretación que le corresponde al juzgador, bien puede incurrir en error de hecho, como ocurre cuando tergiversa de modo

evidente su texto, o le hace decir lo que no expresa, o también cuando cercena su real contenido. En cualquiera de estas hipótesis el sentenciador incurre en yerro *de facto*, pues no se puede olvidar que la demanda, no sólo constituye una pieza con la cual se inicia el proceso sino que a la vez asume el carácter de elemento o medio de convicción" (sentencia del 22 de agosto de 1989).

Empero, tal y como lo ha destacado permanente y reiteradamente la jurisprudencia, cuando uno o varios hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que los considere aisladamente o ya en conjunto con otros para su definición jurídica, ofrecen dos o más interpretaciones lógicas o aceptables, porque ninguna de las cuales resulta arbitraria o absurda, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que en tal evento incurra en yerro de *facto* manifiesto o evidente o que brille al ojo. Por tal virtud, ha enseñado la doctrina que "es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo", (LXVII, 434; CXLII, 200).

12.1 En procura de desentrañar el recto alcance de la demanda, reflexionó así el sentenciador:

"La casi totalidad de los hechos conformantes de la *causa petendi*, dan la idea de que las *cuestiones y detalles que rodearon* el principio y la concreción de la compraventa consignada en la escritura 2022 del 14 de noviembre de 1986 en su aspecto preparatorio de conseguir que la voluntad de la enajenante se manifestaba no ante la amenaza de los familiares del comprador, sino por los *halagos hipotéticos resultados* que se le expresaron a la demandante a efecto de que vendiera a su propio tío unos derechos herenciales por $1.200.000.00 cuando para la época de la venta tales derechos podían tener un valor superior a tres o cuatro veces más del de la suma pagada...".

"...Se trata en este caso del engaño que sufrió la vendedora Palma Buriticá *por el aprovechamiento que de su estado de necesidad económica, anímica y de postración familiar, amén de su total inexperiencia en esta clase de negocios*, utilizados por los parientes suyos para arrancar su consentimiento en aquella compraventa que pronto se tradujo en condiciones desfavorables para ella, puesto que de no haber mediado el asedio de sus primos para que diera su aceptación respecto de la venta de sus derechos, se presume que en otra situación y en otras circunstancias la actora no hubiera realizado tal negociación con su tío don Rafael Palma...".

Y en sustento de su posición, refiere entre sus varias consideraciones las que siguen:

"E) La intención de la accionante Palma Buriticá era desde luego, y como lo insinúa en las respuestas del interrogatorio de parte, la realización de un buen negocio para ella dentro de lo normal en estos casos, pero los procederes engañosos de sus familiares la persuadieron en su voluntad y por ello la indujeron a error, puesto que fue víctima del acoso y la premura de sus primos y esto fue lo que en últimas emocionalmente la llevó a realizar aquella contratación, que lejos está de ser una verdadera convención espontánea".

"J) La prueba testimonial que alberga el expediente enseña que Claudia Cristina Palma *por la época en que enajenó su herencia -14 de noviembre de 1986- pasaba por*

una situación económica difícil de la cual eran conocedores los intermediarios de la negociación, sus primos y quienes ultimaron el negocio con ella para su tío Rafael Palma, que para esa fecha de noviembre de 1986 no se había abierto el proceso sucesoral del Presbítero Luis Antonio Palma y por lo mismo no sabía qué bienes y en qué cantidad y valor le podían corresponder al padre de la demandante. Pedro Palma como heredero de su hermano religioso, para que Claudia Cristina los recogiese en su representación. Por esa circunstancia objetiva, la vendedora se encontraba en imposibilidad de saber a ciencia cierta qué era lo que podía vender y por qué valor, como quiera que por el asedio de sus primos, en orden a lograr su aceptación en el negocio antes de que se abriera la sucesión y se tuviera noticia de los cuantiosos bienes dejados por el levita, la vendedora Palma Buriticá dio su consentimiento viciado, en virtud de que no se sabía en forma concreta lo que vendía; pues esto último es lo que a juicio de la Sala, constituye la inducción en el error sobre la cosa y el precio, factor éste que demerita sustancialmente la autonomía de la voluntad para contratar en forma libre y espontánea... Pues en la situación que se contempla no hubo acuerdo de dos voluntades sobre un mismo objeto y si lo hubo fue una "representación falsa o inexacta de la realidad".

Y como conclusión final expuso:

"Visto todo lo anterior, la Sala estima que en el acto jurídico -contrato bilateral contenido en la escritura 2022 de 14 de noviembre de 1986, cuya nulidad depreca la vendedora, faltó o estuvo ausente ese factor esencial a que alude el art. 1502 del C.C. en su ordinal 2º habida cuenta de que hubo error, al que fue inducida la demandante, por lo que allí no apareció el consentimiento libre atinente con la declaración de voluntad que debe presidir toda contratación para que produzca obligaciones.

"En este sentido se interpreta la demanda por el contenido de su *causa petendi*, en virtud de que los primos de la accionante y vendedora no ejercieron coacción física contra ésta sino que la situaron en el error sobre la cosa vendida, sus calidades, cantidad y precio, toda vez que de haber conocido ella, toda la realidad, no hubiera contratado en la forma como lo hizo...".

A intento de descubrir el yerro que se le apunta a la referida interpretación, remembrase el planteamiento de hecho de la demanda:

"6. *Económicamente* mi poderdante dependía para su subsistencia de lo aportado al hogar por su padrastro Vitaliano Bermúdez Guerrero, como el resto de la familia.

"8. Las relaciones personales de mi mandante con su padrastro Vitaliano Bermúdez Guerrero siempre han sido tensas, procelosas, de reiteradas confrontaciones que muchas veces terminaron con la agresión física para con ella, de parte de Bermúdez Guerrero, situación muy conocida por sus vecinos.

"9. Debido a la beligerante situación personal de mi mandante con su padrastro, aquélla en varias oportunidades y por lapsos mayores a 6 meses, *se vio presionada a recurrir a sus amigos para cambiar su residencia y obviar sus problemas con su padrastro*.

"10. Debido a tan azarosa situación personal, las condiciones económicas de mi mandante se consecuenciaban *para la época de la celebración contractual como angustiosas y de insolvencia apremiante*.

"11. La señorita Claudia Cristina Palma Buriticá, cuando apenas tenía cuatro años y a raíz de la separación definitiva de sus padres, *se trasladó con su madre a vivir con carácter de permanencia en Bogotá desapareciendo en forma radical toda relación con su familia paterna.*

"15. Por causa de las *condiciones personales y familiares de mi mandante*, las entrevistas se celebraron por iniciativa del comprador y sus acompañantes en diferentes sitios de la ciudad de Bogotá, con solícitas atenciones y con la presencia solitaria de la señorita Claudia Cristina Palma Buriticá.

"18. Durante todo el tiempo de las entrevistas de marras, el doctor Jaime Alberto Melo Palma intervino con su doble calidad de profesional del derecho y primo hermano de la demandante *con la finalidad de persuadirla a la venta de sus derechos hereditarios por un precio irrisorio, presionándola con argumentos de orden económico y jurídicos.*

"19. Los señores Carlos Melo Palma, Jaime Melo Palma, Julio Hernando Lamprea Palma, Julio Lamprea Chavry, quienes conformaron el grupo de negociación del contrato, en beneficio del comprador señor Rafael Cárdenas, *tuvieron conocimiento inmediato de las condiciones familiares, personales y económicas de la demandante*, por narración que ella misma les hiciera y por percepción directa de las circunstancias durante el tiempo precontractual de las entrevistas.

"20. Durante el tiempo de las entrevistas referidas Carlos Melo Palma *incentivó la necesidad de Claudia Cristina Palma Buriticá de llevar una vida independiente de su hogar*, aconsejándole recibir la suma propuesta para cancelar la cuota inicial de un apartamento y acompañándola en la búsqueda y elección del inmueble dicho.

"21. Las gestiones de Carlos Melo Palma *tuvieron recepción inmediata en la decisión influenciada e inconsulta de la adolescente demandante* y el título por valor de $1.000.000 recibido como parte de pago, fue cobrado por mi mandante y con este valor se pagó la primera cuota del inmueble adquirido del Instituto de Crédito Territorial.

"22. *En condiciones de problemática familiar, de angustias económicas y de continuo asedio del grupo de negociación* que con el comprador Rafael Palma Cárdenas *presionó* el consentimiento de la vendedora Claudia Cristina Palma Buriticá, *se plegó* a la finalidad contractual del comprador suscribiendo el documento público ya mencionado (fls. 11, 12 y 13 del cuad. No. 1°).

"Como al confrontar las premisas sentadas sobre el yerro fáctico con las reflexiones expresadas por el *ad quem* para decidir cómo lo hizo, ciertamente no se advierte con las características de evidente, el desacierto que se le endilga al Tribunal en la interpretación de la demanda, porque dada la forma como fueron expuestos los hechos de la misma, la hermenéutica que de ella hizo el sentenciador de segundo grado no ofrece yerro manifiesto o evidente, puesto que el alcance que le dio es posible y razonable, máxime que la interpretación que hace el recurrente no es la única sustitutiva que admite la demanda, pues se insiste, que la efectuada por el *ad quem* es admisible, todo lo cual se traduce en que no se da el yerro *de facto*.

"13. Respecto del segundo yerro que se le imputa a la sentencia del Tribunal, es esta la consideración del censor:

"Un segundo yerro, de la misma estirpe fáctica del ya denunciado, cometió el fallador, pues de las pruebas aducidas dedujo que se demostró que la demandante Claudia Cristina Palma, otorgó la escritura pública de venta de sus derechos hereditarios por haber sido inducida a error sobre el objeto de la venta y su precio, en virtud de que en forma concreta no sabía lo que estaba vendiendo, circunstancia que vicia su consentimiento y por la nulidad pretendida aquí.

"Este segundo yerro del Tribunal, consiste en que le hizo decir al material probatorio, lo que éste, considerado ya en conjunto o analizando individualmente cada probanza, no demuestra que la demandante haya padecido el llamado por los latinos *error in corpore* y ni siquiera el *error in negocio*.

"13.1. Al referirse el error de hecho en relación con el entendimiento de la demanda, se acaba de decir que el *ad quem* no incurrió en error de hecho al interpretar la demanda introductiva del proceso.

"Entonces como esta consideración jurídica por sí sola es suficiente apoyo de la sentencia combatida, pero sobre todo, respecto de este otro yerro denunciado, él no es tampoco manifiesto, como que la propia censura se ve obligada a complicados razonamientos (fls. 22, 23, 24, 25, 26 C. Corte), para tratar de demostrarlo, ha de concluirse que el cargo no se abre paso".

Es pertinente dejar sentado que el sentenciador ad quem -tiene dicho la Jurisprudencia- goza de autonomía en la apreciación de las pruebas, porque no le es dado a la Corporación proceder a una nueva calificación, en el recurso extraordinario, del material probatorio, salvo haberse demostrado error de derecho o evidente yerro de facto que haya incidido en la decisión atacada, y, por tanto, producido el quebranto de la ley sustancial indicada en la censura. En efecto, ha sostenido la Corte que la apreciación probatoria hecha por el sentenciador de segundo grado, es inmodificable en casación a menos que aparezca que el fallador incurrió en error manifiesto, es decir, que se ofrezca en forma nítida que haga imposible aceptar como probado un hecho que no lo está o que estándolo el fallador haya dejado de reconocer. La distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el fallo. Porque, para que un cargo en casación, con apoyo en la causal primera, por vía indirecta, concretamente por error de hecho, se abra paso, requiérese, tal como lo indica la ley, que el yerro es evidente, que brille al ojo, lo cual se traduce que no sea de aquellos para cuya comprobación sea menester acudir a esforzados razonamientos, sino que salte a la vista con su sola enunciación. Precisamente, la Corporación, de manera reiterada y uniforme, ha sostenido que el error de hecho debe ser ostensible, es decir, que salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Cuando para demostrarlo es indispensable emplear complicados razonamientos, con los cuales el entendimiento no lo capta a primer golpe de vista, entonces, se está frente a un error que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos y que de consiguiente, no sirve de estribo a un ataque en casación (CXXXIV, 146 y 147).

En desarrollo de lo que se acaba de afirmar, igualmente se ha sostenido por la jurisprudencia que cuando un medio de convicción admite dos o más conclusiones, todas posibles y razonables, elegida por el sentenciador una de las varias que admite, en tal supuesto no se ofrece el error con el carácter de evidente. Por demás, tampoco

se puede aniquilar o quebrar el fallo impugnado, así organice el recurrente un examen más profundo o más sutil de los medios de convicción, porque si la sentencia llega a la Corte amparada de la presunción de acierto relativa a que el fallador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, es incuestionable que para quebrar el fallo con estribo en que el ad quem cometió un yerro fáctico, éste tiene que aparecer demostrado en forma cabal, como quiera que la casación no se puede fundar en la duda sino en la certeza. Así las cosas, se ha afirmado por la jurisprudencia que aunque la Corte encontrara que es más ajustado al material probatorio el examen que de la prueba haga el recurrente, no por ello se puede casar el fallo porque mientras no se demuestre la arbitrariedad del Tribunal, un mejor razonamiento del censor no es suficiente para que la Corte pueda desconocer las conclusiones de la sentencia recurrida. (Cas. Civ. del 14 de julio de 1975 y del 13 de diciembre de 1976, no publicadas).

Ha enseñado esta Corporación:

Si las conclusiones del Tribunal, después de pesados los argumentos del censor y de estudiada la causa, resultan ser menos convincentes que las del impugnante o que las que la Corte pudiera haber deducido, no por ello podría ella reemplazarlas por otras, precisamente porque la casación no genera una nueva instancia del proceso. Y además porque la Corte debe respetar mientras no sean arbitrarias o contrarias a la evidencia de los hechos, las conclusiones del fallador de instancia. (Sent. 325 del 29 de agosto de 1988).

Como estas consideraciones resultan aplicables al segundo yerro denunciado en el cargo, síguese entonces que éste tampoco se abre paso.

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 30 de agosto de 1991 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario de Claudia Cristina Palma Buriticá contra Rafael Palma Cárdenas.

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

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.

PRESUPUESTO PROCESAL / CAPACIDAD PARA SER PARTE / NULIDAD PROCESAL / EMPLAZAMIENTO / CURADOR *AD LITEM*

Cuando se demanda a un muerto el proceso no puede desarrollarse normalmente por faltar la capacidad para ser parte, presupuesto procesal sin el cual no es dable un fallo de fondo y que no puede ser ignorado en forma alguna, por implicar no sólo que aquél no tiene aptitud para ser parte en el proceso, sino que aunque se le emplace y se le designe curador *ad litem*, la nulidad contagia toda la actuación, pues los muertos no pueden ser procesalmente emplazados, ni mucho menos representados válidamente por curador *ad litem*.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

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

Referencia: Expediente número 4033.

Decídese en relación con la nulidad procesal que en este momento se advierte, en ejercicio del poder de saneamiento que tiene el juzgador.

ANTECEDENTES

1. El 27 de julio de 1992 el señor Augusto Campo Campo por conducto de apoderado para pleitos, interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del 28 de julio de 1987 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa María, en el proceso ordinario del C. I. Prodeco Productos de Colombia S. A., en frente de personas indeterminadas, solicitando la citación al trámite de esta impugnación entre otras personas, la del señor José Eduardo Claret Campo Vives (C. 44, C. Corte).

2. Por auto del 8 de febrero del que corre se *admitió* el libelo y se ordenó correr traslado mediante notificación personal a las personas señaladas como contradictoras, entre otros el señor José Eduardo Claret Campo Vives.

3. Como quiera que no fue posible surtir dicho acto procesal con el señor Campo Vives según el informe rendido por el notificador (fl. 117, c. Corte), se requirió por auto del 4 de mayo del presente (fl. 168, c. Corte) a la parte demandante para que aportara el registro civil de defunción del susodicho demandado.

4. El actor dio cumplimiento al proveído anterior y aportó la preterida prueba (fl. 187) acompañada de memorial en el que solicitó se agregara el expediente para que "produzca los efectos pertinentes" (fl. 188).

5. Aparece plenamente con la copia auténtica del registro civil de defunción del señor José Eduardo Campo Vives, que falleció en el municipio de Santa Marta (Magdalena), el 18 de marzo de 1990, es decir con antelación a la formulación de demanda de revisión.

CONSIDERACIONES

5. El artículo 145 del C. de P. Civil le impone al Juzgador el deber de declarar de manera oficiosa las nulidades de carácter insaneable que observe y las sanables ordenar ponerla en conocimiento de la parte afectada con el fin de que pueda convalidarlo y en caso contrario la declarará.

6. Las causales consagradas en los numerales 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del artículo 140 del C. de P. Civil no podrán ser invocadas por quienes han venido actuando en el proceso y oportunamente no las alegaron.

7. En el caso de autos, como a la fecha de interposición del recurso extraordinario el señor José Eduardo Claret Campo Vives había fallecido, síguese que éste carecía de capacidad para ser parte en el proceso -pues únicamente las personas vivas y las personas jurídicas pueden ser sujetos de derechos y obligaciones- por lo cual la demanda debió dirigirse contra sus herederos o sucesores, no como sucesores procesales sino en calidad de demandados en la nueva actuación.

Como así no sucedió, se incurrió en la causal de nulidad de que trata el numeral 8º del artículo 140 *in fine*, que impone su declaratoria de manera oficiosa en razón a que quienes debían acudir como contradictores no vienen actuando en el trámite del recurso de revisión.

8. En situación similar esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse así:

Así las cosas, *cuando se demanda a un muerto el proceso no puede desarrollarse normalmente por faltar la capacidad para ser parte, presupuesto procesal sin el cual no es dable un fallo de fondo y que no puede ser ignorado en forma alguna, por implicar no sólo que aquél -se repite una vez más- no tiene aptitud para ser parte en el proceso, sino que 'aunque se le emplace y se le designe* curador ad litem, *la nulidad contagia toda la actuación, pues los muertos no pueden ser procesalmente emplazados, ni mucho menos representados válidamente por* curador ad litem', *tal como la Corte sostuvo en la sentencia citada, en la cual dijo también más adelante que 'la sanción para los actos procesales que se realicen después de ocurrida la muerte y antes de que sean citadas las personas ya dichas -refiriéndose a los sucesores procesales-, es la nulidad (art. 152-5) -hoy 140 5 del Código de Procedimiento Civil-. (Auto del 12 de abril de 1991, N.P.).*

9. Dispuso el inciso 3º del artículo 383 *ibidem*, "se declarará inadmisible la demanda cuando no reúna los requisitos formales exigidos en el artículo anterior, así también cuando no vaya dirigida contra todas las personas que deben intervenir en el

recurso, casos en los cuales se le concederá al interesado un plazo de cinco días para subsanar los defectos advertidos".

10. La declaratoria de nulidad se extiende en el *sub judice* hasta el auto admisorio de la demanda inclusive, por consiguiente, si el libelo genitor del recurso de revisión no comprendió a los herederos determinados o indeterminados del señor José Eduardo Claret Campo Vives a quienes también debió demandárseles, síguese que el contradictor no está completamente integrado, por lo que la demanda deberá inadmitirse en este acto procesal.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia declara la *nulidad* de todo lo actuado en el presente expediente, incluyendo el auto admisorio que tiene fecha 8 de febrero de 1993.

Declárase en consecuencia, *inadmisible* la demanda de revisión formulada por Augusto Campo Campo frente a C. I. Prodeco Productos de Colombia S. A., y otros.

Concédasele al demandante-recurrente el término de cinco días para subsanar los defectos advertidos.

Cópiese y notifíquese.

Eduardo García Sarmiento.

CONGRUENCIA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA

Hoy, la causal segunda de casación contemplada en el artículo 368 del C. de P. C., está así mismo destinada a enmendar el yerro *in procedendo* en que puede incurrir el Tribunal cuando produce una sentencia, no solamente inconsonante con las pretensiones de la demanda o con las excepciones propuestas por el demandado, sino también con los hechos o con las excepciones que el Juez ha debido reconocer de oficio. Para no convertir en error *in procedendo* lo que típicamente es un yerro *in judicando*, enmendable por la causal primera de casación, que el vicio de inconsonancia solamente se estructura en el evento en que el juez, apreciando correctamente los hechos constitutivos de la causa para pedir o para excepcionar, y por tanto, alejado de cualquier labor interpretativa en torno al escrito de demanda o de excepciones, concluya que no son los hechos relacionados en dichas piezas procesales los que le sirven de fundamento para condenar o absolver, sino otros diferentes, no aducidos por el demandante ni alegados por el demandado, como quiera que tal es la filosofía que inspiró el aludido cambio jurisprudencial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

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

Referencia: Expediente número 3875.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 4 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario promovido por Rocío Rodríguez de Jaramillo, Olga Rodríguez de Arango, Hernán, Rodrigo y Carlos Enrique Rodríguez Fernández, contra Siderúrgica de Medellín S.A. "Simesa", antes Empresa Siderúrgica S. A., y Siminera Limitada.

I. ANTECEDENTES

1. Con citación y audiencia de los representantes legales de las precitadas sociedades, Rocío Rodríguez de Jaramillo, Olga Rodríguez de Arango, Hernán, Rodrigo y Carlos Enrique Rodríguez Fernández solicitaron que, previo el trámite del proceso

ordinario de mayor cuantía, se condenase a las sociedades "Siderúrgica de Medellín S.A. (Simesa) y Siminera Limitada" al "...pago de los perjuicios causados... con el desconocimiento de los beneficios económicos que les corresponden por la información proporcionada sobre la existencia de minas, yacimientos y depósitos de hierro, carbón, minerales, comercialmente explotables y concesionables, localizados en el departamento del Cesar, República de Colombia y de los cuales se han beneficiado patrimonialmente las empresas demandadas".

2. La precedente aspiración económica fundóse básicamente en los siguientes hechos:

a) Que, son conocedores de las tierras de San Agulón, Chaparro, Plan Bonito, Boquerón, La Loma de Potrerillo, comúnmente llamada La Loma, La Jagua de Ibirico, Becerril y otras áreas vecinas, en el departamento del Cesar, por cuanto su padre fue propietario de una hacienda que comprendía las localidades de San Agulón y Chaparro y, por eso llevaba esos dos nombres, fundo que posteriormente heredaron, razón por la cual establecieron vínculos comerciales con la zona, los que les permitieron conocer de la existencia y localización de yacimientos de minerales, especialmente de hierro, caliza y carbón por esos lugares;

b) Que, por los años de 1968 y 1969 la empresa Siderúrgica S.A., hoy Siderúrgica de Medellín S.A. (Simesa) afrontaba dificultades para encontrar la materia prima necesaria para desarrollar su actividad social, constituida por la chatarra, de elevado precio nacional e internacional, y por eso inició labores que le permitieran la extracción y procesamiento de hierro hasta la producción de aceros, para la elaboración de piezas siderúrgicas; con tal fin, el doctor Ricardo Posada Ochoa, a la sazón presidente de la Empresa Siderúrgica de Medellín S. A., recabó públicamente información acerca de los lugares en que se encontrasen afloramientos que indicaran la existencia de minerales de hierro, caliza y carbón, bajo la atractiva promesa de retribuir a los informantes hasta con un 30% de los beneficios que se obtuvieran si los yacimientos denunciados resultaban de calidad aceptable y en cantidad económicamente explotable, obligándose la empresa a solicitar las licencias oficiales de exploración y a efectuar luego estas labores; una vez formalizado el respectivo convenio con los informantes, éstos debían conducir a los ingenieros comisionados por la empresa a los precisos lugares en que se encontraban los yacimientos, procedimiento al que se acudió en muchas ocasiones;

c) Que, a comienzos de 1969, visitaron varias veces al doctor Posada y le hablaron de los datos que poseían sobre minas y le entregaron muestras de los materiales extraídos de sus afloramientos; como el análisis de dichas muestras resultara positivo, la Siderúrgica celebró con ellos, el 10 de marzo de 1969, un acuerdo para que le indicaran los lugares de las minas, a cambio de las prestaciones económicas que se consignaron en el respectivo documento, que eran las de repartirse de la siguiente manera los beneficios económicos que se obtuvieran: 70% para la empresa Siderúrgica y 30% para los informantes Rodríguez Fernández. Inducidos por la seriedad de la prestación ofrecida, delegaron al doctor Carlos F. Rodríguez para que, revelando el secreto que guardaban mostrara a los ingenieros Roberto Wokittel y Gonzalo Escobar, representantes de la Siderúrgica, los afloramientos de hierro y mantos de carbón situados en Plan Bonito, Boquerón, San Agustín, Chaparro, La Loma de Potrerillo, La Jagua de Ibirico, y otras vecindades, así como las formaciones de manto de carbón y piedra caliza en

cercanías de Becerril. En varias ocasiones y por varios días, Carlos Enrique Rodríguez mostró aquellos yacimientos a los comisionados por la Siderúrgica, tiempo en el cual tomaron nuevamente muestras de los respectivos minerales, las que al ser examinadas dieron resultados igualmente positivos, tanto por la calidad como por la cantidad, condiciones tales que hacían comercialmente explotables las minas;

d) Recibida la información, la empresa Siderúrgica presentó en abril de 1969, ante la Gobernación del Cesar y el Ministerio de Minas y Petróleos, doce propuestas para la celebración de contratos de concesión para exploración y explotación de hierro y subproductos que pudieran encontrarse en los terrenos visitados a instancia de los hermanos Rodríguez Fernández, las que fueron radicadas bajo los expedientes Nos. 3325, 3326, 3327, 3331, 3333, 3334, 3335, 3338, 3340, 3341, 3342 y 3350, las que fueron aprobadas en su totalidad; en relación con las solicitudes distinguidas con los números 3338, 3341, 3342, 3350, 3325, 3326, 3327 y 3340, después de otorgadas las respectivas licencias y celebrados los contratos de concesión, Simesa, presentó a consideración del Ministerio de Minas y Energía el respectivo informe de exploración y el proyecto general de explotación; además, le presentó a dicho Ministerio las solicitudes Nos. 3328, 3352, 3344, 3920, 3323, 3332, 3329, 3330, 3336, 3337, 3349 y 3351, las tres primeras admitidas en el año de 1971;

e) Que, para atender la actividad minera, se constituyó la sociedad Siminera S.A., la cual celebró contratos de asociación con Green y Energy Corporation, para la explotación conjunta de carbón, el cual se encuentra vigente; posteriormente se celebró contrato entre éstas, con Simesa S.A., y la sociedad Drummund Ltda., líder en la explotación de carbón a nivel mundial, la cual estableció sucursal en Colombia, aunque las negociaciones las realiza con Carbocol, entidad estatal encargada de manejar las reservas mineras carboníferas, de las cuales derivan utilidades las sociedades demandadas, que para el futuro se calculan en millonarias sumas de dinero en dólares, por la explotación de más de 400 000 toneladas de carbón;

f) Y que, como la empresa Siderúrgica S. A., incumplió su obligación, Olga, Hernán, Rodrigo y Teresa Rodríguez Fernández, presentaron demanda pretendiendo el cumplimiento coercitivo, proceso que concluyó con sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, declarando la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, sin que hubieran sido ordenadas restituciones mutuas por imposibilidad jurídica y material, omisión que en el plano fáctico repercutió en favor de Simesa, pues continúa obteniendo utilidades por la contratación con entidades nacionales y extranjeras, para la explotación de yacimientos cuya ubicación se logró gracias a la información de los primeros, lo que correlativamente implica perjuicios para los demandantes, a quienes corresponde el 30% de dichos beneficios económicos y de los que en el futuro se obtendrán, a través de Siminera Ltda., todo lo cual significa hecho ilícito, fuente de la obligación de indemnizar perjuicios, por cuanto Simesa actuó con dolo o culpa grave, en la celebración del contrato.

3. Además, los demandantes precisaron que la indemnización reclamada en la demanda "...resulta regida por las normas que consagran la responsabilidad civil extracontractua., porque al declararse nulo el contrato, las relaciones jurídicas en él consagradas carecen de validez, pero no así los hechos o consecuencias que puedan resultar en beneficio o en contra de las partes; por lo tanto los daños o perjuicios que

de esos hechos se derivan deben indemnizarse a través de la responsabilidad civil extracontractual", daños o perjuicios que en el caso concreto están representados "...por las sumas de dinero que... han dejado de recibir como retribución o beneficio económico por la información que le suministraron a las demandadas y que se materializa en el 30% de los beneficios económicos que han sido o vayan a ser obtenidos por Siemensa S.A., directamente o a través de Simesa Ltda., en virtud de la explotación directa o negociación sobre licencias de explotación, contratos de concesión, ocupaciones mineras, permisos de explotación, contratos de asociación, y en general todos los derechos o beneficios que sobre minería obtengan y por consiguiente de todas las participaciones que por conceptos de actividades mineras realizadas en los lugares ya indicados en esta demanda, dentro del Departamento del César, reciban estas sociedades de en el futuro".

4. En su oportuna respuesta al libelo inicatorio, las sociedades demandadas se opusieron rotundamente al despacho favorable de las pretenciones deducidas en su contra por los actores; respecto de los hechos, expresaron que algunos debían probarse, que otros eran ciertos, con algunas aclaraciones, y los restantes no. Adujeron, en particular que efectivamente habían celebrado con los demandantes el contrato descrito por éstos en su libelo demandador, pero que no versó sobre yacimientos de carbón, sino exclusivamente sobre filones de hierro; que dicho pacto revistió todas las apariencias de legalidad e inclusive "...se vieron profundamente perjudicadas cuando el Estado colombiano les negó todas las expectativas que tenían al momento de firmar el convenio"; que por ninguna parte aparece el dolo o la mala fe; que no es cierto que las gestiones realizadas por Simesa ante el Ministerio de Minas y Energía se hayan debido a la información suministrada por los demandantes; que es cierto que se celebraron varios contratos con otras sociedades, pero ninguno de ellos les permitió extraer los materiales que contenían las minas, y por lo tanto, ninguna utilidad recibieron por los tres contratos a que se refiere uno de los hechos de la demanda.

Propusieron, además, las excepciones de cosa juzgada, causa extraña e inexistencia, sin desarrollar sus fundamentos.

5. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia concluyó con sentencia de 14 de mayo de 1991, en virtud de la cual el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, denegó las pretensiones de los actores y, consecuencialmente, los condenó a pagar las costas procesales; esta determinación, impugnada por los demandantes, recibió confirmación por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo de 4 de febrero de 1992, profer da para desatar el recurso de alzada propuesto.

6. Sobreviviendo la inconformidad de los demandantes con la decisión del *ad quem* interpusieron recurso de casación, impugnación extraordinaria que, por encontrarse debidamente sustanciada, pasa a decidirse por la Corte.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA Y SUS MOTIVACIONES

Superado el obligado recuento de los antecedentes del litigio, con síntesis de la demanda y su contestación, el tribunal inicia la parte expositiva de su fallo memorando la fuerza normativa de los contratos legalmente celebrados y su eficacia cuando cuentan con "la licitud del objeto, correspondencia con la ley, el ordenamiento público y las

buenas costumbres", y los efectos disolutivos que sobrevienen cuando se desconocen tales exigencias, para precisar que cuando el acto jurídico se anula "...no hay lugar a restituciones mutuas, si el mismo estaba destinado a producir consecuencia -jurídica- ilícita, con pleno conocimiento de las partes del quebrantamiento a la ley, el ordenamiento jurídico o las buenas costumbres, que frenan la autonomía de la voluntad: es la excepción consagrada en el art. 1525 *ib.*, al cual remite el art. 1746 *ib.*".

Así puestas las cosas, la Sala sentenciadora afirma a renglón seguido que "...si una de las partes induce a la otra a celebrar el acto jurídico anulado, su conducta equivale a hecho ilícito, por que viola, no ya el acto jurídico borrado de la escena jurídica, sino el deber elemental que rige en toda sociedad: no causar daño a los demás (*neminen laedere*); convirtiéndose en fuente de la obligación de indemnizar perjuicios, arts. 1494, 2341 *ib.*, Ley 57 de 1987, art. 34; los que provengan directamente del hecho ilícito, es decir, sean su resultado efectivo, dado que entre ambos debe existir una relación de causa a efecto; sean ciertos y previsibles; a no ser que pueda imputársele dolo, porque entonces la indemnización comprende hasta los imprevisibles; como cuando el hecho ilícito está tipificado como punible y el mismo se comete con la intención de vulnerar un derecho subjetivo legalmente protegido; son las características que fija el artículo 1616 del Código Civil, enmarcado en el título que trata del efecto de las obligaciones, que consigna regla general aplicable al evento que se analiza, interpretando el Derecho por integración analógica de sus normas, Ley 153 de 1887, art. 8º".

De consiguiente, precisa el *ad quem*, "la inobservancia al deber común, hace que su actor incurra en responsabilidad civil; la cual fuera de sus elementos enunciados se configura por la culpa, obrar sin la atención, interés, diligencia, prudencia, pericia requeridas por la actividad ejercida; la cual se presume por el mero supuesto del incumplimiento del deber general, art. 1604, inc. 3º Código Civil; y que puede destruirse mediante la prueba de caso fortuito, definido en la Ley 95 de 1890, art. 1º, como el imprevisto irresistible, con la prudencia, diligencia, pericia requeridas; no evacuada la carga probatoria, se configura la culpa como presupuesto axiológico de la responsabilidad civil por hecho ilícito"; sin embargo, agrega que "no demostrado que las partes celebraron el acto jurídico viciado por objeto ilícito, a sabiendas; ni la actitud ilícita de una de ellas; como la equidad no lo permite, ni la ley patrocina enriquecimientos incausados, si con motivo del acto jurídico cuya nulidad absoluta se declaró judicialmente, el patrimonio de una de las partes se ha incrementado, con el correlativo detrimento del de la otra, como ello no encuentra justificación legal y el restablecimiento del equilibrio carece de otra tutela jurídica, el perjudicado puede pretenderlo acudiendo al principio del enriquecimiento sin causa; de creación jurisprudencial, que como principio de 1887, art. 8º; se le considera fuente de la obligación de reintegrar el patrimonio disminuido". Pero seguidamente el tribunal enfatiza que "...sea que se haya producido hecho ilícito, o enriquecimiento incausado; la indemnización de perjuicios, o la restauración patrimonial, no pueden traducir el cumplimiento de las prestaciones objeto de las obligaciones ya extinguidas; sería tanto como revivir el acto jurídico, cuando el vínculo jurídico por él creado ya fue destruido por causa legal, art. 1602 del Código Civil; violentando la cosa juzgada que significa la sentencia inimpugnable e inmutable; deben referirse entonces otros perjuicios realmente padecidos y un desmedro patrimonial que ya no encuentra causa previa que lo justifique, como sería el contrato

desaparecido; los cuales podrían ser, una disminución patrimonial por gastos realizados con ocasión del acto jurídico anulado, por transporte, estudios jurídicos, científicos, comisiones, impuestos, timbres, etc., a manera de ejemplo; y por la ganancia que dejará de reportarse, por operaciones o negocios que se habrían realizado si el acto jurídico hubiere sido válido; pérdida de oportunidades, en una sola frase; los primeros representan el daño emergente, los segundo sel lucro cesante; arts. 1613, 1614 *ib.*; que igualmente pueden significar enriquecimiento y empobrecimiento correlativos".

De otro lado, también expresa el fallador de instancia que "dada la relatividad de la cosa juzgada que signa la sentencia declarativa de nulidad de un acto jurídico, la misma no aprovecha ni perjudica a las partes no intervinientes en el proceso; por ello, atendiendo la regla de la economía procesal, que propende a evitar el desgaste jurisdiccional, como partes deben figurar quienes celebraron el acto jurídico de cuya nulidad se trata, considerados como litisconsortes necesarios, su presencia es obligatoria en el proceso, arts. 332 y 51 del Código Procesal Civil; de suerte que quienes no fueron parte en el acto jurídico ni en el proceso en el cual se profirió la sentencia declaratoria de su nulidad, no están legitimados para pretensionar ni para resistir en cualquiera de los sentidos indicados: pues pedimento al respecto debe apoyarse en supuestos fácticos diferentes, totalmente desligados de la nulidad".

Y, aplicando al caso *sub lite* las bases precedentes, el tribunal recuerda que en pretérita oportunidad "argumentando infracción al contrato, por incumplimiento de la obligación por él mismo creada y exigiendo el cumplimiento coercitivo, junto con indemnización de perjuicios, los señores Rodríguez Fernández presentaron demanda, dirigida a la Empresa Siderúrgica S. A.; en sentencia de noviembre 28 de 1986, proferida por el honorable Tribunal Superior de Medellín, se dijo el derecho declarando la nulidad absoluta del contrato fuente de la obligación cuya solución se reclamaba; por adolecer de objeto ilícito, ya que con su declaración de voluntad las partes infringieron mandatos legales imperativos, que solamente facultaban al Estado para disponer de los derechos mineros, atribución que se asignaron los contratantes, sin que la ignorancia de la vigencia de las normas les sirviera de excusa; F.2., cartilla 5".

Puntualiza el fallador de segundo grado que "la declaración contenida en la sentencia, hoy sellada por la cosa juzgada, destruyó el vínculo jurídico encadenante de las partes, proveniente del contrato anulado; razón por la cual se extinguieron las obligaciones creadas, entonces, de manera alguna se puede pretensionar su cumplimiento coercitivo"; que "siendo que en el fallo se dedujo la producción de objeto ilícito a sabiendas de ambas partes, por ignorar preceptos legales imperativos, lo que no les sirve de excusa; ninguna puede alegar con éxito que la celebración del contrato constituya hecho ilícito, fuente de la obligación de indemnizar perjuicios, porque la otra incurrió en culpa, bien por acción u omisión; pues la conducta de ambas partes aparece adjetivada por error de derecho, que se da por la mera ignorancia de la ley, sin que para nada incida el proceder también culposo de la contraparte; motivo por el cual la pretensión incoada por los señores Hernán, Rodrigo, Olga y Teresa (sic) Rodríguez Fernández, contra la sociedad Siderúrgica de Medellín S. A., Simesa, antes Empresa Siderúrgica S. A., debe ser desestimada; además, porque no se pueden compaginar los perjuicios, con el cumplimiento de obligaciones ya sin vida jurídica, significaría soslayar la ley y la

plenitud hermética que deriva de la cosa juzgada; y otros perjuicios en la forma expuesta, no se precisaron".

Agrega el tribunal que "...si en el plano fáctico el patrimonio de los contratantes Rodríguez Fernández se disminuyó, a causa del aumento del de la sociedad Siderúrgica de Medellín S. A., lo que ya no encuentra causa justificativa en el contrato; se les facultaba para pedir el restablecimiento del equilibrio; pero de manera alguna invocando el cumplimiento coercitivo de la obligación ya desaparecida: supuesto que aunque afirmado no sustenta pretensión al respecto".

Destaca igualmente el *ad quem* que las pretensiones de Carlos Enrique y Rocío Rodríguez Fernández deducidas en contra de la Siderúrgica de Medellín S.A. (Sinesa) también deben ser desestimadas, pues "...a ésta no le pueden reclamar indemnización de los perjuicios derivados de la celebración de un contrato judicialmente declarado nulo, porque ellos no estuvieron atados por vínculo jurídico alguno, al no participar los demandantes de su celebración: por igual motivo debe ser desestimada la pretensión de todos los demandantes, dirigida a la sociedad Siminera Ltda.". Por último, el Tribunal expresa que "la situación afirmada para sustentar la pretensión indemnizatoria, compagina perfectamente con la jurídica planteada; así, para decir el derecho, resulta innecesario el análisis de otros aspectos, que aunque expuestos y siendo tema de controversia, se tornan ajenos al supuesto que originó la reclamación de la demandante".

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos integran la demanda de casación, que recogen la inconformidad de los demandantes contra la sentencia acabada de resumir, situados en el ámbito de las causales segunda y primera de que trata el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, los que la Corte despachará en el orden propuesto.

Cargo primero

Acúsase la sentencia "...por no estar ella en consonancia con los hechos aducidos como *causa petendi* y las pretensiones de la demanda introductorias de este proceso", por lo que el tribunal incurrió en fallo *extra petita*.

En el desarrollo de la censura, los demandantes precisan que a pesar de la manera abierta, clara, inequívoca y repetida con que ejercitaron la acción de responsabilidad civil *extracontractual* y no la contractual, como quiera que el contrato que, en tiempo pretérito, ligó a algunos de los demandantes con la Empresa Siderúrgica de Medellín había desaparecido del mundo jurídico por haberse declarado su nulidad absoluta, muy a pesar de lo anterior, el honorable Tribunal Superior niega las pretensiones de la demanda porque "de manera alguna se puede pretensionar (sic) el cumplimiento coercitivo" de obligaciones que no existen, ya que la declaración de nulidad "destruyó el vínculo jurídico encadenante de las partes, proveniente de contrato anulado...": porque ahora no se puede demandar "el cumplimiento coercitivo de la obligación ya desaparecida" y porque los demandantes Carlos Enrique y Rocío Rodríguez Fernández no fueron partes en la celebración del contrato declarado nulo", con lo cual "...*motu propio*, cambió las reglas de juego, desarticuló *la causa petendi* expuesta con diafanidad por los demandantes y la pretensión de responsabilidad civil extracontractual".

Y tras recordar, que de conformidad con la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, la incongruencia como causal de casación se configura también cuando la sentencia no está en consonancia con los hechos de la demanda o con las excepciones que el juez ha debido reconocer de oficio, los impugnante afirman que basta leer la demanda para concluir que allí se ejercita la acción de responsabilidad civil extracontractual y no la contractual y que "...el hecho fuente de ésta no es la celebración del contrato que después fue declarado nulo, sino el proceder de mala fe, la conducta culposa de Empresa Siderúrgica de Medellín al obtener, mediante fingidos halagos, la valiosa información minera que guarduban en secreto los demandantes y al hacer imposible, después de la revelación de los secretos, que éstos pudieran negociar con otras personas o entidades el conocimiento privado que, como exploradores preliminares, tenían sobre los valiosos afloramientos de hierro, carbón y calizas (hecho 26 del libelo)".

A renglón seguido los recurrentes puntualizan que "...después de exponer cómo el contrato celebrado por algunos de los demandantes con la Empresa Siderúrgica de Medellín, fue declarado absolutamente nulo, los demandantes, en los hechos 25 y 26 de la demanda, expresan que cuando existen perjuicios producidos por fuera de las estipulaciones contractuales, cuando éstas se declaran nulas, o aquéllos se producen en las etapas precontractual o poscontractual, el pago de la indemnización se reclama a través de la acción de responsabilidad civil extracontractual; que Simesa incurrió en actuaciones maliciosas, pues con halagos indujo a los hermanos Rodríguez Fernández a despojarse de valiosa información sobre afloramientos de hierro, carbón y caliza, revelación que al salir del secreto hizo imposible que luego pudiera ser negociada con otros interesados".

Para tal efecto, la censura reproduce los pasajes conducentes del libelo invocatorio del proceso con la reseña de las normas sustanciales invocadas para tutelar el reconocimiento del derecho invocado, para repetir que "...muy a pesar de que la juez *a quo* entendió acertadamente que "los demandantes de manera deliberada y expresa no reclamaron responsabilidad civil contractual, sino una extracontractual como lo reiteraron en muchos pasajes del libelo" (f. 430) y que de las dos responsabilidades "por expresa precisión de los actores sólo se dedujo la extracontractual" (f. 430), el Honorable Tribunal de Medellín, en contravía de los hechos y pretensiones de la demanda y a espaldas del tenor literal de ésta, manifiesta en su fallo, que como en el proceso que se adelantó con anterioridad a éste se declaró la nulidad del contrato extinguiéndose así las obligaciones nacidas del acuerdo de voluntades "de manera alguna se puede pretensionar su cumplimiento coercitivo" (f. 225 vto., del cuaderno 1º); que como el objeto ilícito de contrato anulado se dio a sabiendas de ambas partes, ninguna puede alegar que "la celebración del contrato constituya hecho ilícito, fuente de la obligación de indemnizar perjuicios", pues la conducta de ambas resulta de error de derecho y, por tanto la pretensión de Hernán, Rodrigo, Olga y Teresa (sic) Rodríguez Fernández dirigida contra Empresa Siderúrgica debe desestimarse, pues, "además, porque no se pueden compaginar los perjuicios con el *cumplimiento* de obligaciones ya sin vida jurídica..." (f. 226 *ibidem*). Añade el sentenciador *ad quem* que si el patrimonio de los demandantes disminuyó a causa del aumento de la Siderúrgica, "lo que ya no encuentra causa justificativa en el contrato" ellos podían "pedir el restablecimiento del equilibrio, pero de manera alguna invocando el cumplimiento coercitivo de la obligación ya desapare-

cida..." (f. 226). Y, finalmente, el Honorable Tribunal dice que la pretensión de los demandantes Carlos Enrique, Rocío Rodríguez Fernández será desestimada porque ellos no pueden reclamar indemnización de perjuicios derivados de la celebración de un contrato judicialmente declarado nulo en el que los mismos no fueron parte (f. 226 vuelto), y, en fin, porque la pretensión "no puede apoyarse en los supuestos fácticos expresados".

Afirman, en consecuencia, los recurrentes que "confrontados los hechos y pretensiones de la demanda con lo que el tribunal de segundo grado tomó en cuenta para decidir del litigio, al rompe salta la incongruencia cometida por el fallador, pues aparece evidente el yerro de actividad en que cayó, el error *in procedendo* al tener como contractual una pretensión que se incoó inequivocadamente como indemnización de perjuicios por responsabilidad civil *extracontractual o aquiliana*, contraevidencia que también cometió el *ad quem* al estimar que se está reclamando el cumplimiento coercitivo del contrato, siendo que lo alegado fue el hecho ilícito, proveniente de conducta de mala fe, dolosa o al menos culposa de Siderúrgica de Medellín S.A.".

Y tras memorar el contenido del fallo proferido por esta Corporación de 6 de diciembre de 1990, que abordó el tema de la incongruencia de los fallos judiciales a la luz de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, los impugnantes rematan el cargo expresando que "...resulta que el Tribunal de Medellín, pronunció fallo incongruente por *extra petita*, pues a pesar de que, en la demanda introductoria, expresa y repetidamente se dijo que la acción propuesta es la de responsabilidad civil extracontractual, el Tribunal desestima todas las pretensiones afirmando que no se puede pretensionar el cumplimiento coercitivo de obligaciones extinguidas por la declaración de nulidad del contrato; y, además, porque como fuente del resarcimiento no se alegó el hecho de la celebración del contrato declarado nulo, sino el proceder culposo y malicioso de Simesa para obtener la información de afloramientos mineros".

Consideraciones

1. Es indiscutible que con la vigencia de la reforma procesal contenida en el Decreto 2282 de 1989, el principio de la congruencia o armonía de la sentencia, consagrado positivamente en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, ya no se fundamenta solamente en la necesidad de que ésta se encuentre en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que dicho estatuto contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, sino también en la de que dicha providencia guarde simetría, igualmente, con los hechos constitutivos de la demanda o de las excepciones del demandado, que apareciendo probadas, hubieren sido alegadas por exigirlo, así la ley, cobertura legislativa que consagró una controvertida pero ya recogida doctrina de la Corte que, en contadas providencias, sostuvo que el vicio de inconsonancia por *extra petita*, se configuraba también en el supuesto de acoger la pretensión deducida con fundamentos de hecho no alegados, como quiera que prevaleció la tesis de que tal situación encajaba, dentro de una errada interpretación de la demanda, por alteración de las afirmaciones de hecho que integraban la razón o causa para pedir, yerro que, como invariablemente lo ha dicho la Corte, no tipificaba inconsonancia en la medida en que la ley lo ubicaba en la causal primera de casación.

2. Por tal razón, hoy es incontrovertible que la causal segunda de casación, contemplada en el artículo 368 *ibidem*, está así mismo destinada a enmendar el yerro *in procedendo* en que puede incurrir el tribunal cuando produce una sentencia, no solamente inconsonante con las pretensiones de la demanda o con las excepciones propuestas por el demandado, sino también "...con los hechos..." o con las excepciones "que el juez ha debido reconocer de oficio", pues en el punto del numeral segundo del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil dice así: "Causales. Son causales de casación: ...2. 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".

3. De tal suerte que, consagrada positivamente dicha discrepancia como fenómeno de incongruencia de los fallos judiciales, bien vale la pena observar, para no convertir en error *in procedendo*, lo que típicamente es un yerro *in judicando*, enmendable por la causal primera de casación, que el vicio de inconsonancia en la modalidad comentada solamente se estructura en el evento en que el juez, apreciando correctamente los hechos constitutivos de la causa para pedir o para excepcionar, y por tanto, alejado de cualquier labor interpretativa en torno al escrito de demanda o de excepciones, concluya que no son los hechos relacionados en dichas piezas procesales los que le sirven de fundamento para condenar o absolver, sino otros diferentes, no aducidos por el demandante ni alegados por el demandado, como quiera que tal es la filosofía que inspiró el aludido cambio jurisprudencial, cuando en la sentencia de 28 de noviembre de 1977 se precisó que "la sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como *causa petendi*, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado oportunidad para contradecirlos. Tal el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados" (Proceso ordinario de Adolfo Aristizábal contra Arcadio Muñoz).

4. Así entendida la innovación introducida al actual Código de Procedimiento Civil por la precitada reforma de 1989, en punto al fenómeno de la congruencia de los fallos judiciales, no advierte la Corte que en el proferimiento de la sentencia impugnada el Tribunal hubiese incurrido en el vicio de inconsonancia que predica la censura, pues aunque dicho proveído no puede exhibirse como modelo de claridad y precisión en la construcción de su parte expositiva, ninguno de sus pasajes permite establecer, expresa o implícitamente, que el *ad quem* hubiese desbordado el marco jurídico propuesto en la demanda, pasando de la responsabilidad civil extracontractual, que ciertamente es la deducida en aquella pieza procesal, no solamente porque así los denuncian varios de los hechos relatados para tal efecto, particularmente de los consignados a partir del número 25, sino porque en algunos de sus apartes así lo expresan los demandantes, a la responsabilidad civil contractual, para dentro de ese campo proferir la sentencia absolutoria recurrida; y los párrafos en que la censura se fundamenta para estructurar la incongruencia denunciada solamente demuestran que, ubicado el sentenciador de segundo grado en el ámbito propio de la responsabilidad civil extracontractual, no encontró que los perjuicios reclamados por los demandantes, como susceptibles de

resarcimiento, fueran de esa índole sino de otra, particularmente de rango contractual, como se infiere nitidamente del aparte en que, después de teorizar acerca de la responsabilidad civil contractual y extracontractual y, de precisar la naturaleza de los perjuicios que por medio de cada una de ellas pueden reclamarse, expuso:

"Sea que se haya producido hecho ilícito, o enriquecimiento incausado; la indemnización de perjuicios, o la restauración patrimonial, no pueden traducirse en cumplimiento de las pretensiones objeto de las obligaciones ya extinguidas; sería tanto como revivir el acto jurídico, cuando el vínculo jurídico por él creado ya fue destruido por causa legal, art. 1602 del Código Civil; violentando la cosa juzgada que significa la sentencia inatacable e inmutable; deben referirse entonces otros perjuicios padecidos y un desmedro patrimonial que ya no encuentra causa previa que lo justifique, como sería el contrato desaparecido; los cuales podrían ser una disminución patrimonial por gastos realizados con ocasión del acto jurídico anulado, por transporte, estudios jurídicos, científicos, comisiones, impuestos, timbres, etc., a manera de ejemplo; y por la ganancia que dejara de reportarse, por operaciones o negocios que se habrían realizado si el acto jurídico hubiese sido vigente; pérdidas de oportunidades, en una sola frase; los primeros representan el daño emergente, los segundos el lucro cesante: arts. 1613, 1614, *ib.*; que igualmente pueden significar enriquecimiento y empobrecimiento correlativos".

Tales apreciaciones, aplicadas al caso concreto, dieron como resultado la siguiente conclusión, que el tribunal recogió en otro pasaje de su providencia, así:

"Siendo que en el fallo se adujo la producción de objeto ilícito a sabiendas de ambas partes, por ignorar preceptos legales imperativos, lo que no les sirve de excusa; ninguna puede alegar con éxito que la celebración de contrato constituye hecho ilícito, fuente de la obligación de indemnizar perjuicios, porque la otra incurrió en culpa, bien por acción o por omisión; pues la conducta de ambas partes aparece adjetivada por error de derecho, que será por la mera ignorancia de la ley, sin que para nada incida el proceder también culposo de la contraparte; motivo por el cual la pretensión incoada por los señores Hernán, Rodrigo, Olga y Teresa Rodríguez Fernández contra la sociedad Siderúrgica de Medellín S.A. Simesa, antes Empresa Siderúrgica S.A., debe ser desestimada; además, porque no se pueden compaginar los perjuicios, con el cumplimiento de obligaciones ya sin vida jurídica, significaría soslayar la ley y la plenitud hermética que deriva de la cosa juzgada; y otros perjuicios en la forma expuesta, no se precisaron".

5. De tal manera que el fracaso de la acción indemnizatoria de perjuicios promovida por Rocío Rodríguez de Jaramillo, Olga Rodríguez de Arango, Hernán, Rodrigo y Carlos Enrique Rodríguez Fernández contra Siderúrgica de Medellín, S.A. (Simesa) y Siminera Ltda., no obedeció exactamente a la circunstancia objetiva de que el sentenciador de segundo grado hubiese cambiado, sustituido o alterado los supuestos fácticos de la demanda, sino a la de haber considerado, de un lado, que los perjuicios materia de la indemnización no podían ser resarcidos mediante el ejercicio de la acción elegida por los actores, pues los reclamos suponían indubitablemente la existencia de una relación jurídica contractual, que por haber sido declarada nula no servía de soporte para solicitarla, pues en el punto dijo que "...no se pueden compaginar los perjuicios con el cumplimiento de obligaciones ya sin vida jurídica, significaría soslayar la ley y la plenitud hermética que se deriva de la cosa juzgada"; de otro, que por fuera de esa

relación contractual no podían reclamarse la indemnización de perjuicios contenida en la demanda, por cuanto habiéndose declarado que dicha relación contractual era nula por versar sobre objeto ilícito a sabiendas de ambas partes "...ninguna podía alegar con éxito que la celebración del contrato..." constituyera "...hecho ilícito, fuente de la obligación de indemnizar perjuicios, porque la otra incurrió en culpa, bien por acción u omisión; pues la conducta de ambas partes aparece adjetivada por error de derecho, que se da por la mera ignorancia de la ley, sin que para nada incida el proceder también culposo de la contraparte..."; y, finalmente, porque perjuicios de la índole de los extracontractuales "...en la forma expuesta, no se precisaron".

De consiguiente, el cargo no prospera.

Cargo segundo

En éste, denúnciase la sentencia como violatoria, por vía indirecta, de los artículos 1613, 1614, 2341, 2342, 2343 y 2344 del Código Civil, como consecuencia del yerro *de facto* en que incurrió el tribunal al apreciar la demanda introductoria del proceso.

En la formulación del reparo probatorio, la censura expresa, en primer lugar, que la facultad interpretativa de la demanda no puede superar los límites trazados por el demandante al redactarla que, generalmente están contenidos en el *petitum* y que se deducen de la *causa petendi*; en segundo lugar, que las personas, tanto naturales como jurídicas, pueden cometer por sí mismas, delitos civiles o culpas que infieren daño a otro, razón por la cual, unas y otras, están obligadas a la correspondiente indemnización de perjuicios, según lo dispone el artículo 2341 del Código Civil, y que en tal evento la responsabilidad es directa, así las personas jurídicas obren a través de sus agentes, como lo viene sosteniendo la doctrina de la Corte desde 1962 hasta la fecha.

Fundados en tales precisiones, los recurrentes afirman que incurriendo en notorio yerro fáctico, el sentenciador de segundo grado "...pasó por alto que en la demanda introductoria de este proceso se dijo expresamente que la acción que se intenta es la de "responsabilidad civil extracontractual" como se lee a folio 109 del cuaderno número 1 donde, además, se expone que no se da la cosa juzgada frente a lo resuelto en anterior proceso promovido por algunos de los demandantes por incumplimiento del contrato declarado nulo, precisamente porque el objeto de la acción en el actual litigio es la indemnización de los daños sufridos "sin consideración concreta de las cláusulas contractuales, sino por fuera de las mismas" y porque su causa "es la indemnización por responsabilidad civil extracontractual"; así mismo el *ad quem* pasó por alto que entre las normas aplicables se cita expresamente el artículo 2341 de C. Civil (fl. 121) fundamento indiscutible de la responsabilidad aquiliana, y que en el hecho 26 se imputa, como fuente de la indemnización que se reclama, el que la Empresa Siderúrgica de Medellín S.A., "incurrió e una actuación maliciosa a través de sus representantes legales, ya que con halagos indujo a mis poderdantes a despojarse de la información, los hizo suscribir un documento para darle mayor apariencia de seriedad... desconociendo las promesas verbales y formales... causando así un desmedro patrimonial a mis representados que fueron privados de la posibilidad de realizar otras negociaciones con la información que adquirieron (bien patrimonial independiente) que era perfectamente negociable con otras personas o entidades por fuerza de los derechos que tengan o puedan tener sobre las propiedades o inmuebles que tienen o han tenido en el lugar".

Dichas omisiones, prosiguen los impugnantes, "...que constituyen error manifiesto de hecho, llevaron al Tribunal, confundiendo el actual proceso con otro que le antecedió, a interpretar equivocadamente la demanda como si en ella se ejercitara acción de responsabilidad civil contractual, como si en ella se pretensionara el cumplimiento coercitivo "de obligaciones nacidas del contrato declarado nulo y ya extinguidas; confundiendo así mismo el hecho ilícito alegado como fuente de la obligación de resarcir perjuicios, consistente en la conducta asumida por la Empresa Siderúrgica al lograr que los hermanos Rodríguez Fernández les entregaran los secretos que guardaban sobre los lugares en que existían afloramiento de hierro, carbón y calizas, confundiendo este hecho con la celebración del contrato declarado nulo (no alegada aquí como fuente de la indemnización reclamada) y, finalmente, confundiendo el ejercicio de una responsabilidad extracontractual con la nacida del contrato, ya que los demandantes, ni por asomo invocan 'el cumplimiento coercitivo de la obligación ya desaparecida'. Es pues clara la contraevidencia que muestra el fallo del tribunal por los aspectos dichos".

Los impugnantes precisan, consiguientemente que dicho yerro fáctico llevó a sentenciador de segundo grado a "...desestimar la pretensión de responsabilidad civil *extracontractual* y, consecuencialmente a infringir indirectamente y por el concepto de falta de aplicación, las disposiciones sustanciales señaladas al inicio de esta censura, que dan derecho a quien, por hecho doloso o culposo de otro (art. 2341 del C. Civil) ha sufrido perjuicios, tanto por daño emergente como por lucro cesante (arts. 1613 y 1614 del C. Civil), a demandar su resarcimiento solidariamente de los autores del daño".

Reiteran los recurrentes que el tribunal "...desfiguró... el real contenido de la demanda, al dejar de ver que si en ella se menciona el contrato declarado nulo que, además, fue aportado, ello se hizo para que se tuviera él como probanza, no de las obligaciones en él pactadas y declaradas nulas, sino para que justamente con otros contratos escritos que se adujeron, llegara a convencer al juez que la costumbre minera (no la mercantil), era, en aquel tiempo, la de gratificar a los informantes de minas o 'exploradores preliminares' con un 30% de los beneficios que se obtuvieron con su explotación. Deformó la demanda, así mismo, el Tribunal al dejar de ver que los hechos que motivaron esta reclamación fueron las diferentes maniobras, actividades y conductas desarrolladas por las entidades demandadas a través de sus agentes o funcionarios y que, de un lado, llevaron a negarles a los demandantes su participación como informantes y, de otro, a impedirles, después de revelar sus secretos, que pudieran negociar esas valiosas informaciones con otros interesados". A lo cual agregan que, igualmente pasó por alto que los demandantes alegan "...por las maniobras que atribuyen a las demandadas, haber dejado de recibir un beneficio, que es la participación del 30%, entonces acostumbrada, en tanto que aquellas sociedades aumentaron su patrimonio al aprovecharse de sus informaciones mineras. No vio, pues, el tribunal que lo que se reclama en la demanda es el restablecimiento del equilibrio económico por aquellas causas y no invocando el cumplimiento coercitivo de obligaciones ya desaparecidas. Pasó por alto el tribunal, igualmente, que es imposible que, en la demanda, se ejercitara acción de responsabilidad contractual para el cumplimiento de obligaciones surgidas del contrato declarado nulo, pues, precisamente, dos de los demandantes en este proceso, Rocío y Carlos Enrique, no intervinieron en la celebración de ese contrato, por lo cual siendo éste para ellos *res inter alios*, les era imposible jurídicamente pedir su cumplimiento".

Destacan los recurrentes, para reforzar sus planteamientos, que las contraevidencias en que incurrió el tribunal al interpretar la demanda "...son tal palmarias que él coloca en el número de los demandantes a Teresa Rodríguez Fernández y la condena a pagar costas, siendo que ella no compareció a este litigio. El Tribunal se enredó notoriamente al entremezclar este proceso con el que le precedió y en el que se declaró la nulidad del contrato"; que "...es ostensible, entonces, el batiburrillo que formó el tribunal con el nombre de los demandantes, los hechos alegados como *causa petendi* y las pretensiones mismas, pues entremezcló, confundiéndolos, éste y el litigio anterior a que se hizo referencia, lo que lo llevó a interpretar erradamente la demanda introductoria, error evidente éste que, como arriba se dejó explicado brevemente, lo condujo a quebrantar, de modo indirecto y por el concepto de falta de aplicación, las normas de derecho sustancial indicadas en el encabezamiento de este ataque".

Solicitando, de consiguiente, que la sentencia recurrida sea casada, y que colocada la Corte como tribunal de instancia revoque la de primer grado y en su lugar acceda a las pretensiones de la demanda, los impugnantes dedican los últimos párrafos del cargo a demostrar la prosperidad de sus aspiraciones, poniendo de presente que los supuestos fácticos en que descansan disponen de suficiente respaldo probatorio.

Consideraciones

1. Al despachar el cargo precedente estableció la Corte que no se configuraba el yerro *in procedendo* denunciado al amparo de la causal segunda de casación, por cuanto era evidente que el tribunal al proferir la sentencia impugnada, ni expresa ni tácitamente había cambiando, alterado o sustituido los supuestos fácticos en que se apoyaba la pretensión resarcitoria de perjuicios promovida por los recurrentes contra las sociedades demandadas, sino en otras consideraciones de orden jurídico allí mismo expuestas, planteamientos con los cuales, ahora que la censura se obtiene en el ámbito de la causal primera de casación, se puede afirmar igualmente que tampoco el sentenciador de segunda instancia incurrió en yerro *in judicando* alguno al interpretar el libelo incoatorio del proceso, por cuanto tal pieza procesal aparece rectamente entendida y comprendida, habida consideración de los precisos límites que le demarcaron los actores al formular la demanda, como a continuación se expone:

En efecto: sin perder de vista, y más bien teniendo en cuenta que los demandantes advirtieron expresamente que la indemnización reclamada en la demanda resultaba "... regida por las normas que consagra la responsabilidad civil extracontractual, porque al declararse nulo el contrato, las relaciones jurídicas en él consagradas carecen de validez, pero no así los hechos o consecuencias que puedan resultar en beneficio o en contra de las partes..." y que la aludida reclamación tenía origen en el "...desconocimiento de los beneficios económicos que les corresponden por la información proporcionada sobre la existencia de las minas, yacimientos y depósitos de hierro, carbón y minerales comercialmente explotables y concesibles, localizados en el departamento del César, República de Colombia, y de los cuales se han beneficiado patrimonialmente las empresas demandadas...", como quiera que puntualizaron que en el caso concreto "...el daño está representado por las sumas de dinero que mis poderdantes han dejado de recibir como retribución o beneficio económico por la información que le suministraron a las demandadas, y que se materializa en el 30% de los beneficios económicos que han

sido o vayan a ser obtenidos por Simesa S.A., directamente o a través de Siminera Ltda., en virtud de la explotación directa o negociación sobre licencias de exploración, contratos de concesión, ocupaciones mineras, permisos de explotación, contratos de asociación, y en general de todos los derechos o beneficios que sobre minería obtengan y por consiguiente de todas las participaciones que por concepto de actividades mineras realizadas en los lugares ya indicados en esta demanda, en el departamento del César, reciban estas sociedades en el futuro", el tribunal llegó a la conclusión de que mediante el ejercicio de dicha acción no podían los demandantes obtener la indemnización deprecada, por cuanto la información sobre la existencia de minas, yacimientos y depósitos de hierro, carbón y minerales comercialmente explotables y concesibles, así como los beneficios económicos que tal confidencia debía reportarle a los informantes, había sido objeto de una regulación contractual entre ellos y las sociedades demandadas, cuyo incumplimiento por parte de las entidades ahora demandadas, ventilado judicialmente desembocó en declaración de nulidad del contrato que la contenía, motivo por el cual afirmó que "...la indemnización de perjuicios, o la restauración patrimonial, no pueden traducir el cumplimiento de las prestaciones objeto de las obligaciones ya extinguidas; sería tanto como revivir el acto jurídico, cuando el vínculo jurídico por él creado ya fue destruido por causa legal, art. 1602 del Código Civil; violentando la cosa juzgada que significa la sentencia inimpugnable e inmutable..." o en otras palabras que no se podía "...pretensionar..." el "...cumplimiento coercitivo..." del contrato anulado, pues tal proceder no significaba otra cosa que "...soslayar la ley y la plenitud hermética que dentro de la cosa juzgada"; que la declaración de dicha nulidad, tampoco constituía fuente de indemnización de perjuicios para los demandantes, por cuanto el contrato anulado versaba sobre objeto ilícito "...a sabiendas de ambas partes, por ignorar preceptos legales imperativos..."; y que debían referirse a "...otros perjuicios realmente padecidos y un desmedro patrimonial que ya no encuentra causa previa que lo justifique, como sería el contrato desaparecido; los cuales podrían ser, una disminución patrimonial por gastos realizados con ocasión del acto jurídico anulado, por transporte, estudios jurídicos, científicos, comisiones, impuestos, timbres, etc., a manera de ejemplo; y por la ganancia que dejará (sic) de reportarse, por operaciones o negocios que se habrían realizado si el acto jurídico hubiere sido válido; pérdida de oportunidades, en una sola frase; los primeros representan el daño emergente, los segundos el lucro cesante..."; que, además de ser cierto el desmedro patrimonial sufrido por los demandantes y el enriquecimiento injustificado de las sociedades demandadas, a los primeros "... se les facultaba para pedir el restablecimiento del equilibrio; pero en manera alguna invocando el cumplimiento coercitivo de la obligación ya desaparecida...", sino acudiendo al principio del "...enriquecimiento sin causa; de creación jurisprudencial, que como principio general del derecho sirve para interpretarlo, Ley 153 de 1887, art. 8º, se le considera fuente de la obligación de reintegrar el patrimonio disminuido".

2. De consiguiente, por haber entendido el Tribunal que la acción ejercitada por los demandantes era la de responsabilidad civil extracontractual, fue por lo que concluyó que debía absolver a los demandados, pues estimó, de un lado, que los presuntos perjuicios materia de resarcimiento no eran otros que los contractuales, derivados del pacto que recogió las negociaciones preliminares de las partes en torno a la revelación del secreto sobre los lugares en que pudieran hallarse yacimientos minerales, en especial de hierro, caliza y carbón, y de las utilidades que los informantes recibirían por tal

divulgación, que ascendían a un treinta por ciento (30%) de los beneficios económicos que pudieran obtener las sociedades demandadas de la exploración y ulterior explotación de los yacimientos, ganancias que ya no podían ser nuevamente objeto de controversia judicial por haber sido declarado nulo el contrato que las contemplaba; que dicha declaración de nulidad no podía a su vez, constituirse en fuente de indemnización de perjuicios extracontractuales, por cuanto tal declaración obedeció a que el contrato versaba sobre "...objeto ilícito, a sabiendas de ambas partes, por ignorar preceptos legales imperativos..."; y en tales circunstancias no podía alegarse, con éxito, que la celebración de dicho pacto representara "...hecho ilícito, fuente de la obligación de indemnizar perjuicios..."; y finalmente que, perjuicios de la índole propia de los extracontractuales, "en la forma expuesta ("...transporte, estudios jurídicos, científicos, comisiones, impuestos, etc., ...") no se precisaron".

3. Por tanto, la interpretación que el tribunal dio a la demanda con apoyo en sus propios hechos y peticiones no puede ciertamente calificarse de errada, ni muchísimo menos atribuirle carácter de arbitraria, pues, el mismo contenido de la demanda lo veda absolutamente; y si ese presunto yerro existiera no podría calificarse de protuberante, ostensible, manifiesto o evidente. Tal interpretación está lejos de aparecer como una clara disconformidad con lo que el contenido objetivo de la demanda ostenta.

4. De lo discurrido fluye, como consecuencia ineludible, que la casación de la sentencia impugnada no podía apoyarse insularmente en la demostración de un presunto yerro interpretativo de la demanda, sino en un frontal combate a las consideraciones de orden jurídico que llevaron al tribunal a concluir que por el camino de la acción de responsabilidad civil extracontractual no podía exigirse indemnización de perjuicios parecidos o similares a los contractuales, ya fuese de los que resultaron del incumplimiento del contrato celebrado entre las partes o de los de la anulación judicial de dicho pacto; que, perjuicios de la índole de los extracontractuales ni se precisaron, ni consecuencialmente se demostraron y, finalmente, que si se tratase del restablecimiento del equilibrio económico por la actuación dolosa o maliciosa de las sociedades demandadas, los actores debían acudir, en defecto de otra acción, a la de enriquecimiento sin causa, considerada como fuentes de la obligación de reintegrar el patrimonio disminuido.

5. Desde luego que la Sala no puede pasar por alto que el *ad quem* incurrió en confusión al involucrar en este pleito a Teresa Rodríguez Fernández como demandante, cuando no lo fue, pero tal equivocación que, además de intranscendente para los fines del recurso, sólo refleja la perplejidad del sentenciador ante una demanda que, sin embargo, de puntualizar qué perseguía la indemnización de unos perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, no pudo eludir el relato de algunos antecedentes contractuales, que luego rebotaron en el *petitum* de la demanda.

Por 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 4 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario de Rocío Rodríguez de Jaramillo, Olga Rodríguez de Arango, Hernán, Rodrigo y Carlos Enrique Rodríguez Fernández contra Siderúrgica de Medellín S.A. (Simesa), antes Empresa Siderúrgica S.A., y Sinclinera Ltda.

Condénase a la parte actora-recurrente al pago de las costas causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente 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 / MANIOBRA FRAUDULENTA

Concepto de las expresiones "fraude", "engaño" y "error". "Maniobra Fraudulenta" significa todo proyecto o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida ordinariamente a mal fin. / La causal sexta de revisión se estructura en tanto medie una maquinación fraudulenta, colusiva o no, de quien ha sido parte en un determinado proceso en que se dictó la sentencia por revisar, siempre que se hayan causado perjuicios al recurrente y corresponda a un obrar encubierto, lo que conduce a inferir, naturalmente, que no todo comportamiento que pueda calificarse de engañoso es adecuado a los fines indicados, vale decir para poderlo reconocer como causa eficiente de la rescisión de una sentencia definitiva dotada de firmeza.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

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

Referencia: Expediente número 4130

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la *Sociedad Inversiones Suba Ltda.*, contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de 1991, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, revocando la proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de ejecución que contra la sociedad recurrente siguió *María Amparo Carrillo Pérez.*

EL RECURSO DE REVISION

1. Mediante demanda admitida a trámite el dos (2) de abril de 1993, actuando a través de apoderado la sociedad Inversiones Suba Ltda., interpuso recurso de revisión contra la sentencia que declaró no probadas las excepciones, calendada el diecinueve (19) de diciembre de 1991 y proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de ejecución adelantado en su contra por María Amparo Carrillo Pérez, por lo cual invoca como causal fundante de la impugnación la prevista en el ordinal 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, tomando pie en los siguientes hechos:

a) La ejecutante María Amparo Carrillo Pérez, se valió de su padre Alberto Carrillo Vallejo para que emitiera, el veintidós (22) de julio de 1988 y cuando ya había renunciado al cargo de Vicepresidente del llamado "Grupo Inverca" un cheque a su favor contra el Banco Popular Sucursal "La Victoria" por la cantidad de $53.308.922, sin previa provisión de fondos, por lo cual, luego de ser presentado para su cobro el quince (15) de septiembre de 1988 por intermedio del Banco Industrial Colombiano Sucursal Polo Club vino a ser protestado por el banco librado el 23 del mismo mes y año;

b) Con el referido instrumento María Amparo Carrillo promovió ejecución singular contra Inversiones Suba Ltda., proceso en el que se propusieron como excepciones "Falta de representación del suscriptor del título valor", "La sociedad demandada no ha celebrado con el ejecutante ningún contrato de mutuo por la suma de $53.308.922", "El título valor presentado para su pago no fue creado por el gerente de Inversiones Suba, ni con su consentimiento, ni lo ratificó posteriormente", "El girador del cheque lo emitió sin tener representación legal alguna o poder suficiente de Inversiones Suba", "pleito pendiente. Oferta de pago por consignación de Fernando Carrillo a María Amparo Carrillo Pérez", "El título valor base del recaudo ejecutivo, fue creado por Alberto Carrillo Vallejo el 22 de julio de 1988", "El título valor fue entregado por su creador sin intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación" y, "caducidad de la acción cambiaria", excepciones contra las que la ejecutante, según dice, no presentó pruebas que las desvirtuaran;

c) El juzgado del conocimiento, que lo era el Catorce Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia del veintiuno (21) de enero de 1991 declaró probada la excepción de "Falta de representación de suscriptor del título valor base de esta ejecución" y se abstuvo de considerar las defensas restantes. Apelada dicha determinación por la parte ejecutante, el Tribunal Superior, luego de haber decretado algunas pruebas de oficio, el diecinueve (19) de diciembre de 1991 decidió revocar e impartir la orden de seguir adelante con la ejecución, lo que hoy es materia de revisión en este expediente.

2. Aceptada la caución presentada y recibido el expediente enviado por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, se encontró admisible el recurso interpuesto. Por ello, de conformidad con el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil de la demanda se ordenó correr traslado a la demandada en revisión María Amparo Carrillo Pérez quien, habiéndose notificado personalmente del auto admisorio de la misma, la contestó oponiéndose a las pretensiones incoadas, sosteniendo que ella, sobrina de José Fernando Carrillo Vallejo quien es representante legal de Inversiones Suba Ltda., que es una sociedad perteneciente a la organización llamada "Grupo Inverca" por aquel entonces en serias dificultades económicas, le prestó a dicha sociedad una suma de dinero garantizada con el cheque que en el proceso de ejecución sirvió de título de recaudo, cheque que fue firmado por Alberto Carrillo Vallejo, en su calidad de Vicepresidente de referido Grupo, con firma autorizada sin limitación alguna para girar contra todas las cuentas corrientes de la entidad giradora y quien a pesar de haber renunciado a su cargo el dieciocho (18) de julio, sólo se retiró hasta el diecisiete (17) de agosto de 1988. Agrega que las excepciones propuestas por la ejecutada fueron todas desestimadas por el tribunal "no sea que las cuestiones planteadas en las excepciones fueron estudiadas, analizadas y sopesadas" en la sentencia cuya revisión se depreca.

3. El ciclo probatorio transcurrió normalmente y es de advertir que ambas partes tuvieron ocasión de presentar sus alegatos de conclusión, derecho que ejercieron oportunamente.

En este orden de ideas, dado que la relación procesal se ha constituído regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno, que en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 de Código de Procedimiento Civil, entra la Corte a resolver el fundamento del recurso interpuesto, para lo cual son pertinentes las siguientes.

CONSIDERACIONES

1. En la demanda de revisión se invoca como causal sustentatoria de la impugnación la contenida en el numeral 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, es decir, se intenta demostrar que el proceso en el cual se dictó la sentencia cuya revisión se solicita, fue producto de maniobras fraudulentas que causaron perjuicios a la sociedad recurrente.

Es base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos la institución de la cosa juzgada, que da inmutabilidad a las sentencias ejecutoriadas proferidas en los procesos contenciosos, al no permitir a quienes fueron parte en el respectivo litigio plantear nuevamente ante los jueces el conflicto ya resuelto, ni al fallador tomar nuevas decisiones sobre el mismo. Pero el mencionado principio no es absoluto, pues existen casos excepcionales en los que se da "una realidad procesal contraria a la verdad, que fue demostrada con pruebas falsas o que tal verdad no pudo ser acreditada en el proceso no por descuido, omisión o negligencia de la parte interesada, sino por fuerza mayor, caso fortuito u obra de parte contraria, en cuya virtud las pruebas pertinentes no pudieron ser allegadas al proceso, y además en ambos casos, que de no haber mediado esas circunstancias imprevisibles e irresistibles para el interesado, la decisión habría sido otra". (Sentencia de 18 de febrero de 1974 G.J. Tomo CXLVIII pág. 46).

Precisamente tratando de evitar el resurgimiento de conflictos ya resueltos, el derecho procesal ha instituído la revisión como un recurso por excelencia extraordinario y, en consecuencia, sometido a específicas causales señaladas de modo taxativo, al punto de no resultar procedente si oportuna y cabalmente no se demuestra la existencia de una de ellas. Es así como, por no tratarse de una tercera instancia, el recurrente no puede utilizarlo como "medio para impedir la ejecución de fallos proferidos en procesos que se han rituado con plena observancia de sus formalidades propias": (G.J. Tomo CLV pág. 26). Al respecto agrega la Corte en sentencia de 22 de febrero de 1978: "salvo los supuestos previstos en las causales 7ª, 8ª y 9ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, todos los demás aspectos formales de una sentencia, como los demás vicios o irregularidades cometidas durante la tramitación del proceso en que ella se dicta, como el quebranto de la ley sustancial y los errores de apreciación probatoria en que haya incurrido el juez al proferirla, son, en principio, aspectos que no caben dentro de la órbita del recurso de revisión por tratarse entonces de yerros para cuya corrección se han consagrado justamente los demás recursos".

2. Partiendo de estos conceptos teóricos, la causal sexta de revisión, como las que la anteceden, tiene por supuesto que los hechos tenidos en cuenta por el juzgador para

la decisión correspondiente no se ajusta estrictamente a la realidad, y por ello busca subsanar la deficiencia existente para remediar una notoria injusticia. Para que se configure esta causal tal discrepancia entre la verdad real y la que aparenta ser tal al tenor del expediente, ha de tener origen en una asechanza artificiosa y oculta, realizada con engaño y así mismo con el designio inconfesable de obtener un resultado procesal ilícito e injusto, siempre que haya causado perjuicios al recurrente y por eso, concretando el alcance de la referida causal de revisión, ha dicho la Corte: "El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido, como atributo que le pertenece por esencia..." (G.J. Tomo LV, pág. 533) y más adelante afirmó que vale la pena "observar que engaño no es lo mismo que error (...) y ha subrayado la Corte que el engaño no es el error, porque cuando en una sentencia se ha incidido en error de hecho o de derecho, y se demuestra, se rompe en casación el fallo; pero nunca en el recurso de revisión". "Maniobra fraudulenta" significa entonces "todo proyecto o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida ordinariamente a mal fin" (G.J. Tomo CLXV, pág. 27).

En este orden de ideas, la causal en estudio se estructura en tanto medie una maquinación fraudulenta, colusiva o no, de quien ha sido parte en un determinado proceso en que se dictó la sentencia por revisar, siempre que se hayan causado perjuicios al recurrente y corresponda a un obrar encubierto, lo que conduce a inferir, naturalmente, que no todo comportamiento que pueda calificarse de engañoso es adecuado a los fines indicados, vale decir para poderlo reconocer como causa eficiente de la rescisión de una sentencia definitiva dotada de firmeza. Refiriéndose a su alcance, más recientemente, en providencia del 11 de octubre de 1990, esta Sala explicó que para que prospere la causal en estudio se requiere "que exista una actividad voluntaria, determinada por uno o varios comportamientos, positivos o negativos, y no por simples hechos involuntarios o accidentales; que sea de finalidad procesal por su incidencia en el proceso en que se profirió la sentencia impugnada; que se trate de una actividad ilícita, por no ser producto del ejercicio de una facultad legal o el cumplimiento de un deber o autorización legal; que sea engañosa, porque constituya una maniobra o maquinación que falsee en todo o en parte la verdad procesal formal, para inducir a error en cuanto a la certeza de ella; que persiga causar perjuicio a la otra parte o a terceros, porque tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan; y que sea obra de una o ambas partes", agregando líneas adelante la misma providencia, refiriéndose a la prueba de las mencionadas maniobras para que tengan virtualidad suficiente como causal de revisión, que "...con todo resulta menester recodar que, en desarrollo de la presunción de licitud y de buena fe del comportamiento de las personas, así mismo ello se presume cuando de ejercicio de acciones, defensas y actos se trata, por lo que las maniobras dolosas en el proceso como causal de revisión, además de excepcional y restringida en su sentido, debe encontrarse plenamente probada para su prosperidad (artículos 177 y 384 del Código de Procedimiento Civil), *so pena* de que, en caso contrario, especialmente de duda, racionalmente sería que merezca credibilidad sobre las maniobras aletadas, se declare infundado el recurso".

En consecuencia, uno de aquellos requisitos indispensables para que la maniobra fraudulenta pueda llegar a producir los efectos invalidativos que le asigna el numeral 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil dentro del marco propio del recurso extraordinario de revisión, es que la misma, en su expresión fáctica por lo menos, se haya sucedido por fuera del pleito, habida cuenta que contra lo que de ordinario se piensa, no es el propósito de dicho precepto permitir que se produzca reiteraciones del proceso por una vía lateral de suyo inadmisible; de aquí, entonces, que la doctrina jurisprudencial, según quedó visto, se haya manifestado en forma reiterada en el sentido de exigir que la maquinación en ese ámbito, pueda deducirse tan sólo de hechos extraños a la *litis* concreta ventilada, no a los alegados y discutidos allí.

3. Pasando ahora al caso concreto que los autos plantean, se encuentra que el recurrente atribuye el carácter de maniobras fraudulentas, para los fines del recurso de revisión interpuesto, al hecho de que María Amparo Carrillo supuestamente se valió de su padre Alberto Carrillo Vallejo para que, cuando éste ya no era funcionario del llamado Grupo Inverca al que pertenece la sociedad demandada, girara un cheque a cargo de ésta última y a favor de aquella, instrumento que a la postre resultó sin fondos y sirvió de base para entablar un proceso ejecutivo en contra de Inversiones Suba Ltda.

Pues bien, basta una cuidadosa lectura del expediente enviado por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá para concluir que tal aspecto es, sin duda, un tema procesal debatido y resuelto: el tribunal analizó una a una las excepciones propuestas por la sociedad ejecutada considerando no sólo que Alberto Carrillo sí tenía autorización para girar cheques a su cargo por cuanto aún estaba vinculado laboralmente al Grupo Inverca y por ello tenía su firma registrada en las cuentas corrientes, sino que efectivamente recibió en calidad de mutuo de María Amparo Carrillo y Roberto Franco la suma discutida sobre lo que apuntó que "si bien es cierto que el señor Fernando Carrillo Vallejo trata de demostrar que el préstamo referido fue a título personal, no es menos cierto que no explica el por qué con bienes de una sociedad quería garantizar dicho préstamo" (...); es un hecho probado que, el préstamo se respaldó con el cheque materia del proceso", y más adelante agregó: "todos estos indicios unidos al hecho de no existir constancia de haberse puesto en conocimiento de las autoridades penales los hechos abusivos que en sentir de la parte demandada se cometieron por el suscriptor, despejan cualquier duda si es que aún quedara, de que el representante legal de la sociedad demandada dio lugar con hechos positivos o con omisiones graves a que terceros creyeran que quien suscribió el título valor, estaba autorizado para hacerlo a su nombre". Finalmente advierte el fallador que "Evidentemente el título le fue entregado, conforme a la ley de su circulación, así consta en un documento contable en el que se quiso amparar el mismo representante de la sociedad demandada al absolver el interrogatorio reconoce que se entregó en garantía y también acepta que no se cumplió el otorgamiento de la hipoteca".

Además de lo anterior, cabe anotar que el mismo José Fernando Carrillo, representante legal de la sociedad ejecutada, ratificó lo advertido por el tribunal en torno a la falta de denuncia penal del supuesto fraude ocurrido en la emisión del título valor base de la ejecución, que la corporación sentenciadora califica como indicio en contra de la falta de autorización alegada por la demandada en dicha operación, cuando en el interrogatorio que se le formulara dentro del trámite del presente recurso al ser preguntado "De las

respuestas anteriores se desprende entonces que el cheque tantas veces mencionado fue producto según usted lo dice, de un comportamiento fraudulento y abusivo imputable al señor Alberto Carrillo. Si esto es así, sírvase indicar si de algún modo ha puesto usted en conocimiento de las autoridades competentes esta situación para que se investigue y si fuere el caso se sancione semejante conducta; de ser afirmativa su respuesta señale el modo en que lo hizo y si hasta la fecha se cuenta con algún resultado sobre el particular. Contestó: No he puesto ninguna denuncia, ni la voy a poner porque lamentablemente es mi hermano" (fls. 25 y 26. cuaderno de pruebas de la Corte).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra que el caso demostrado a instancia de la recurrente no es pues "maniobra fraudulenta" ocurrida dentro del proceso, ni circunstancia a la que hubiere sido ajeno el juicio crítico del juzgador expresada en la sentencia impugnada, toda vez que la referida actuación en que aquélla fundamenta la causal 6ª de revisión, es anterior al proceso como que el fallo impugnado se ocupó en examinar en detalle y el mismo representante legal así lo admitió en su declaración rendida ante esta Corporación.

Dicho en otras palabras, no se puede ahora pretender utilizar la vía del recurso de revisión para comenzar ante la Corte un supuesto error del fallador en la apreciación de las cuestiones debatidas y resueltas, habida cuenta que ello conlleva, como se vió en el preámbulo de estas consideraciones, un planteamiento que no corresponde a esta clase de impugnación, así como tampoco le es propio el hecho de sugerir a las claras un replanteamiento del asunto, mejorando si se quiere tanto el aspecto probatorio como línea argumental empleada para intentar justificar la posición tomada por el deudor demandado, ello en aras de lograr que se modifique una sentencia que le ha sido adversa, de suerte que ante semejante estado de cosas vale la pena recordar que en un caso similar esta Corporación señaló: "Concebida en tales términos la causa de revisión alegada, se sigue su absoluta improcedencia, pues la conducta de los arrendadores, encaminada a hacer incurrir en mora a los inquilinos por repudio al pago del canon que legalmente corresponde y que oportunamente se les ofrece, o por reticencia a hacer efectivo el recibido, no constituiría colusión o maniobra fraudulencia en el proceso, sino maquinación anterior a éste. (Sentencia de 25 de noviembre de 1986. No publicada oficialmente).

Resumiendo, si parte de cuanto se deja dicho en los párrafos precedentes ha de empezarse por advertir que ni siquiera en el escrito de interposición del recurso *sub examine* se cita hecho alguno que, por ser ajeno a la ejecución y haber acontecido por fuera de ella, pueda ser en consecuencia revelador de "maniobras fraudulentas" en el sentido que a esta expresión le da el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, ni menos aún del cual sea posible deducir la existencia real de los designios "dirigidos a mal fin" que con notoria ligereza se le imputan en dicho escrito a quien fuera ejecutante y hoy es demandada en revisión, no queda otra alternativa distinta a entender que fue intención de la sociedad ejecutada, y actora en revisión, traer al plano propio de este recurso las mismas cuestiones litigiosas ya definitivamente resueltas en la fase de conocimiento de proceso ejecutivo adelantado, cosa que por ser contraria a la ley obliga a declarar infundada la impugnación extraordinaria incoada.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. *Declarar infundado* el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Inversiones Suba Ltda., contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de 1991 profenda en sede de apelación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá dentro de proceso ejecutivo iniciado contra ella por María Amparo Carrillo Pérez.

Segundo. *Condenar* a la recurrente al pago de costas y perjuicios. Para el pago téngase en cuenta la caución prestada y liquídense los perjuicios mediante incidente.

Tercero. De lo resuelto en esta providencia désele aviso a la Compañía de Seguros que otorgó la caución. Ofíciese.

Cuarto. Devuélvase a la oficina de origen el expediente que contiene el proceso dentro del cual se dictó la sentencia materia de revisión. Por Secretaría líbrese el correspondiente oficio. Cumplido lo anterior, archívese esta actuación.

Cópiese y notifíquese.

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

Nulidad Procesal-Legitimación / Principio de Protección / Notificación / Emplazamiento

La nulidad no puede invocarse por cualquiera de las partes, sino únicamente por la afectada con la irregularidad procesal, que viene a ser la asistencia de interés para proponerla, a menos de concurrir un defecto que perjudique por igual a todas las partes del proceso, pues en este último evento puede alegarlo en casación cualquiera de ellas. / El defecto procedimental previsto en el num. 8° del artículo 140 del C.P.C., afecta exclusivamente a quien no ha sido legalmente notificado o emplazado en el proceso debiendo ser citado como parte, y que, por consiguiente, es la vulneración de su derecho de defensa la que le proporciona legitimación para solicitar la nulidad en casación.

Demanda en Forma / Litisconsorcio Necesario / Sentencia Inhibitoria

El demandante al estructurar la demanda, se desentiende de demandar a los litisconsortes necesarios, tal defecto constituye falta de demanda en forma y conduce a un fallo inhibitorio, mas no a la nulidad del proceso.

Técnica de Casación / Violación Norma Sustancial - Vía Directa

El cargo formulado por el casacionista se aparta de la técnica del recurso de casación, que exige, en las acusaciones por infracción directa de la ley, el apego sin restricciones por parte del impugnante a los resultados sacados por el fallador de los elementos de convicción, como que las actitudes discrepantes en este plano, por ligeras que aparezcan, equivocan el camino en la formulación del recurso.

Litisconsorcio Necesario / Nulidad Sustancial / Compraventa

La figura procesal del litiscorsorcio necesario surge cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sea activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. / La nulidad de un contrato como el de compraventa tiene que promoverse por todos o contra todos los que intervinieron en el acto negocial que se pretende invalidar, pues es obvio que la relación

sustancial de allí emanada, tiene esa connotación procesal en orden al pronunciamiento de mérito de la pretensión, pese a no ser un fenómeno de dicha naturaleza.

CASACIÓN - Ataque Todos las Pruebas
TÉCNICA DE CASACIÓN

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 las demás expuso el sentenciador, y que por ser suficiente para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente imprósperas la acusación.

NORMA SUSTANCIAL / TÉCNICA DE CASACIÓN

El artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 impone al recurrente en casación, señalar cualquiera de las normas de naturaleza sustancial que "constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada...". Esta disposición no se encuentra aquí atendida por la censura, por cuanto el artículo 1155 del C.C., que con tal propósito se trajo a colación, no colma esa expectativa legal, que sí hubiese quedado técnicamente satisfecha con la invocación del artículo 2ª de la Ley 50 de 1936, precepto que, a despecho de la acusación, no permite el recibo técnico del cargo en este recurso extraordinario.

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta

El error de apreciación probatoria, ora de hecho o ya el de derecho, sólo tiene virtualidad para combatir con éxito una sentencia en casación cuando ha sido la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a derecho. Es pues indispensable que el yerro influya de manera directa en lo dispositivo de la sentencia, o que haya una relación causal entre éste y aquello, pues de no serlo resultaría inocuo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospino Botero*

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

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso ordinario iniciado por Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo frente al "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales".

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda repartida al Juzgado 2º Civil del Circuito de Ipiales, Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo solicita que con audiencia del Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales, se hagan las declaraciones y condenas siguientes:

a) Pretensiones principales:

"Primera. Que el contrato de compraventa celebrado entre el demandante, señor Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo, como vendedor, y el Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales, como comprador, que consta en la escritura pública número 1481 del 9 de octubre de 1985 de la Notaría Primera de Ipiales, registrada el día 25 de noviembre de 1985 en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ipiales en la Matrícula número 2440012101 y mediante el cual, el primero, junto con Ruperto Montenegro Vallejo y Luz María Montenegro Vallejo dieron en venta a la entidad Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales, el derecho de dominio pleno y absoluto de un inmueble situado en la ciudad de Ipiales, en la Avenida Panamericana, alinderado como cuerpo cierto y determinado así: Norte. Con propiedades de Nicanor Yacelga y de la Nación, zanja al medio; Sur. Con la Avenida Panamericana; Oriente. Con propiedades de Huberto Zarama y Alvaro Burbano Muriel, zanja al medio, y Occidente. Con propiedades de César María Chingual, zanjas y tapias al medio, se encuentra viciado de nulidad absoluta porque la persona que figura como compradora es absolutamente incapaz jurídicamente, debido a que es jurídicamente inexistente, en consecuencia, el aludido contrato no reúne los requisitos legales para haber nacido a la vida jurídica, y por consiguiente, el referido bien inmueble pertenece a los que figuran como vendedores, en especial, al demandante.

"Segunda. Que en consecuencia, el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Ipiales (Nar.), deberá cancelar el registro de la mencionada escritura pública, y restablecer el del título del demandante, que obra actualmente en el folio de matrícula inmobiliaria No. 244-0012101; e igualmente que en el original del protocolo de la escritura pública No. 1481 de la Notaría Primera de Ipiales, mencionada en la anterior petición, el señor Notario Primero de Ipiales, ponga la nota que corresponde con relación a lo resuelto en la sentencia.

"Tercera. Que el demandado pague al demandante, las costas y costos del proceso, que oportunamente se liquidarán".

b) Pretensiones subsidiarias:

"*Primera Subsidiaria*. Que hubo lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado entre el demandante junto con Ruperto Montenegro Vallejo y Luz María Montenegro Vallejo y la entidad demandada, antes citados, que consta en la escritura Pública mencionada en la petición primera principal, mediante el cual el primero transfirió a la Segunda el pleno y total dominio y la posesión del inmueble situado en la ciudad de Ipiales, en la Avenida Panamericana, alinderado como cuerpo cierto y determinado así:

Norte: Con propiedades de Nicanor Yacelga y de la Nación, zanja al medio; Sur. Con la Avenida Panamericana; Oriente: Con propiedades de Huberto Zarama y Alvaro Burbano Muriel, zanja al medio, y Occidente: Con propiedades de César María Chingual, zanjas y tapias al medio; debido a que el precio que en dicha escritura se fijó como valor del contrato y se dijo recibieron los vendedores, es inferior en más de la mitad del justo precio de la cosa que se vendió en la época de la celebración del contrato y otorgamiento de la escritura pública antes referida.

"*Segunda subsidiaria.* Que el demandado, Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales, debe completarle al demandante el justo precio del inmueble ya mencionado, para la época en que fue celebrado el contrato de compraventa, de acuerdo con la determinación que del mismo se haga en el proceso, con deducción de una décima parte, a menos que opte por la rescisión del contrato; y que lo último debe considerarse implícito si el demandado no consigna a órdenes del juzgado o paga al demandante el complemento de dicho precio, dentro del término que en la sentencia se le otorgue.

"*Tercera subsidiaria.* Que se declare rescindido el contrato de compraventa, respecto de la cuota parte que le corresponda al mandante, celebrado entre mi poderdante, señor Gerardo Juan Bautista Montenegro Vallejo, como vendedor y el demandado, Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales, como comprador, que consta en la escritura pública No. 1481 del 9 de octubre de 1985 de la Notaría Primera de Ipiales, registrada el 25 de noviembre de 1985 en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ipiales, bajo el folio de matrícula inmobiliaria No. 244-0012101, mediante el cual el primero dijo transferir a título de compraventa, al segundo, el derecho de dominio pleno y absoluto de un inmueble situado en el Municipio de Ipiales, en la Avenida Panamericana, alinderado como cuerpo cierto y determinado así: Norte: Con propiedades de Nicanor Yacelga y de la Nación, zanja al medio; Sur: Con la Avenida Panamericana; Oriente: Con propiedades de Huberto Zarama y Alvaro Burbano Muriel, zanjas al medio, y Occidente: Con propiedades de César María Chilangual, zanjas y tapias al medio; por existir lesión enorme para el vendedor.

"*Cuarta subsidiaria.* Declarada la rescisión del contrato de compraventa referido en la declaración tercera subsidiaria que precede, o si el demandado opta expresa o implícitamente por la rescisión del contrato quedará sin efectos la mencionada escritura pública de compraventa No. 1481 del 9 de octubre de 1985 otorgada en la Notaría Primera de Ipiales y registrada el día 25 de noviembre de 1985 en la oficina de Registro de Instrumentos públicos de Ipiales, bajo el folio de matrícula inmobiliaria No. 244-0012101, debiéndose disponer la cancelación del registro en la oficina respectiva, y en el original del protocolo notarial en donde se anotará lo dispuesto en la sentencia. Para tal efecto se dispondrá el registro de la sentencia en la Oficina de Registro de II. PP. de Ipiales, en donde además se produciría el restablecimiento del registro anterior, respecto del título del tradente demandante.

"*Quinta subsidiaria.* Como consecuencia de la primera y/o tercera declaración subsidiaria, el demandado, Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales, debe restituir al demandante, en los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o el de notificación del auto de obedecimiento al Superior, según fuere el caso, la posesión material del inmueble referido, sin derecho a reclamar nada por las mejoras puestas antes y después de esta demanda, por no asistirle ningún derecho de los establecidos por la ley. Además, el mismo demandado pagará al demandante el valor de los frutos que haya podido percibir desde la fecha de notificación de esta demanda hasta el día de aquella restitución, pudiendo dicho valor compensarse en las respectivas proporciones, con el precio que el demandante deberá restituir en tal caso al demandado.

"*Sexta subsidiaria.* Que en la misma hipótesis, el demandado, Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales, debe purgar o liberar el inmueble objeto de las pretensiones

aducidas en este libelo, de las hipótesis y limitaciones al dominio que hubiere constituido sobre él, dentro del término antes mencionado, y en caso de no hacerlo, deberá pagar el demandante Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo, los perjuicios compensatorios y moratorios correspondientes.

"*Séptima subsidiaria*. En caso de oposición, temeraria a las pretensiones de esta demanda, se condene al demandado pagar en favor del demandante, las costas procesales que se causen en el curso del proceso, que oportunamente se tasarán y liquidarán".

2. Las pretensiones anteriores se hacen descansar en los hechos sintetizados a continuación:

a) Por escritura pública No. 1481 de 9 de octubre de 1985, otorgada en la Notaría Primera de Ipiales, el demandante, lo mismo que sus hermanos Ruperto y Luz María Montenegro Vallejo, dieron en venta a la asociación denominada "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales", el inmueble descrito por su ubicación y linderos en la demanda.

b) La entidad compradora, asociación sin ánimo de lucro, obtuvo su reconocimiento de personería jurídica por Resolución número 691 del 14 de agosto de 1975, de la Gobernación de Nariño, disponiéndose en ella, para los efectos legales de ese reconocimiento, que éstos se surtirían 15 días después de la publicación del acto administrativo en la Gaceta Departamental, publicación, que omitió hacer la asociación, "ni lo ha hecho hasta la fecha..." como lo certifica el Jefe de la Sección de Justicia del Departamento de Nariño, y "...en consecuencia, el Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales no tiene personería jurídica".

c) La compradora "es absolutamente incapaz por no existir en la vida jurídica, no existió en el momento de la contratación a que se refiere esta demanda, no tenía ni tiene capacidad de ejercicio (sic), esa incapacidad es absoluta".

d) El precio de la venta fue de $1.860.000, que la compradora declaró recibidos, y como el inmueble tiene una superficie aproximada de 20.791 metros cuadrados de superficie, el demandante "vendió la tercera parte y así mismo recibió la tercera parte del precio, es decir, vendió 6.930.33 mts² y por ellos recibió la suma de $600.000", cuando el precio del bien a la fecha de la venta era superior a $26.000.000, resultando negociado así por menos de la mitad de ese justo valor.

3. El *a quo* inadmitió la demanda por auto de 7 de diciembre de 1989 (fl. 27 C. 1ª) en razón a que "La parte actora no ha presentado con el libelo demandatorio, la escritura pública número 406 de 15 de marzo de 1988, de la Notaría Primera de Ipiales, por la cual se ha cancelado una hipoteca, según consta en el correspondiente certificado de tradición que se adjunta; no se han presentado los correspondientes registros civiles de defunción de los causantes señores Ruperto Montenegro Vallejo y Luz María Montenegro Vallejo, no se ha indicado en el libelo de demanda si se encuentra abierto y radicado el juicio o juicios de sucesión de los mencionados causantes, y en qué juzgado, y de serlo así se deberá adjuntar la demanda y el auto por el cual se abrieron dichos procesos sucesorios"; inadmisión esa que dio lugar a que el demandante corrigiera y adicionara la demanda (fl. 35 C. 1ª), en el sentido de manifestar, exclusivamente, que los procesos de sucesión de sus hermanos Ruperto y Luz María se abrieron en los Juzgados 1º y 2º Civil del Circuito de Ipiales, respectivamente; de pedir que el juzgado solicitara copia

de los autos de apertura correspondientes en los cuales se reconoció al demandante como heredero de los mismos; y de adjuntar los demás documentos echados de menos por el juzgado.

4. Descorriendo oportunamente el traslado del libelo, la asociación demandada se opuso a las pretensiones del actor, negando esencialmente la aseveración hecha por éste en el sentido de que carezca de personería jurídica legalmente reconocida, pues aún cuando admite que no se publicó la resolución 691 que en tal sentido expidió la Gobernación de Nariño el 14 de agosto de 1975, agrega que tratándose de una asociación en forma de corporación como lo es la Cruz Roja, bastaba para su nacimiento un acto de constitución, una organización y un patrimonio, requisitos todos éstos que cumplió y le permiten ser sujeto de derechos, independientemente de la resolución ejecutiva comentada, que "no hace sino Reconocer una asociación ya existente...", pues no es un acto constitutivo. El reconocimiento por el Estado, prosigue, es facultativo, a términos de la Carta Política, lo que significa, añade, que el reconocimiento queda al arbitrio de los asociados y que "las asociaciones tienen existencia reconocida por la Constitución Nacional, independientemente de un reconocimiento oficial...", fuera de que el Congreso de la República, por Ley 142 de 1937, "confirmó, en forma definitiva, la personería jurídica de la Corporación Cruz Roja".

Poniendo de presente que el precio pagado por el inmueble fue superior al indicado en la escritura y además justo, la demandada propuso como previa la excepción de prescripción del derecho a demandar la lesión enorme por parte del actor, petición sobre la que se pronunció favorablemente al *a quo*. Igualmente formuló las excepciones de mérito que denominó "carencia de fundamento legal de las pretensiones" y "general".

5. Después de agotar el trámite correspondiente del proceso, el *a quo* le puso término a la primera instancia por sentencia de 16 de septiembre de 1991, estimatoria de las pretensiones principales del actor, por lo que ordenó a la demandada restituir "la tercera parte del inmueble", y, a aquél, devolverá a ésta la suma de $2.004.000 como valor indexado del precio que proporcionalmente recibió; e impuso costas a la última.

6. Inconforme con lo así resuelto, la demandada interpuso apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quien desató el recurso revocando la sentencia del *a quo*, e inhibiéndose para decidir de mérito la pretensión.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Se apoya en la consideración fundamental de que como la venta no la hizo solamente el demandante, sino también sus hermanos Ruperto y Luz María Montenegro Vallejo, quienes no intervinieron como partes en el proceso no se integró, cuál correspondía, el *litisconsorcio* necesario por activa, lo que, con arreglo al art. 83 del C. de P.C., prosigue, impedía el pronunciamiento de fondo que hizo el *a quo*, quien omitió hacer la citación correspondiente, no obstante la excepción formulada en tal sentido por la opositora. Sobre esas consideraciones, basó, pues, el *ad quem* su fallo inhibitorio.

III. LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del tribunal, los dos primeros por la causal primera de casación contemplada por el art. 368 del C. P. C., y el restante

por la causal quinta de la misma norma, los cuales despachará la Corte en el orden lógico que corresponde.

Cargo tercero

Mediante éste se acusa la sentencia "porque en el caso de que se diera la integración del litisconsorcio necesario, no debió proferir sentencia inhibitoria, sino decretar la nulidad procesal a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda".

Explica el recurrente al desarrollarlo, que advertida por el juez la necesidad de integrar el *litisconsorcio* necesario, de oficio debe proceder a ordenarlo, lo que puede hacer hasta antes de proferir la sentencia de primera instancia, oportunidad que también tiene el demandado para solicitar esa citación, si ésta no se dispone por el juez; por lo que, de no procederse así, tal como lo establecen los artículos 51 y 83 del C. de P.C., se incurre en la causal de nulidad contemplada en el numeral 9º del artículo 140 del C. de P.C.

Se considera

1. Entre los principios que regulan el régimen de las nulidades procesales, aparece el de la protección, traducido en la necesidad de que dicha medida sea remedio en favor del litigante perjudicado con el vicio, en cuyo provecho se establece este beneficio. Ello supone, entonces, que *la nulidad no puede invocarse por cualquiera de las partes, sino únicamente por la afectada con la irregularidad procesal, que viene a ser la asistida de interés para proponerla, a menos de concurrir un defecto que perjudique por igual a todas las partes del proceso, pues en este último evento puede alegarlo en casación cualquiera de ellas.*

2. Tratándose de la causal de nulidad contemplada por el numeral 9º del artículo 140 del C. de P.C., esta Sala ha manifestado en forma reiterada que el defecto procedimental previsto en él afecta exclusivamente a quien no ha sido legalmente notificado o emplazado en el proceso, debiendo ser citado como parte, y que, por consiguiente, es la vulneración de su derecho de defensa la que le proporciona legitimación para solicitar la nulidad en casación. Dedúcese, a *contrario sensu*, que quien no se halla en esa circunstancia, carece del derecho a elevar ese pedimento.

3. El recurso de casación que aquí desata la Corte, fue interpuesto solamente por el actor Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo, en su propio nombre, y, por lo mismo, no involucra a quienes, según lo hecha de menos aquél, debieron ser citados como parte a este proceso. Pónese así de presente que aún cuando se tomara por punto de partida la calidad de heredero ostenta por el recurrente frente a Eleazar Ruperto y Luz María Montenegro Vallejo, no aducida tampoco en el cargo, aquél no está legitimado para, mediante este recurso, implorar, como lo hace, la mencionada nulidad.

4. Finalmente, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, cuando se presenta el instituto del *litisconsorcio* necesario y acontece *que el demandante, al instaurar la demanda, se desentiende de demandar a los litisconsortes necesarios, tal defecto constituye falta de demanda en forma y conduce a un fallo inhibitorio, mas no a la nulidad del proceso* (casación de 15 de enero de 1975, G.J. CXXXVIII, págs. 28 y 29; Cas. Civ. de 29 de sept. de 1980, aún no publicada).

5. El cargo, por lo dicho, no está llamado a prosperar.

Cargo primero

En este ataque se censura la sentencia por infringir directamente el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación.

Lo sustenta el recurrente manifestando que, acorde con los alcances de la mencionada disposición, la petición de nulidad absoluta de un contrato "no implica en modo alguno un *litisconsorcio* necesario por parte activa", pues ella "puede ser alegada independientemente por cualquiera que tenga interés en ello", ya que lo fundamental no es que la soliciten todos los interesados en dicho acto, sino que la pretensión se aduzca "contra todos los que con ella se perjudiquen", es decir, que se integre el *litisconsorcio* pasivo.

En el caso de este proceso, prosigue el censor, el demandante "vendió junto con sus hermanos Ruperto y Luz María, en común y proindiviso, el predio a que se refiere la escritura pública número 1481 .. pero resulta que como está demostrado en el expediente, sus hermanos fallecieron y él es el único heredero, y para el caso el único interesado en las pretensiones de la demanda; entonces (continúa, el impugnante) cómo puede ser posible en este caso integrar un Litisconsorcio activo como lo exige el honorable Tribunal?".

Por lo anterior, el recurrente solicita a la Corte casar la sentencia del Tribunal, para que, en sede de instancia, falle las pretensiones principales de la demanda.

Se considera

En la forma como viene formulado el ataque acabado de resumir contra la sentencia del Tribunal, es claro que aún cuando se invocó la vía de la violación directa de una norma de derecho sustancial, el casacionista se apartó de las conclusiones fácticas del sentenciador en el campo probatorio, como quiera que le endilga a éste no haber visto, como está demostrado en el expediente, que los hermanos del actor fallecieron y él es el único heredero, y para el caso, el único interesado en las pretensiones de la demanda, circunstancia que, según el censor, fue la determinante para que en el fallo se exigiera la integración del litis consorcio *activo.*

Con la particular actividad que se comenta, el cargo formulado por el casacionista se aparta de la técnica del recurso de casación, que exige, en las acusaciones por infracción directa de la ley, el apego sin restricciones por parte del impugnante a los resultados sacados por el fallador de los elementos de convicción como que las actitudes discrepantes en este plano, por ligeras que parezcan, equivocan el camino en la formulación del recurso.

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

Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o 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., T. CXLVI, p. 50).

Dejando de lado, no obstante, el anterior defecto técnico, suficiente de por sí para hacer fracasar el cargo, *la Corte no podría, en el evento de ocuparse en el estudio de fondo del mismo, proceder a casar la sentencia combatida, porque pese al interés para obrar que asistiría al actor en la proposición de la nulidad absoluta del contrato de compraventa según los alcances del artículo 2° de la Ley 50 de 1936, por ser el demandante tan sólo uno de los tres vendedores que tomaron parte en la negociación, la naturaleza de la relación material impuesta por ésta determina la existencia de un* litisconsorcio *necesario entre los enajenantes, con incidencia en la relación procesal, si bien no para impedir el nacimiento de la misma, sí para no permitir que pueda dictarse sentencia de mérito, toda vez que, como lo tiene dicho esta Corporación, "la figura procesal del* litisconsorcio *necesario surge cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sea activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. En tal hipótesis, por consiguiente, un pronunciamiento del juez con alcances referidos a la totalidad de la relación no puede proceder con la intervención única de alguno o algunos de los ligados por aquélla, sino necesariamente con la de todos. Sólo estando en el respectivo proceso la totalidad de los sujetos activos y pasivos de la relación sustancial, queda debida e íntegramente constituida desde el punto de vista subjetivo la relación jurídico-procesal y por lo mismo sólo cuando las cosas son así podrá el juez hacer el pronunciamiento de fondo demandado. En caso contrario, deberá limitarse a proferir fallo inhibitorio (sentencia de 4 de junio de 1970; G.J. CXXXIV, pág. 170).*

Puestas así las cosas, la nulidad de un contrato como el de compraventa tiene que promoverse por todos o contra todos los que intervinieron en el acto negocial que se pretende invalidar, pues es obvio que la relación sustancial de allí emanada, tiene esa connotación procesal en orden al pronunciamiento de mérito de la pretensión, pese a no ser un fenómeno de dicha naturaleza. Significa entonces lo expresado, que de poder estudiarse el cargo por su aspecto de fondo, la Corte no advertiría el error jurídico que según la censura cometió el Tribunal al inhibirse de fallar por la ausencia procesal de los restantes vendedores o sus causahabientes, y menos por el concepto de falta de aplicación del artículo 2° de la Ley 50 de 1936, norma que en las circunstancias dichas no tenía por qué hacer actuar al Tribunal.

Algo más, el demandante no invoca la calidad de heredero de los otros contratantes, sino que su pretensión la circunscribe al ámbito estrictamente personal.

Tampoco es próspera, por lo notado, esta censura.

Cargo segundo

A través de este ataque se le atribuye a la sentencia la violación indirecta del artículo 1155 del C.C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

Señálase concretamente por el casacionista al desenvolver su acusación, que el *ad quem* pretirió: el auto de 10 de abril de 1986, mediante el cual se declaró abierto el proceso sucesorio de Luz María Montenegro Vallejo, reconociendo así mismo al actor como heredero suyo; el auto de 25 de septiembre de 1987, en cuya virtud se abrió también la sucesión de Lleazar Ruperto Montenegro Vallejo, teniendo al demandante en la misma calidad; y la escritura 406 de 15 de marzo de 1988, "por la cual Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo actúa en su propio nombre y como heredero de sus hermanos...".

Si el Tribunal, indica el censor, hubiera tenido en cuenta esas pruebas, su decisión no habría sido inhibitoria, "ya que el demandante, por ministerio de la ley... ha sucedido a sus hermanos que lo acompañaron en el negocio de que trata la escritura pública número 1481 de 9 de octubre de 1985, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Ipiales...".

Finaliza, pidiendo que se case la sentencia combatida para que, en la de reemplazo, la Corte acceda a las pretensiones principales de la demanda.

Se considera

Para decidir en la forma como lo hizo, el Tribunal consideró que habiéndose efectuado la venta contenida en la ya mencionada escritura 1481 por parte de Genaro Juan, Ruperto y Luz María, el primero de ellos no podía demandar por sí solo la nulidad de la negociación, pues era preciso que lo hiciera conjuntamente con los dos vendedores restantes, para integrar así el *litisconsorcio* necesario surgido de esa relación material creada por el acuerdo, y que como, acorde con lo manifestado en la demanda, estos últimos no concurrieron al proceso promovido exclusivamente por el primero y como quiera que "la sentencia de primera instancia que decretó la nulidad del contrato de compraventa, sólo producirá efectos respecto a (sic) Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo, quien fue el que presentó la demanda, mas no respecto a Ruperto y Luz María Montenegro Vallejo, quienes no han concurrido al debate", el fallo condenatorio del *a quo* debía revocarse para darle paso a una decisión inhibitoria, como en efecto sucedió.

Visto así el razonamiento del sentenciador *ad quem*, es indudable que éste basó su decisión en dos pruebas fundamentales, a saber:

a) La aludida escritura número 1481;

b) El libelo demandatorio; pruebas esas que no obstante su trascendencia ignoró la censura como punto de apoyo de la acusación, dejando así incompleto el ataque, que en esos términos formulados permite el mantenimiento del fallo, pues esos soportes probatorios no combatidos impiden su derrumbamiento, por razonables que parezcan los demás argumentos de la impugnación. En efecto, desde antaño viene sosteniendo la doctrina de la Corte que "...si la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o

error de derecho en la estimación de las pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o a algunas, 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 la casación... 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 las demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente imprósperas la acusación" (G.J. CXLII, pág. 146).

El artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 impone al recurrente en casación, señalar cualquiera de las normas de naturaleza sustancial que "constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada...". Esa disposición no se encuentra aquí atendida por la casera, por cuanto el artículo 1155 del C.C., que con tal propósito se trajo a colación, no colma esa expectativa legal, que si hubiese quedado técnicamente satisfecha con la invocación del artículo 2ª de la Ley 50 de 1936, precepto que a despecho de la acusación, no permite el recibo técnico del cargo en este recurso extraordinario.

Es de ver, con todo, que haciéndose abstracción de las deficiencias técnicas señaladas y pasando a contemplar de fondo, por lo consiguiente, los reparos hechos por el casacionista a la sentencia en cuanto el Tribunal no efectuó la citación personal al proceso de los restantes vendedores: Ruperto y Luz María, ciertamente fluye, como lo reseña el recurrente, que el Tribunal no apreció las pruebas relacionadas por éste y reveladoras del fallecimiento de esos dos contratantes, porque de haberlas apreciado no hubiera echado de menos, obviamente, la concurrencia personal de los mismos, sino la de sus sucesores, determinados o indeterminados. Bajo este supuesto, y aun cuando lógico pareciera concluir que el Tribunal incurrió en la falta de observación señalada, pues la preterición probatoria a que se alude demuestra la falta de integración del *litisconsorcio* necesario activo, en la forma ya indicada, razonable es considerar además que aún dando por cierto esa circunstancia, ella resulta sin embargo, insuficiente para alcanzar el desquiciamiento del fallo acusado en este recurso de casación, por cuanto advertido está suficientemente por la Corte, que mientras el yerro fáctico no sea trascendente, vale decir, que su corrección implique necesariamente un cambio en la decisión, éste carece de significado en el ámbito de este recurso extraordinario. Esta es justamente la particularidad que no tiene el yerro puesto de presente, como quiera que al tener que colocarse la Corte en sede de instancia para proferir el fallo correspondiente, éste tendría que ser igualmente inhibitorio porque el actor depreció la pretensión en su propio nombre, omitiendo hacerlo como sucesor *mortis causa* de los restantes vendedores, y la relación negocial antedicha, configurativa de un *litisconsorcio* necesario activo, no permitiría un pronunciamiento de mérito parcial respecto de uno sólo de los contratantes, pues me rompería la continencia de la causa.

Dicho de modo diverso, aun cuando el elenco probatorio del proceso demuestra el fallecimiento de los vendedores Ruperto y Luz María, de igual modo que la calidad de heredero ostentada por el demandante frente a ellos, no puede dejar de observarse que aquél entabló su pretensión exclusivamente en nombre propio, dejando así de lado los derechos que su calidad de tal hubieran podido proporcionarle y, por lógica consecuencia, no puede obtener con su solitaria gestión el pronunciamiento de fondo a que aspira.

Motivo adicional de intrascendencia del yerro fáctico comentado, lo constituye también la aseveración del actor en el sentido de no haber sido nunca la demandada sujeto de derecho y obligaciones, fundamento éste sobre el cual edifica la nulidad sustancial objeto de su pretensión, en vista de que esta Corporación no podría emitir el fallo de reemplazo a que se aspira, pues la misma razón esgrimida por el actor para obtener la declaración del vicio, le impediría el surgimiento de la relación jurídico procesal por ausencia del presupuesto capacidad para ser parte en la demanda, condición esencial para el pronunciamiento de un fallo de mérito.

Tiene señalado la doctrina de la Corte que "El error de apreciación probatoria, ora de hecho o ya el de derecho, sólo tiene virtualidad para combatir con éxito una sentencia en casación cuando ha sido la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a derecho. Es pues indispensable que el yerro influya de manera directa en lo dispositivo de la sentencia, o que haya una relación causal entre éste y aquello, pues de no serlo resultaría inocuo y por lo mismo ningún fin práctico perseguiría el recurrente al denunciarlo, ni efecto trascendente alguno produciría su reconocimiento en casación" (Sent. de 2 de agosto de 1985, G.J. CLXXX, pág. 225).

Lo expresado es, pues, suficiente para que el cargo tampoco se abra paso.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *No Casa* la sentencia de 9 de marzo de 1992, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Costas del recurso de casación a cargo de la parte recurrente actora.

Cópiese, notifíquese y devuélvase, en su oportunidad, al Tribunal de origen.

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

Reformatio In Pejus

La institución procesal de la *reformatio in pejus* se traduce en un principio negativo, por cuanto le prohíbe al juez *ad quem* modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente, cuando la contraparte no ha interpuesto apelación, ni ha adherido a dicho recurso y, se configura mediante los requisitos siguientes: a) Vencimiento de un litigante; b) Que sólo una parte apele; c) Que el sentenciador *ad quem* haya empeorado con su decisión al único recurrente, y d) Que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella.

Error de Hecho y de Derecho / Testimonio

Uno y otro yerro, esto es, el de hecho y el de derecho, están pues colocados en planos distintos, que no permiten su confusión, como quiera que el primero se refiere a la contemplación material o objetiva de la prueba, al paso que el segundo sólo es concebible en el ámbito de su contemplación jurídica. La calificación que de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes o contradictorios, o, por el contrario, responsivos, exactos y completos; si concuerdan o no en el hecho y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica, etc., es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho.

El yerro de facto se presenta cuando la evaluación probatoria propuesta por el casacionista es la única alternativa probatoria ofrecida por el proceso, pues es obvio que en este evento ella se impone como necesaria, y cualquier otro sentido que se dé a los medios de convicción resiente la evidencia de la actuación.

Casación - Ataque Todas las Pruebas

No es procedimiento correcto en ese recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente, subsistirían las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente imprósperа la acusación.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. - Posesión Notoria / TESTIMONIO

Tres son los elementos configurativos de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, a saber: trato, fama y tiempo. / La prueba respecto de los elementos estructurales de posesión notoria, no puede ser exigente en extremo. No se exige que los testimonios fidedignos expresen, explícitamente, que la duración de la posesión fue mayor de cinco años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., 25 de noviembre de 1993.

Referencia: Expediente número 4018.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en este proceso ordinario instaurado por Héctor Gregorio Gutiérrez frente a la sucesión de Héctor Gregorio Pineda Hernández, representada por su cónyuge sobreviviente Rosa María Matiz de Pineda e hijos legítimos Germán, Richard, Victoria y Rosalba Pineda Matiz.

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda presentada el 21 de julio de 1982 ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, Cundinamarca, Héctor Gregorio Gutiérrez solicita que con audiencia de los citados demandados se declare que es hijo extramatrimonial de Héctor Gregorio Pineda Hernández, fallecido en Santafé de Bogotá el 12 de febrero de 1982 y que, en consecuencia, tiene derecho a intervenir como tal en la sucesión de su padre, en concurrencia con sus otros hijos legítimos y la cónyuge sobreviviente, demandados a quienes solicita condenar en costas procesales.

2. La pretensión que se deja indicada, se hace descansar en los fundamentos fácticos que a continuación se sintetizan:

a) Paulina Gutiérrez y Héctor Gregorio Pineda Hernández iniciaron relaciones amorosas en Fusagasugá, Cundinamarca, en 1940, que a la postre se convirtieron en relaciones sexuales, continuas, notorias y estables;

b) En el lapso transcurrido entre 1940 y 1948, la citada pareja tuvo "una comunidad de habitación, una vivienda común, aunque éste (se refiere al varón), aparentemente tenía otro lugar de residencia, lo que no impidió su continuidad en las relaciones sexuales, situación fáctica que integró una unión libre o concubinato que fue notoria para los vecinos y para los familiares de ambos enamorados";

c) Como consecuencia de esas relaciones sexuales entre Paulina Gutiérrez y Héctor Gregorio Pineda Hernández, fueron procreados 5 hijos, el último de los cuales fue

Héctor Gregorio, nacido el 13 de enero de 1948, quien fue el único que "se crió", pues los restantes fallecieron a los pocos meses de su nacimiento;

d) Durante el embarazo de Paulina Gutiérrez, en el momento del parto y aún después, Héctor Gregorio Pineda Hernández suministró lo necesario para aquélla y su hijo Héctor Gregorio, procurando en todo momento que gozaran de buena salud, y a partir de entonces le dio al último el trato de hijo, proveyendo a su manutención, vestuario, educación y demás necesidades, presentándolo siempre como tal a familiares, amigos y relacionados;

e) Paulina Gutiérrez observó siempre buena conducta durante la época en que tuvo relaciones sexuales con Héctor Gregorio Pineda Hernández, y trasladada para su entierro a Fusagasugá, fue éste quien pagó esos gastos y las honras fúnebres;

f) Héctor Gregorio Pineda Hernández falleció en Santafé de Bogotá el 12 de febrero de 1982, sucediéndole en sus bienes su cónyuge sobreviviente y sus hijos legítimos.

3. Los demandados Héctor Germán, José Ricardo y Luz Victoria Pineda Matiz contestaron la demanda el 30 de septiembre de 1982, luego de haberse notificado de ella el día 8 del mismo mes y año, negando los hechos fundamentales de la misma, para agregar que su padre Héctor Gregorio Pineda Hernández "jamás tuvo comunidad de habitación, ni vivienda común con la señora Paulina Gutiérrez", sin que fuera suyo ninguno de los hijos que dio a luz aquélla, pues no existieron relaciones sexuales entre ellos. Se oponen, pues, a las pretensiones del actor, respecto de las que proponen las excepciones que denominan: "Inexistencia de la calidad de hijo natural que alega el demandante..."; "inexistencia de hecho o hechos de los cuales pueda deducirse la posesión notoria de hijo natural que alega el demandante..."; "inexistencia de cualquier derecho a participar o a intervenir en la sucesión de Héctor Gregorio Pineda Hernández..."; "prescripción de las acciones intentadas"; y "cualquier hecho que aparezca demostrado y que conduzca al desconocimiento total de las pretensiones del actor".

Notificados de la demanda el 29 de junio y el 1º de agosto de 1984, respectivamente, las demandadas Rosalba Pineda Matiz y Rosa María Matiz de Pineda le dieron respuesta oportuna, negando en síntesis los hechos primordiales de la misma, y oponiéndose, consecuentemente, a las pretensiones del actor, en relación con las cuales formularon excepciones idénticas a las aducidas por los anteriores demandados, menos en lo que concierne a la "caducidad de la acción primordial...", propuesta por éstos en vez de la prescripción invocada por aquéllos.

4. En escrito de reforma y adición de la demanda, presentado el 16 de agosto de 1984 (folios 125 a 133 C. ppal.), el actor solicitó además la declaración de que la adjudicación de bienes efectuada en el proceso de sucesión del causante Héctor Gregorio Pineda Hernández, cursado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá, "carece de valor y efectos jurídicos, por ser violatorios de la ley, en cuanto están afectando los derechos herenciales esenciales y patrimoniales del heredero... Héctor Gregorio Gutiérrez...", por lo que el trabajo de partición y adjudicación debe rehacerse de conformidad con la Ley 45 de 1936, Ley 75 de 1968, Ley 29 de 1982 y artículo 1008 del C. C.; que se condene a los demandados a restituir al actor su respectiva cuota herencial, junto con los frutos naturales y civiles producidos o que pudo producir, lo mismo que al pago de perjuicios.

5. Los demandados respondieron la reforma y adición de la demanda, oponiéndose a las súplicas del actor, contra las que reiteraron las excepciones dichas y manifestaron, en síntesis, lo que ya habían expresado respecto de sus fundamentos fácticos.

6. Después de practicar pruebas y de correr traslado para alegar, el Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá, a donde se remitió el proceso por competencia (folio 242 C. principal), le puso término a la primera instancia mediante sentencia de 13 de agosto de 1991, en la cual hizo los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Declarar que el señor Héctor Gregorio Gutiérrez, nació en el municipio de Fusagasugá, Cundinamarca, el día trece (13) de enero de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), es hijo extramatrimonial del señor Héctor Gregorio Pineda Hernández, fallecido en la ciudad de Bogotá el día doce (12) de febrero de mil novecientos ochenta y dos (1982).

"Segundo. Comuníquese esta decisión al señor Notario del Círculo de esta ciudad, para que se sirva corregir o asentar nuevo registro de nacimiento del señor Héctor Gregorio Gutiérrez quien en adelante llevará primero el apellido Pineda y luego el apellido Gutiérrez. Ofíciese.

"Tercero. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"Cuarto...

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

7. Inconformes con lo así resuelto, los demandados recurrieron en apelación ante la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, quien decidió la alzada por sentencia de 13 de mayo de 1992, en la que dispuso:

"Primero. *Confirmar* la sentencia de primera instancia dictada dentro del presente proceso por el Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá, con fecha 13 de agosto de 1991.

"Segundo. *Declarar* que el señor Héctor Gregorio Gutiérrez, tiene los derechos sucesorales en la proporción que la ley otorga respecto a la sucesión de su declarado padre Héctor Gregorio Pineda Hernández, debiendo por lo tanto, los demandados en el presente proceso restituir al demandante la parte que le corresponda junto con los frutos naturales y civiles a que haya lugar.

"Tercero. *Condenar* en costas de esta instancia a la parte apelante. Tásense".

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de historiar el proceso, de aseverar que éste es formalmente apto para recibir decisión de mérito y de hacer algunas consideraciones generales en torno a las exigencias legales para que pueda producirse la declaración judicial de filiación extramatrimonial con fundamento en la existencia de relaciones sexuales o en la posesión notoria del estado de hijo, el Tribunal abordó el estudio del acervo probatorio para, apoyándose en los testimonios de Jorge Arturo Díaz Córdoba, Aura María Carrillo Rojas, Alicia González Rincón, Inés Rojas Hernández, Jairo García Vanegas, Leonor Fayad de García, William Fayad García, Agripina Fresneda de Castro, Gustavo Arenas

González, Guillermo Riveros Triviño y Darío Gómez Pardo, lo mismo que en los interrogatorios absueltos por Luz Victoria, Rosalba y José Ricardo Pineda Matiz, al igual que por el actor, concluir expresamente que:

"Analizando todo el acervo probatorio que aparece en el plenario, perteneciente o solicitado tanto por la parte actora como por la parte demandada, se puede evidenciar sin mayor esfuerzo que evidentemente entre Paulina Gutiérrez y Héctor Gregorio Pineda Hernández existieron relaciones de amistad, amorosas e íntimas desde 1940 hasta la fecha de fallecimiento de la primera, y que como producto de dichas relaciones nació el hoy demandante Héctor Gregorio Gutiérrez a quien el pretenso padre le procigó lo necesario para su manutención y estudio.

"Son armónicas las declaraciones rendidas para demostrar la aludida paternidad, pues de ellas se concluye sin dubitación que las causales alegadas se estructuran con suficiente claridad. La Sala encuentra solamente como elemento precario en la prueba de las relaciones sexuales entre la madre y el pretendido padre del actor, que no puede concluirse con plena exactitud la coincidencia de dicha relación con los términos del artículo 92, empero, este vacío en nada desvirtúa la verdadera paternidad alegada y probada pues así quedó suficientemente demostrado la posesión notoria del estado hijo (sic) como causal suficiente para acceder a lo pretendido así como el trato social y personal dado por Héctor Gregorio Pineda Hernández a Paulina Gutiérrez. Si la probanza testimonial no fuese suficiente, y para la Sala lo es, se corrobora la relación paterno-filial con las (sic) fotografías arrimadas al plenario las que indican de manera irrefregable (sic) el extraordinario parecido de padre e hijo lo que reconocen los propios testigos de la parte demandada.

"De otra parte la prueba recaudada para desvirtuar las pretensiones, en nada contribuye a ello, dejando más bien la impresión contraria y coadyuvando a demostrar que Héctor Gregorio Gutiérrez es en verdad hijo de Gregorio Pineda Hernández".

Complementando sus reflexiones anteriores, indica por último el fallador que como la demanda fue presentada en tiempo, y la notificación extemporánea de dos de las demandadas no obedeció a negligencia del actor sino a "circunstancias ajenas a su voluntad", no puede salir avante la excepción de caducidad propuesta, imponiéndose la confirmación de la sentencia apelada y la adición del fallo en el sentido de que él "causa los efectos patrimoniales de tipo sucesoral, frente a todos los demandados...".

III. LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos se aducen contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal cuarta de casación contemplada en el artículo 368 del C. de P. C., y los dos restantes por la causal primera de la misma norma, sobre todos los cuales habrá de pronunciarse la Corte siguiendo el orden propuesto por el recurrente, porque pese a la prosperidad que ha de tener el formulado por yerro *in procedendo*, la acusación a que él se contrae sólo combate la sentencia de manera parcial.

Cargo primero

Por ésta censura se le achaca a la sentencia quebrantar el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 357 del C. de P. C.

Dice el casacionista al sustentarlo, que con el recurso de apelación se procura por quien lo interpone, que la sentencia se revoque o reforme en su beneficio, pero que eso no fue lo ocurrido en el caso de este proceso, por cuanto el fallo de primera instancia se pronunció únicamente acerca de la pretensión de filiación extramatrimonial aducida por el actor, guardando silencio en torno a la de petición de herencia, no obstante lo cual el Tribunal, al desatar la alzada interpuesta por la parte demandada, no así por la actora, quien se conformó con ese pronunciamiento al no impugnarlo, abordó ese aspecto patrimonial del *petitum*, que era asunto vedado para él, por expreso mandato del artículo 357 del C. de P. C.; de suerte que, contrariando en dicha forma ese precepto, declaró que "[Héctor Gregorio Gutiérrez tiene los derechos sucesorales que la ley le otorga respecto de la sucesión de su declarado padre, *Héctor Gregorio Pineda Hernández, debiendo por tanto, los demandados en el presente proceso restituir al demandante la parte que le corresponde junto con los frutos naturales y civiles a que haya lugar*" (del recurrente).

Pone de presente igualmente el impugnante que, en su parte motiva, la sentencia del *a quo* negó implícitamente todo lo relacionado con la petición de herencia, pues indicó la imposibilidad de dar aplicación al artículo 1321 del C. C. mientras el demandante no hubiera consolidado su estado de hijo natural. Al resolver de esa forma la apelación, continúa, el sentenciador agravó la situación jurídica de los únicos recurrentes, ya que les ordenó restituir una cuota indeterminada "del acervo sucesoral y al pago de los frutos civiles y naturales de dicha cuota cuando el juez *a quo* había negado lo relacionado con la petición de herencia y la parte demandante aceptó dicha decisión...": acción que, añade, es autónoma y no obstante haberse ejercido en forma consecuencial no está íntimamente ligada con la materia de apelación.

Pide de tal suerte el casacionista, que la Corte case la sentencia acusada, para que, en sede de instancia, decida de conformidad con lo prevenido en la ley.

Se considera

1. La competencia, que por el alzal está atribuida al sentenciador de segundo grado, no siempre es tan panorámica que le permita a éste una revisión total del thema decidendum, *sino que por virtud de las propias disposiciones que reglamentan la alzada, es a menudo restringida, tal como acontece cuando está de por medio el principio prohibitivo de la* reformatio in pejus, *consagrado por el artículo 357 del C. de P. C., según el cual "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. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".*

2. La institución procesal de la reformatio in pejus *se traduce, como lo tiene advertido la jurisprudencia de la Corte, "en un principio negativo, por cuanto le prohíbe al juez* ad quem *modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente, cuando la contraparte no ha interpuesto la apelación, ni ha adherido a dicho recurso..." y se configura mediante los requisitos siguientes:*

"a) *Vencimiento de un litigante;*

"b) *Que sólo una parte apele;*

"c) *Que el sentenciador* ad quem *haya empeorado con su decisión al único recurrente, y*

"d) *Que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella" (sent. de 23 de abril de 1981, G. J. CLXVI, pág. 408).*

3. La realidad de este proceso demuestra lo siguiente:

a) Que en la parte motiva de su fallo, el *a quo* expuso que "no se accede a lo solicitado en la demanda en cuanto al derecho alegado para intervenir en el proceso de sucesión del señor Héctor Pineda, ya que el artículo 1321 C. C. establece: 'El que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona...', pero es lógico que el demandado (sic) no podrá iniciar esta acción mientras no adquiera firmeza su grado de sucesor a título universal, razón por la cual tampoco se aprueba la excepción propuesta contra esa petición": reflexión que lo llevó a guardar silencio, en la parte resolutiva de su sentencia, en torno a la citada pretensión;

b) El Tribunal, por el contrario, una vez confirmó, en el numeral primero de la parte resolutiva de su fallo, lo decidido por el *a quo*, destinó su numeral segundo a declarar el derecho del actor a heredar a Héctor Gregorio Pineda Hernández, y la obligación de los demandados de restituir a aquél la cuota parte correspondiente, junto con sus frutos naturales y civiles.

4. Es de ver, entonces, que aun cuando el *a quo* no accedió a la excepción de cosa juzgada propuesta, es lo cierto que tampoco se pronunció en relación con la petición de herencia y, por eso, cotejadas las partes resolutivas de la sentencia de primera y segunda instancia se advierte, sin ninguna dificultad, que el Tribunal al decidir el recurso de apelación hizo más gravosa, indudablemente, la situación de los demandados apelantes, pues es claro que mientras con la decisión del *a quo* el demandante no podía exigirle a éstos la restitución de cuota sucesoral alguna, por el contrario, al abrigo del fallo de segundo grado se dispuso la restitución al demandante de la cuota parte que le corresponde en los bienes sucesorales, junto con los frutos civiles y naturales a que haya lugar.

5. Se impone, por tanto, aceptar que el sentenciador *ad quem*, al pronunciarse en los términos conocidos, reformó la sentencia del *a quo* en perjuicio de los demandados, por cuanto agravó la situación existente para ellos al momento de interponer la apelación, sin que ello tuviera íntima relación con la revocatoria del fallo del *a quo* solicitado por éstos, ni con la confirmación que en último término dedujo el Tribunal como indispensable. En las condiciones dichas, el fallo de segunda instancia quebrantó el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, lo cual permite concluir que el cargo prospera en ese específico punto, por lo que la Corte debe continuar con el estudio de los restantes.

Cargo segundo

En él se acusa la sentencia de infringir indirectamente los artículos 1º, 4º, numerales 4-5-6; 6º, 7º de la Ley 45 de 1936; 6º numerales 4-5-9, 10 de la Ley 75 de 1968; 92, 1321,

66, 398, 399 del C. C.; 176, 187, 226, 227, 228, 248, 250, 252, 254, 268, 277 y 307 del C. de P. C., como consecuencia de errores de derecho cometidos por el Tribunal al estimar las pruebas.

Señala concretamente el recurrente que en dichos yerros incurrió el sentenciador al estimar los testimonios de Jorge Arturo Díaz Córdoba, Aura María Carrillo Rojas, Alicia González Rincón, Inés Rojas Bermúdez, Jairo García Vanegas, Leonor Fayad de García, William Fayad García, Agripina Fresneda de Castro, que en lo pertinente de cada uno transcribe, error que cometió también, prosigue, al estimar las fotografías obrantes a folios 84 y 85 del cuaderno principal.

Al sustentarlo argumenta el casacionista, una vez alude al contenido de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 6º y 10 de la Ley 75 de 1968, 395, 398, 399, 401, 402, 403, y 404 del C. C., que: a) conforme a dichos textos legales, los hechos en que descansan las presunciones legales allí establecidas en orden a declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, deben estar "debidamente probados como lo exigen los artículos 176, 248 y 249 del C. de P. C., en concordancia con el artículo 66 del C. C.", condición que, continúa, no cumplen los testimonios en que se basó la sentencia del *ad quem*, pues ninguno de ellos "es exacto, responsivo y completo, que no dieron la ciencia de su dicho y que por consiguiente en su valoración se violó el artículo 187 y los numerales 2º y 3º del artículo 228 del C. de P. C. y en algunos el numeral 5º de tal norma legal"; b) habiendo nacido el actor el 13 de enero de 1948, el período en que fue concebido se ubica entre el 13 de abril y el 13 de julio de 1947, período al que ninguno de los testimonios aportados asocia la existencia de relaciones sexuales entre Paulina Gutiérrez y Héctor Gregorio Pineda Hernández, fuera de que tampoco indican "circunstancias de modo, tiempo y lugar..." en que ocurrieron las mismas; y c) que "ninguno de los testigos había de haber visto embarazada a Paulina Gutiérrez en compañía de Héctor Gregorio Pineda Hernández y dándole éste el trato personal y social..." a que alude el numeral 5 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

Puntualiza de igual manera el censor, que "no puede sostenerse que los testimonios antes examinados demuestren objetivamente hechos integrantes de la posesión notoria del estado de hijo natural del demandante", entre ellos el trato y la fama, y que tampoco demuestran que esa posesión notoria "hubiera durado cinco (5) años mínimo, porque ya como fue observado, ninguno de los testimonios indica circunstancias de modo, tiempo y lugar, no dan la ciencia de su dicho...".

Refiere de otra parte el impugnante, que al manifestar el Tribunal que las fotografías obrantes en el plenario "indican de manera *irrefragable* el extraordinario parecido de padre e hijo lo que reconocen los propios testigos de la parte demandada", dicho sentenciador "parece que... quiso crear una nueva presunción de paternidad...", pese a que las fotografías, como documentos privados que son, tienen que valorarse de acuerdo con el régimen legal pertinente.

Solicita, por tanto, el recurrente, una vez explica el concepto de la violación de las normas reseñadas al comienzo del cargo, se case la sentencia combatida para que, en instancia, la Corte absuelva a los demandados de las pretensiones del actor.

Se considera

1. En forma insistente ha precisado la Corte que en un sistema de persuasión racional como el nuestro, el error de derecho sólo tiene cabida cuando el sentenciador se equivoca en la aplicación de la normas legales que regulan la aducción, pertinencia o eficacia de la prueba, lo cual tiene lugar, entre otros supuestos, cuando estima las incorporadas al proceso sin que se hubieran observado los requisitos legales para su producción, o cuando viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las valora al estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley prohibe expresamente, o cuando requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, sustituye aquélla por otra que no tiene legalmente esa virtud.

Fijando desde ese punto de vista su criterio, ha dicho igualmente esta Corporación "que en la apreciación de la prueba testimonial a la luz de las disposiciones procedimentales hoy vigentes, el sentenciador puede cometer error de hecho o de derecho: incurrirá en el primero cuando deja ver las declaraciones testificales que si obran en los autos; cometerá el segundo, en cambio, cuando sin embargo de la apreciación correcta de los testimonios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, en la tarea valorativa de ellos infringe las normas legales que regulan su producción o eficacia. Y así, en esta última clase de yerro puede incurrir el fallador, entre otros supuestos, cuando aprecia testimonios aducidos al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando le da valor persuasivo al testimonio en los casos en que la ley no autoriza ese medio de prueba; o cuando se lo niega por estimar equivocadamente que es ineficaz para demostrar la cuestión controvertida" (sentencia de 10 de julio de 1974, no publicada).

Uno y otro yerro, esto es, el de hecho y el de derecho, están pues colocados en planos distintos, que no permiten su confusión, como quiera que el primero se refiere a la contemplación material o objetiva de la prueba, al paso que el segundo sólo es concebible en el ámbito de su contemplación jurídica. Por eso, si mediante el recurso de casación se combate la conclusión probatoria sacada por el sentenciador en consideración a que se apoyó en medios de convicción a los cuales el censor tilda de no ser responsivos, ni exactos ni completos, o a los cuales critica por no exponer la razón de la ciencia de su dicho, el reparo, por recaer sobre aspectos que tocan con la materialidad misma de la prueba, debe formularse como error de hecho y no como yerro de valoración.

A este respecto indicó la Corte en sentencia de 31 de julio de 1985 que "cuando el ataque que le lanza la censura a la sentencia del Tribunal, con fundamento en la causal primera, consiste en que el ad quem *cometió error de derecho a virtud de que se fundó en determinados testimonios que a juicio del impugnante son abstrusos, vagos y contradictorios, tal reparo no procede por yerro de valoración sino de facto.*

"Precisamente, la doctrina de la Corporación ha venido reiterando que la 'calificación que de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes o contradictorios, o, por el contrario, responsivos, exactos y completos; si concuerdan o no en el hecho y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana

crítica, etc., es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho (Cas. Civ. de 7 de mayo de 1968; 23 de julio de 1970, 22 de julio de 1975)".

"En este orden de ideas, es impropia la censura que le formula la parte recurrente a la sentencia del Tribunal en el cargo primero, sobre el aserto de que cometió error de derecho al estimar los testimonios de los dos primeros grupos, porque se resienten de ser imprecisos, contradictorios y oscuros" (no publicada).

2. Significa lo anterior, que cuando se denuncia yerro de valoración y el casacionista, al desarrollar el cargo, acude a consideraciones como las ya expuestas, el ataque así formulado se torna defectuoso, por cuanto uno y otro tipo de error son esencialmente distintos, lo que desnaturaliza el ataque, y la Corte no puede enmendar la irregularidad por impedírselo el consabido carácter dispositivo del recurso extraordinario de casación.

3. En la especie litigada es palmar que el recurrente incurrió en el defecto técnico comentado, pues aduciendo la comisión de yerro de valoración del sentenciador *ad quem* lo hizo consistir, al desarrollarlo, en defecto de contemplación objetiva de la prueba, al señalar que el sentenciador no sólo concluyó de las pruebas lo que ellas no demuestran, sino al referir, por demás, que ninguno de los testimonios en que basó aquél sus conclusiones probatorias son exactos, responsivos ni completos; fundamentaciones éstas que son inaceptables, pues conforme lo ha expresado complementariamente la Corte "no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, para, del error de hecho propuesto por punto de partida del cargo, derivar el yerro de valoración como motivo de transgresión. En el medio lo uno o lo otro, pero no esto como transformación de lo primero" (G. J. t. CVII, pág. 86); doctrina que para el presente caso guarda completa vigencia, no obstante la deducción inversa de un yerro por otro.

4. El cargo es igualmente defectuoso porque para decidir en la forma como lo hizo el Tribunal, éste argumentó complementariamente que "de otra parte la prueba recaudada para desvirtuar las pretensiones, en nada contribuye a ello, dejando más bien la impresión contraria y coadyuvando a demostrar que Héctor Gregorio Gutiérrez es en verdad hijo de Gregorio Pineda Hernández"; lo cual se traduce en que el sentenciador basó del mismo modo su pronunciamiento en los testimonios de Gustavo Arenas González, Guillermo Riveros Triviño y Darío Gómez Pardo, pruebas éstas que no fueron objeto de censura por parte de los demandados, quienes de esta manera no formularon, como era su deber, una acusación completa, y en esas condiciones la Sala está relevada de despachar el cargo en el fondo.

Sobre este particular tiene advertido la Corte que "no es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente, subsistirán las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente impróspera la acusación" (G. J. t. CXLII, pág. 146).

5. Es de ver, por último, cómo resulta ser también equivocado el calificativo de yerro de valoración dado por el recurrente a la conclusión del Tribunal atinente a que "si la probanza testimonial no fuese suficiente, y para la Sala lo es, se corrobora la relación paterno-filial con las fotografías arrimadas al plenario as que indican de manera irrefragable el extraordinario parecido de padre e hijo lo que reconocen los propios testigos de la parte demandada", pues el único desacierto del sentenciador que podría deducirse de esa consideración sería, a lo sumo, el de haber interpretado erróneamente el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, al estimar que en él se consagra también como presunción de paternidad el parecido físico entre el hijo extramatrimonial y el presunto padre, aspecto éste que no constituye, es obvio, error de valoración probatoria, como quiera que con esa conducta el Tribunal no desconoció las normas legales que gobiernan la producción, la eficacia o la conducencia de la prueba, características del yerro de valoración. Por demás, la apreciación que de los documentos fotos hizo el *ad quem*, no constituyó el puntal fundamental del fallo combatido, sino un elemento corroborante, y así no hubiese acertado en la estimación de la referida prueba, se tiene que con la que tuvo en cuenta el sentenciador y salió ilesa del ataque, la sentencia se mantiene en pie.

6. Las precitadas reflexiones se encargan, pues, de hacer notoria la improsperidad del cargo.

Cargo tercero

Por su conducto endílgasele a la sentencia el quebranto indirecto de los artículos 1º, 4º numerales 4-5-6, 6º, 7º de la Ley 45 de 1936; 6º numerales 4-5-6, 9º, 10 de la Ley 75 de 1968; 92, 1321, 66, 398, 399 del C. C.; 176, 187, 226, 227, 228, 248, 250, 253, 253, 254, 268, 277 y 307 del C. de P. C., a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

El recurrente concreta los yerros fácticos denunciados diciendo que el sentenciador desfiguró la fidelidad objetiva de los testimonios rendidos por Jorge Arturo Díaz Córdoba, Aura María Carrillo Rojas, Alicia González Rincón, Inés Rojas Bermúdez, Jairo García Vanegas, Leonor Fayad de García, William Fayad García, Agripina Fresneda de Castro, que en lo pertinente resume, y que otro tanto sucedió al contemplar el Tribunal las fotografías obrantes a folios 84 y 85 del cuaderno principal, al advertir en esas pruebas, sin denotar ellas realmente eso, que "demuestran de manera irrefragable el extraordinario parecido de padre a hijo, sin percatarse que de las mismas no se infieren las fechas en que fueron tomadas, ni los lugares respectivos y que de ellas no pueden inferirse relaciones sexuales y mucho menos elementos de posesión notoria ni se percató que son simples documentos privados que deben apreciarse de acuerdo con el régimen probatorio sobre el particular y especialmente en conformidad con las reglas de la sana crítica". Erró de hecho el Tribunal, prosigue, "al pasar por alto que en la recepción de los testimonios antes relacionados, no se dio cumplimiento a los numerales 2º y 3º del artículo 228 del C. de P. C.".

Señala el censor al sustentar el ataque que los testimonios reseñados son vagos e incompletos, y, en consonancia con esa postura, hace una síntesis de los mismos, a la que contrapone su particular opinión sobre el verdadero alcance que ellos tienen y que concreta en el sentido de que por imprecisos y vagos esos testimonios no demuestran la posesión notoria de manera irrefragable como lo exige la ley, criterio que confronta

luego el recurrente con el contenido de la sentencia, para argumentar que "se infiere que el Tribunal al fundar su decisión en los medios de prueba antes examinados, cometió un error evidente y manifiesto de hecho pues de ellos dedujo la existencia de los elementos de la posesión notoria *suponiéndolos*, porque sólo alguno de los testigos dijo que Pineda Hernández pagaba las pensiones de su hijo, sin indicar la época, y este solo hecho si fuere verdad ni integra por sí solo la posesión notoria". En este orden de ideas, el impugnante asevera más adelante que los medios de prueba no muestran a Héctor Gregorio Pineda Hernández dándole el trato de hijo a Héctor Gregorio Gutiérrez, ni que hubiera suministrado lo necesario para su subsistencia, educación y establecimiento, circunstancias que, dice, supuso el Tribunal al atribuir esas connotaciones al dicho de los testigos; que de esta prueba tampoco se infiere el lapso de 5 años que es necesario que transcurra para que se estructure la presunción de paternidad prevista en el numeral 6 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968; y que fue la desfiguración de la fidelidad objetiva de esos testimonios lo que lo llevó a sacar la conclusión errada de su fallo, cuando éstos "no son exactos, responsivos ni completos ni dan circunstancias de modo, tiempo y lugar...".

Menciona seguidamente el casacionista que tampoco se estableció en el proceso la existencia de relaciones sexuales entre Paulina Gutiérrez y el pretenso padre en el período probable de la concepción de Héctor Gregorio Gutiérrez; y que no se acreditó el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre en la época del embarazo o el parto, no obstante lo cual el Tribunal "trata de admitir" que esto último quedó establecido, suponiendo que existe prueba que así lo acredita; a todo lo cual agrega, en el resumen que hace de su acusación que si alguno de los testigos habló de relaciones sexuales, lo hizo sin situarlas en el tiempo ni en el espacio, deficiencia admitida por el Tribunal.

Puntualiza por último el impugnante, que de los retratos obrantes en la actuación no pueden inferirse, como lo hizo equivocadamente el Tribunal la existencia de relaciones sexuales entre Pineda Hernández y Paulina Gutiérrez para la época de la concepción ni tampoco el trato personal y social dado a ésta por aquél para la época del embarazo o el parto, y mucho menos pueden colegirse los elementos estructurales de la posesión notoria. De manera que atribuyendo a los yerros en mención la violación dada por el Tribunal a las normas de derecho sustancial citadas al inicio del cargo, el recurrente pide a la Corte casar la sentencia combatida, revocar la del *a quo* y absolver, en la sustitutiva, a los demandados de las pretensiones del actor.

Se considera

1. Dejóse dicho por el Tribunal en el fallo objeto de censura que "de otra parte la prueba recaudada para desvirtuar las pretensiones, en nada contribuye a ello, dejando más bien la impresión contraria y, coadyuvando a demostrar que Héctor Gregorio Gutiérrez es en verdad hijo de Gregorio Pineda Hernández"; fundamento del fallo éste que, siendo alusivo a los testimonios de Gustavo Arenas González, Guillermo Riveros Triviño y Darío Gómez Pardo, no fue atacado por los casacionistas. En estas condiciones, la acusación contenida en el cargo tercero padece la deficiencia de ser incompleta, pues la censura de las pruebas fue parcial, al marginarse esos testimonios del ataque, cuando ellos también sirvieron de apoyo a la decisión, y por cuya razón la Corte estaría relevada de entrar en el estudio de fondo de la impugnación.

2. Con todo, prescindiendo de las deficiencias anotadas, la Corporación no podría despachar favorablemente este cargo, al resolverlo de mérito, por las razones que a continuación se exponen:

a) Los juzgadores de instancia gozan de autonomía para apreciar las pruebas y, por lo mismo, sus conclusiones en este campo escapan al recurso de casación, salvo cuando incurran en error de hecho evidente, definido éste como aquél que por su magnitud o protuberancia se aprecia a primera vista, esto es, sin esfuerzo alguno, porque es producto de una conclusión probatoria ilógica o, más que eso arbitraria. Por ende, si la deducción probatoria del sentenciador es una de las alternativas que ofrecen los medios de convicción, ella no puede catalogarse de contraevidente, así hayan otras que a criterio de la censura sean más lógicas o sensatas, circunstancia que ha llevado a la doctrina de esta Corporación a manifestar en forma más gráfica que el yerro de facto se presenta cuando la evaluación probatoria propuesta por el casacionista es la única alternativa probatoria ofrecida por el proceso, pues es obvio que en este evento ella se impone como necesaria, y cualquier otro sentido que se le dé a los medios de convicción resiente la evidencia de la aducción.

b) *La posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, que fue la causal que encontró probada el Tribunal, exige para su estructuración que "el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación, 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" (artículo 6º Ley 45 de 1936); posesión que para poder ser declarada judicialmente debe haber durado cinco años continuos por lo menos (artículo 9º Ley 75 de 1968).*

Tres son, según lo ha advertido la Corte, los elementos configurativos de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, a saber: trato, fama y tiempo. El primero, se ha dicho, debe valorarse necesariamente mirando si el sedicente padre ha velado por la subsistencia del hijo, o por su educación o establecimiento, y de ahí que no se acepten como indicativos del trato conductas diferentes, si bien se ha admitido que comportamientos del presunto padre tales los de presentar al hijo como suyo o llamarlo así públicamente, pueden servir como prueba complementaria del trato, sin que ello implique, claro está, que ese proceder suple aquellas otras manifestaciones. Nótese entonces que aun cuando las últimas formas de exteriorizar el hecho carezcan de poder autónomo para producir el reconocimiento judicial del estado en comento, la prueba demostrativa de esas manifestaciones verbales de paternidad, como lo ha indicado esta Corporación, sí fortifica la convicción de que el titulado padre también proveyó a la subsistencia, educación o establecimiento de quien él llama públicamente su hijo o a quien presenta como tal. Entonces, es en este sentido que las aludidas declaraciones del sedicente padre cumplen la función de prueba complementaria del trato, y se constituyen, con las salvedades anotadas, en medios corroborantes de la paternidad.

Dentro del mismo marco de entendimiento, la Corte ha admitido como hechos corroborantes de la paternidad, por razón de posesión notoria, fenómenos propios de otras causales "que sin ser suficientes para fundar por sí solos la declaración de filiación natural, indirectamente coadyuvan 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. 1º de agosto de 1960; G. J. CXXXI, págs. 113 y 114).

El comportamiento del padre frente al hijo, valorado fundamentalmente a través de la contribución económica antedicha, se traduce pues en el elemento configurativo de la posesión notoria señalado con el nombre de "La Fama", entendida ésta como la conciencia que, en torno a la existencia de la relación familiar, despierta en los deudos, amigos y el vecindario en general el hecho de que el padre o la madre hayan velado por la subsistencia, educación o establecimiento del hijo, testigos que ante esa actitud infieren la presencia del vínculo paterno-filial. Cuando esta convicción, por efectos de trato, se prolonga por cinco años continuos, permite la declaración judicial de paternidad, por la causal en mientes.

c) La prueba respecto de los elementos estructurales de posesión notoria vistos, no puede ser exigente en extremo, de ahí la reiteración de la Corte para que se morigere el rigor interpretativo que ha de dársele a la recaudada con ese propósito, pues la Ley 75 de 1968 no se orientó a rodear de mayor solemnidad los pronunciamientos judiciales de este orden, sino a implantar un régimen según el cual es bastante que el presunto padre o madre natural no haya eludido la satisfacción de las necesidades de subsistencia, educación o establecimiento del hijo o que los haya atendido en la medida de sus posibilidades, para que pueda formarse en el ánimo del juzgador la convicción de que el vínculo unitivo no puede ser distinto al de la filiación.

En este orden de ideas ha señalado la Corporación que "no es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refiera siempre a actos posesorios que hayan durado por más de cinco años, pues en el punto, basta que sumados los períodos menores a que ellos digan relación, el total comprenda un lapso mayor y continuo de cinco años. Tampoco se exige que los testimonios fidedignos expresen, explícitamente, que la duración de la posesión fue mayor de cinco años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. Del mismo modo, no se requiere, en todos los casos, que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que, por ejemplo, al cumplir cinco años de edad el hijo que después de su nacimiento haya sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia de hechos constitutivos de posesión notoria, aunque no se haya iniciado su etapa escolar y menos de su establecimiento. Basta en el particular que el padre, según las circunstancias, no haya eludido la satisfacción de esos primordiales deberes y, antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso pueda ostentar, de tal manera que sí sirvan para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no pueda ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentado que "basta que los hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para

todo el vecindario, aunque otros no se preocuparan de averiguarlo o de saberlo, o prefieran ignorar todas esas cosas" (Cas. Civ. 26 de septiembre de 1973, CXLVII 77 y 78; y 28 de septiembre de 1978, aún no publicada).

d) Las pruebas de este proceso

Ninguna referencia hacen acerca de que Héctor Gregorio Pineda Hernández hubiera proveído al establecimiento de Héctor Gregorio Gutiérrez, pero sí en cuanto a la subsistencia y principalmente a la educación suya, aspecto este último en relación con el cual hay medios demostrativos de que aquél sufragó matrículas y pensiones en beneficio de quien pretende la filiación.

En efecto, manifestando porqué lo sabe, pues refiere que conoció a Héctor Gregorio Gutiérrez en 1960 cuando éste era estudiante del Colegio Ricaurte de Fusagasugá, en donde él era profesor, el declarante Jorge Arturo Díaz Córdoba manifiesta que Pineda Hernández se mantenía pendiente del rendimiento de su mencionado hijo y que "era quien hacía las veces de acudiente y representante de su hijo Héctor Gutiérrez, pues el señor Pineda era el que sufragaba los gastos de la pensión y matrículas" (folio 151 C. 1). Alicia González Rincón manifiesta sobre el mismo particular, luego de señalar que era amiga de Paulina hacía muchos años y de haber conocido a Pineda Hernández cuando llegó a Fusagasugá como fotógrafo, época para la cual se instaló, dice, en la avenida Las Palmas, "en una casa vieja que tumbaron, inclusive en el piso bajo había un restaurante y yo iba a comer allá y ahí comían ellos...", que le consta cómo el citado señor pagaba el colegio de Héctor Gregorio Gutiérrez, agregando que, dada la amistad con él, aquél le contaba lo que le compraba a su hijo (folio 190 C. 1). En igual sentido declara Leonor Fayad de García, una vez pone de presente las circunstancias en que conoció a Paulina y a Pineda, pues anota "me consta también que cuando yo tuve la galería Real donde es el Coquet y enseguida tenía Héctor el almacén de él y allá iba el chino el hijo Héctor por pensiones le estaba dando constantemente plata para las pensiones, el chino estudiaba en el Colegio Departamental..." (folio 207 C. 1). Finalmente, William Fayad García también hace referencia a este tópico, al expresar, luego de poner de presente porqué lo sabe, que en 1968 tuvieron un club juvenil en Fusagasugá del cual era integrante Héctor Gutiérrez y en varias oportunidades lo acompañó "a pedirle plata al señor Pineda", teniendo "entendido que el señor Héctor Pineda le colaboraba en los gastos de estudio y de sustento al señor Héctor Gutiérrez, que él me dijera no pero sí me daba cuenta que él sufragaba los gastos de Héctor Gutiérrez" (folio 249 C. 1).

Denotan esas pruebas, que la ayuda educativa de Pineda a Gutiérrez para matrícula y pensión de estudio, se proporcionaba en 1960, cuando el último era alumno del Colegio Ricaurte de Fusagasugá, que siguió brindándose al continuar éste sus estudios en el Colegio Departamental del mismo lugar, y que para el año de 1968, cuando ya Gutiérrez formaba parte de un club juvenil, aún acudía a Pineda Hernández por gastos de estudio y de sustento. Esos testimonios, es evidente, expresan cómo, cuándo y porqué los declarantes conocieron los hechos que relatan, y aun cuando no demuestran, es cierto, que la ayuda en esos términos proporcionada por Pineda a Gutiérrez hubiera sido continua durante el quinquenio requerido en la ley como condición de la declaración de filiación perseguida, es lo cierto que en la dilucidación de ese interrogante juega papel preponderante el documento visible al folio 5 del cuaderno principal del expediente,

según el cual el Rector y la Secretaria del Colegio Francisco José de Caldas de Fusagasugá hacen constar que Héctor Gregorio Gutiérrez cursó en ese plantel "el año IV... de Educación Media en 1967 y estudió desde 1962

"Que las matrículas y pensiones (sic) fueron canceladas por el señor Héctor Gregorio Pineda Hernández...".

El contenido de esta última prueba, no tachada de falsa por los demandados, y su obligada correlación con los testimonios ya relacionados, exterioriza que Pineda proveyó a la educación de Gutiérrez durante los años 1960 en el Colegio Ricaurte, y entre los años 1962 a 1967 inclusive, en el Colegio Francisco José de Caldas, colaboración que consistió en el pago de matrículas y pensiones.

Adicionalmente, es de ver que, como lo narra el testigo Jorge Arturo Díaz Córdoba, desde el año 1955 Pineda Hernández visitaba la casa de Paulina Gutiérrez "donde él figuró o lo conocí como jefe del hogar incluso hasta el año de 1970 donde por casualidad fui vecino de la señora Paulina y el señor Héctor Gregorio Pineda Hernández"; que éste en todos los actos que tuvo oportunidad de presenciar el testigo "tanto en la época escolar como en la última época de la vida social..." siempre lo presentaba ante sus amigos como su hijo; que Aura María Carrillo Rojas declara (folio 183 C. 1), indicando por qué lo sabe, que Pineda entraba a la casa donde vivía Paulina "por las tardes y salía por las mañanas"; que Alicia González Rincón (folio 189 C. 1) refiere que Pineda antes de casarse convivió con Paulina Gutiérrez en varias partes de Fusagasugá, y que al conocerse en horas de la madrugada el fallecimiento de ésta (ocurrido en el Hospital Militar de Bogotá, se agrega) "inmediatamente llamamos a la casa de Pineda y él inmediatamente llegó a la casa donde vivía Paulina y entonces él me dijo a mí personalmente... yo voy a costearle todos los gastos del funeral... porque es lo último que le voy a dar y a las cinco de la mañana fuimos a la funeraria del señor Hernando Moya y allá Pineda mismo escogió el ataúd y arreglaron los gastos de los funerales".

Con el mismo valor de prueba corroborante obra en los autos el dicho de Inés Rojas Bermúdez, quien explica que conoció a Pineda por ser fotógrafo y a Paulina porque como modista le cosía; que entre ellos existieron relaciones sexuales notorias "porque yo me daba cuenta que Héctor Pineda visitaba a Paulina a la casa donde ella vivía primero fue por allá al lado del Bolivariano y luego por aquí abajo y además yo tenía amistad con ellos y me contaban..."; y que en su presencia Pineda presentó siempre a Gutiérrez como su hijo, aun cuando, añade, no le consta si le daba o no lo necesario. Leonor Fayad de García, quien acudía a los servicios de costura de Paulina, también explica que en varias ocasiones que fue a la casa de ésta encontró allí a Pineda (folio 207 C. 1); y William Fayad García expone, al margen de sus declaraciones ya comentadas en torno al club juvenil de Fusagasugá, que en varias oportunidades acompañó a Héctor Gregorio Gutiérrez al almacén Foto Fénix de su padre "para que nos prestara equipo de sonido para eventos que realizábamos en el club, y el trato por parte del señor Héctor Pineda hacia Héctor y viceversa era el trato de padre a hijo pues Héctor le decía papá y el señor Pineda le decía hijo", añadiendo a lo ya comentado que "en casa de mi madre donde tenía la sede el Club La Juvenil La Fogata, en varias oportunidades que realizábamos reuniones con los padres de familia el señor Héctor Pineda se hacía presente en compañía del señor Héctor Gutiérrez, y departían como padre e hijo" (folio 246 C. 1).

e) Delante del cuadro probatorio puesto de presente y efectuada la necesaria labor de parangón que es preciso realizar entre él la conclusión a que llegó en ese terreno el Tribunal para determinar si tuvo lugar el yerro fáctico objeto de censura en el cargo tercero, francamente se tendría que afirmar que el estado de posesión notoria de hijo hallado por dicho sentenciador respecto de Héctor Gregorio Gutiérrez y con relación a Héctor Gregorio Pineda Hernández, no es una deducción que contraríe abiertamente la realidad probatoria del proceso, sino que, por el contrario, ella se acomoda a las alternativas lógicas de ese acervo, lo que no pierde vigencia inclusive frente a las restantes pruebas de la actuación, llamadas de igual forma a tomar partido en este litigio bajo la óptica panorámica del artículo 187 del C. de P. C., consideraciones todas ellas frente a las cuales se impone concluir que el *ad quem* no cometió el error de apreciación a él atribuido en la censura.

El cargo es, pues por fuerza de lo notado, impróspero.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

Por cuanto el cargo primero es próspero sólo de manera parcial, en vista de que el Tribunal, violando el principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, reconoció al actor derechos patrimoniales en la sucesión de su padre, derechos sobre los que no impartió condena el *a quo*, la Corte casará la sentencia recurrida por la parte demandada, para, en su lugar, confirmar la de primera instancia.

RESOLUCION

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de 13 de mayo de 1992, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, y actuando como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá, el 13 de agosto de 1991.

2. Se condena a la parte demandante a pagar las costas de segunda instancia.

3. Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Congruencia

La disonancia de la sentencia con los extremos del litigio entraña un yerro *in procedendo*, el cual puede asumir tres modalidades diferentes, a saber: a) Otorgar más de lo pedido, caso en el que la sentencia es excesiva; b) pronunciarse sobre pretensiones no formuladas por el demandante; y c) dejar de decidir sobre alguna de las pretensiones o sobre las excepciones, que hacen el proveimiento diminuto. / Es vano el cargo por inconsonancia cuando, aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia.

Error de Hecho

El yerro fáctico, para que tenga entidad en casación y pueda, por ende, ocasionar la rotura de un fallo, tiene que ser manifiesto, particularidad que alcanza, cuando es tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso.

Acción Reivindicatoria / Bien Inmueble / Deslinde y Amojonamiento

Para determinar y encontrar en los procesos reivindicatorios la identidad del predio, cuya restitución se pide, no es de rigor que exista una absoluta coincidencia de linderos entre los títulos y el bien pretendido, porque bien pueden variar con el correr de los tiempos, por segregaciones, variaciones en nomenclatura y calles, mutación de colindantes, etc. No es posible, confundir el deslinde y amojonamiento con la reivindicación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., 25 de noviembre de 1993.

Referencia: Expediente número 3665.

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

de Cundinamarca, en este proceso ordinario promovido por Luis Carlos Barrero Carvajal frente a Miguel Arturo Flórez.

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda repartida al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, Departamento de Cundinamarca, Luis Carlos Barrero Carvajal solicita que con audiencia de Miguel Arturo Flórez, se hagan las declaraciones siguientes:

a) El demandante es dueño de la casa lote situada en la calle 5ª Nº 9 27 38 de la Cabecera Municipal de Tocaima, alindada: "por el norte y oriente, con casa de propiedad de... Luis Carlos Barrero Carvajal, por el sur, con la calle 5ª; y por el occidente, con casa y solar de Ana Delia Cruz de Torres, casa y solar que hace parte de mayor (sic) extensión del bien catastrado (sic) bajo el número 01-0-057-021 del Catastro de Tocaima y comprendido el globo general por los siguientes linderos: 'Por el noreste, con la carrera 9ª, en longitud de catorce metros (14 mts.), veinticinco centímetros (25 cms.), por el sureste, con propiedad de Ana Delia Cruz de Torres con longitud de doce metros (12 mts.), veinte centímetros (20 cms.) al sureste con la calle 5ª del Municipio de Tocaima en extensión de treinta y ocho metros (38 mts.), ochenta centímetros (80 cms.), y por el noreste, en extensión de cuarenta y dos metros (42 mts.), cincuenta centímetros (50 cms.) con el inmueble de Luis Carlos Barrero'".

b) Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al demandado restituya al actor el "inmueble determinado en el pedimento anterior", junto con sus mejoras y frutos, desde el 2 de mayo de 1966 hasta cuando se verifique la entrega, para lo cual pide que se tenga al demandado como poseedor de mala fe.

c) Se condene al demandado Miguel Arturo Flórez al pago de la renta del inmueble aludido "a razón de mil pesos mensuales... a partir del doce de mayo de 1966" hasta cuando se verifique la entrega; lo mismo que al pago de las costas del proceso.

2. Las pretensiones que se dejan dichas tienen por fundamento los hechos que seguidamente se relatan:

a) Mediante Escritura Pública 579 de 6 de octubre de 1976, otorgada en la Notaría de Tocaima, y registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de Girardot el 29 de octubre de 1976, el actor Luis Carlos Barrero Carvajal compró a Eulogia Carvajal viuda de Barrero, "el bien determinado en el punto primero, del cual hace parte el que es materia de la reivindicación", quien lo hubo por adjudicación en la partición de Aniceto Barrero, aprobada por sentencia del Juzgado 2º Civil del Circuito de Girardot, registrada en la misma Oficina de Instrumentos Públicos, el 23 de agosto de 1974.

b) Aniceto Barrero adquirió a su turno el citado bien, por compra que de él hizo a Ana Ceferina Torres Rubio mediante Escritura 742 de julio de 1945, otorgada en la Notaría de Girardot y registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de Girardot. Además obtuvo la declaración judicial de pertenencia sobre el "mismo bien, del que hace parte el reivindicable", en sentencia de 16 de enero de 1958, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Girardot y registrada el 17 de junio de 1958 en la Oficina de Instrumentos Públicos ya señalada.

c) Aniceto Barrero dio en arrendamiento al demandado Miguel Arturo Flórez "el bien, determinado específicamente, en la parte primera del primer pedimento, que hace parte del de mayor extensión determinado en el mismo pedimento", mediante el pago de una renta, que compensaba el arrendatario con el valor de honorarios que a su turno cobraba al arrendador por concepto de trabajos que le hacía, "dándoselas de Abogado", tal como se deduce del comprobante suscrito por ambas partes el 2 de mayo de 1966, en cuyo reverso hizo constar el arrendatario de su puño y letra que dejaba pagados los arrendamientos "hasta el 31 de julio de 1966", no obstante que éste "niega haber sido inquilino de Aniceto Barrero, como se demuestra con el requerimiento hecho por la señora Eulogia Carvajal viuda de Barrero, antigua propietaria del bien materia de la *reivindicación*, por consiguiente, está debiendo los arrendamientos desde dicha fecha en adelante, hasta cuando verifique la entrega y pago".

d) Al absolver posiciones a instancia de Eulogia Carvajal viuda de Barrero ante el Juzgado Municipal de Tocaima, el demandado Miguel Arturo Flórez manifestó el 6 de septiembre de 1976, que al ser informado por aquélla "que la casa había sido adjudicada en la sucesión de Aniceto Barrero y que como le ofrecieran (sic) venta había celebrado el negocio por $150.000 y que ese mismo día había él entregado a la vendedora la suma de $50.000 y que los $95.000 (sic) restantes los pagaría él tan pronto como el Banco Central Hipotecario de Girardot le hiciera un préstamo por igual suma..."; agregando que no obstante "el negocio no se había podido celebrar, por cuanto, dicha señora, no había podido comprobar ante la autoridad que era la dueña del inmueble que le vendía, y que, por consiguiente, ella le había incumplido el negocio celebrado".

e) El demandado Miguel Arturo Flórez no pagó suma alguna a Eulogia Carvajal viuda de Barrero por la aludida negociación, y a más de eso, valiéndose de Juan de Dios Ospina, comunicó a ésta, con posterioridad a la absolución de posiciones, estar "dispuesto a comprarle dicho bien".

3. El demandante reformó la demanda para suprimir de ella la súplica tercera, relativa a la condena al pago de arrendamientos pedida contra el demandado, indicando que ella "está involucrada en el pedimento segundo al hablar de los frutos civiles del bien reivindicado..." (folios 19 y 41, C. 1).

4. El demandado contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones iniciales del actor, pues adujo que de la reforma no se le corrió el correspondiente traslado (folios 47 y ss., C. 1), y manifestando respecto de los hechos, que el bien adjudicado en sucesión a Eulogia Carvajal de Barrero "no contempla el inmueble materia de la *litis*", esto es, que él no constituyó parte de los bienes relictos, tanto que no fue secuestrado dentro del proceso de sucesión de Aniceto Barrero; que en ningún momento él recibió en arrendamiento la casa distinguida con los números 9-26; 9-28 y 9-38 de la calle 5ª; que los arrendamientos pagados por él a Aniceto Barrero, según la constancia aducida por el actor, correspondieron al apartamento número 9-22 de la calle 5ª, arrendado a su esposa Oliva Loaiza de Flórez; que siempre se ha considerado dueño y señor "del inmueble objeto de la *litis*", sin haber pagado nunca arrendamiento por él, usufructuándolo a su antojo e introduciéndole mejoras por él descritas; que sí entregó a Eulogia Carvajal viuda de Barrera, por concepto de la promesa de compraventa que con ella suscribió, la suma de dinero que ella dice haber recibido en el documento

remitido al Banco Central Hipotecario, de lo que ella debe responder, lo mismo que por el incumplimiento de ese contrato; y que ha poseído el bien por más de 17 años, sin interrupción. Por lo dicho, el demandado propuso la excepción que denominó "carencia de acción y derecho para demandar".

5. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, quien asumió el conocimiento del proceso por impedimento del Juez 2º Civil del Circuito del mismo lugar (folio 56 C. 1), le puso término a la primera instancia por sentencia de 5 de julio de 1990, en la cual hizo los pronunciamientos siguientes:

"Primero. *Negar* las excepciones perentorias formuladas por el demandado.

"Segundo. *Declarar* que pertenece al demandante Luis Carlos Barrero Carvajal el bien inmueble ubicado en la Calle 5ª Nº 9-27/38 del Municipio de Tocaima, jurisdicción de este circuito, predio que hace parte de otro de mayor extensión debidamente identificado en el *petitum*.

"Tercero. *Condenar* al demandado Miguel Arturo Flórez a restituir al demandante, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el bien inmueble cuya reivindicación se impetra y debidamente alinderado en la demanda.

"Cuarto. *Condenar* al demandante, Luis Carlos Barrero Carvajal, a pagar al demandado, Miguel Arturo Flórez, la suma de doscientos veinticuatro mil pesos ($224.000.00) moneda corriente, valor de las mejoras útiles plantadas por el último de los nombrados en el inmueble cuya restitución se ordena.

"Quinto. *Condenar* al demandado, Miguel Arturo Flórez, a pagar al demandante, Luis Carlos Barrero Carvajal, la suma de doscientos veintinueve mil doscientos pesos ($229.200.00) moneda corriente, por concepto de los frutos dejados de percibir por el segundo de los nombrados desde la fecha de notificación de la demanda hasta el treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y uno (1981).

"Parágrafo. Disponer que el valor de los frutos civiles se actualicen desde la fecha antes citada hasta cuando se efectúe la entrega real y material del inmueble al demandante para lo cual se seguirá el trámite señalado en los artículos 307 y 308 del C. de P. C.

"Sexto. *Condenar* en costas del proceso al demandado. Tásense".

6. Contra lo así decidido interpuso recurso de apelación el demandado, que desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca mediante sentencia de 6 de marzo de 1991, confirmando la del *a quo*, e imponiendo costas de las dos instancias al demandado.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Narrados los antecedentes del litigio y luego de advertir que el proceso es formalmente apto para recibir sentencia de mérito, el Tribunal manifiesta, una vez pone de presente los requisitos axiológicos de la acción reivindicatoria o de dominio, que el actor tiene la propiedad del inmueble perseguido por haberla adquirido de Eulogia Carvajal viuda de Barrero, por Escritura 579 de 6 de octubre de 1976, otorgada en la

Notaría Única de Tocaima: que el demandado confesó al contestar la demanda y en el interrogatorio de parte absuelto en el proceso, ser el poseedor del inmueble objeto de reivindicación; y que en la inspección judicial el *a quo* "determinó con absoluta precisión que el bien poseído por el demandado... era el mismo que está reclamando en reivindicación el demandante", aseveración en cuyo respaldo transcribe las propias manifestaciones de ese sentenciador, visibles al folio 104 del cuaderno 1.

Sobre el mismo aspecto de la identidad del inmueble solicitado en reivindicación, el Tribunal puntualiza que en el propio dictamen de los peritos estos "fueron muy concretos al asegurar que el inmueble reclamado es el mismo que posee el demandado y que fue el inmueble singularizado, determinado, en la inspección judicial (folio 195 del cuaderno 1)"; a todo lo cual agrega que "en el mismo experticio se afirmó que el inmueble reclamado se encontraba singularizado plenamente, como cosa susceptible de reivindicar; este aspecto también se corrobora cotejando la descripción hecha en la demanda con la especificación verificada por el juez que adelantó la inspección judicial. Observa la Sala que el peritaje en mención, tuvo contra sí una manifestación objetándolo, que se tuvo por no presentado, al no haberse cumplido con la carga procesal pertinente a quien objeta, de manera que finalmente se tiene y se tuvo por no objetado".

Enfatizando sobre el mismo particular, observa a continuación el *ad quem* "que el dispositivo legal que regula el deber impuesto a los demandantes para individualizar los inmuebles, no trae aspectos excluyentes. Es decir, para identificar una heredad, sirven la nomenclatura, la dimensión o cabida superficiaria, los linderos con sus medios, su ubicación y algo muy importante con lo cual se sigue manteniendo la vigencia del principio rector en cuanto a la apreciación de las pruebas: el de la libre apreciación, con íntima convicción sobre la realidad de los hechos debatidos: es la valoración de toda otra circunstancia que sirva para concluir que el predio de que se trata, no se confunde con otro del vecino, por ejemplo, para los efectos de las restituciones cuando a éstos hay lugar...".

Concluye de esta suerte el sentenciador que en la tarea de identificar un bien "no pueden las partes, ni el juez, regodearse de sofisterías, aduciendo que el predio no es ese porque siendo urbano carece de nomenclatura en el momento de inspeccionarlo, o que uno de los linderos no coincide, o que falta un lindero general, etc.; lo que interesa es que haya convicción acerca de que se trata del bien objeto material de las pretensiones. Aquí, no sólo tenemos los medios de prueba valorados por el sentenciador, atrás aludidos. El hecho de que allí, en el inmueble inspeccionado, se encontrara el demandado contra el cual se impetra la reivindicación, constituye un hecho trascendente para concluir que se estuvo en el inmueble pretendido". Advierte de este modo el Tribunal, la concordancia existente entre el bien poseído por el demandado y el pretendido por el demandante, al que le da el carácter de cosa singular reivindicable.

Volviendo sobre la posesión del demandado, el sentenciador manifiesta que aun cuando de su propio dicho se desprende que ella comenzó en 1966, es de ver que la cadena de títulos de propiedad que vinculan al actor se remontan al año 1945, cuando el padre del reivindicante adquirió el bien de Ceferina Torres Rubio, mediante Escritura 542 de 3 de julio de ese año, fecha a partir de la cual hace la relación de los que antecedieron al del actor, para concluir que el derecho de este es anterior al del

demandado, referido a un predio mayor del que hace parte el poseído por este último, circunstancia que sólo en apariencia, dice, descarta la necesaria identidad exigible para la reivindicación.

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal inicial de casación contemplada por el artículo 368 del C. de P. C., y el restante por la causal segunda de la misma norma, los cuales estudiará la Corte en el orden lógico que corresponde (artículo 375 C. de P. C.).

Cargo segundo

Acúsase en él la sentencia de ser incongruente entre lo pedido por el actor y lo resuelto por ella.

Sustenta esta acusación el recurrente, diciendo que, para resolver como lo hizo, el Tribunal tuvo en cuenta únicamente la demanda inicial, no su corrección y que, por ende, la sentencia debió estar en consonancia con los "hechos y pretensiones" de ese libelo inicial, lo que no aconteció, pues "hizo caso omiso del hecho cuarto de la demanda", fundamento de la pretensión tercera, atinente a "que se condene al demandado... al pago de los arrendamientos del inmueble a razón de $1.000 mensuales a partir del 12 de mayo de 1979 hasta cuando se realice la entrega o el pago de los mismos según el avalúo", y en esta forma el fallo dejó de "decidir sobre un punto o hecho y petición que es objeto de litigio" yerro que de no haberse cometido, agrega, "habría cambiado el sentido del fallo".

Solicita, por tanto, el recurrente "casar la sentencia impugnada y en la sentencia sustitutiva revocar la de primer grado".

Se considera

1. El principio de la congruencia de los fallos está contenido en el artículo 305 del C. de P. C., según el cual "la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

Para restablecer la simetría del fallo, el artículo 368, numeral 2º del C. de P. C. establece como causal de casación "...2. 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".

Los aspectos de la controversia que se dejan dichos demarcan, pues, los límites de la actividad jurisdiccional en que se puede mover el juzgador, pues le señalan la pauta precisa y obligada por la que debe enrutar su decisión. Por lo mismo, la disonancia de la sentencia con los extremos del litigio entraña un yerro in procedendo, *el cual puede asumir tres modalidades diferentes, a saber: a) Otorgar más de lo pedido, caso en el que la sentencia es excesiva; b) pronunciarse sobre pretensiones no formuladas por el demandante; y c) dejar de decidir sobre alguna de las pretensiones o sobre las excepciones, que hacen el proveimiento diminuto.*

2. El fenómeno de la incongruencia del fallo debe establecerse entonces mediante el proceso comparativo entre lo pedido por las partes y lo resuelto por el juez, labor de parangón que al ser desarrollada en este proceso, no arroja como resultado el ejercicio de actividad jurisdiccional defectuosa por parte del Tribunal, configurativa del citado vicio de procedimiento.

En efecto, si en virtud de la reforma de la demanda inicial, el actor prescindió de la pretensión tercera del libelo, atinente a "que se condene al demandado... al pago de los arrendamientos del inmueble a razón de $1.000 mensuales a partir del 12 de mayo de 1979...", y, en efecto, la sentencia guardó silencio en torno a esa petición, lo así decidido lejos de apartarse de los extremos del litigio, resulta en armonía con éstos, descartándose así el yerro comentado, pues dada la presunción de acierto con que llegan amparados los fallos al recurso de casación, es pertinente entender que el juzgador tuvo en cuenta las reformas o adiciones introducidas legalmente a la demanda por el actor, lo que obliga concluir que no desbordó los límites de su actividad.

3. Es de ver, por último, que aún en el evento de haberse incurrido en un fallo incongruente, como el efecto nocivo o perjudicial del pronunciamiento dubitado recayó contra la parte solicitante de la correspondiente pretensión, en este caso la actora, ella y no la demandada cual aquí sucede, sería la legitimada para alegar esta causal de casación, en el bien entendido supuesto de que es a ella a quien se le dejó de resolver una petición.

Sobre el particular ha expuesto esta Corporación: que "es vano el cargo por inconsonancia cuando, aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoco la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia (G. J. CXLVIII, pág. 207).

El cargo, por lo dicho, no está llamado a abrirse paso.

Cargo primero

Mediante éste se le atribuye a la sentencia la violación indirecta de los artículos 369, 365, 740, inciso 1°, 756, 946, 950, 957, 961, 962, 966 del C. C., 258 y 264 del C. de P. C., a consecuencia de yerros fácticos cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

Al sustentarlo, señala concretamente el recurrente que el sentenciador apreció erróneamente los siguientes medios de convicción: a) La cláusula primera de la Escritura 579, en virtud de la cual Eulogia Carvajal viuda de Barrero enajenó a su hijo Luis Carlos Barrero Carvajal el bien allí indicado; b) la hijuela correspondiente a la citada vendedora en la sucesión de Aniceto Barrero, protocolizada en la Escritura 640; c) la cláusula primera de la Escritura 542, instrumento a través del cual Ana Ceferina Torres Rubio vendió el inmueble en él identificado a Aniceto Barrero; d) la providencia de 6 de enero de 1958, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Girardot en el proceso sucesorio de Aniceto Barrero, protocolizada por la Escritura 640; e) la sentencia de 16 de enero de 1958, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Girardot en el proceso de pertenencia promovido por Aniceto Barrero, protocolizada por Escritura 516; f) el certificado de la Oficina de Instrumentos Públicos de Girardot, obrante al folio 2 del cuaderno principal; g) la inspección judicial visible al folio 103 del cuaderno principal;

el dictamen pericial; y el interrogatorio de parte absuelto por el demandado Miguel Arturo Flórez; pruebas todas éstas de las que, reitera, concluyó desacertadamente el Tribunal que el inmueble objeto de reivindicación y descrito en la pretensión primera de la demanda, es idéntico al que ellas describen.

Contrario a la aseveración del Tribunal, que no encuentra duda en el derecho de propiedad del actor, el casacionista manifiesta que al confrontarse la demanda con los distintos medios probatorios ya indicados, no existe el menor indicio demostrativo de la propiedad del demandante, que lo habilite para el ejercicio de esta acción de dominio, por lo que fue el yerro apreciativo preindicado la determinante para que, en el fallo proferido, el sentenciador accediera a la acción de dominio del actor, violando normas de derecho sustancial señalada en el inicio del cargo.

Solicita, pues, el casacionista "casar la sentencia impugnada y en la sentencia sustitutiva revocar la de primer grado".

Se considera

1. Dada la autonomía del juzgador de instancia al desarrollar la labor apreciativa de las pruebas, debe decirse que el yerro fáctico, para que tenga entidad en casación y pueda, por ende, ocasionar la rotura de un fallo, tiene que ser manifiesto, particularidad que alcanza, al decir de la jurisprudencia de la Corte, cuando es "tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso. No es, por lo tanto, error de un fallo aquél a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento..." (G. J. LXXVII, pág. 972).

Por consiguiente, cuando el fallo no se sitúa ostensiblemente por fuera de lo razonable, o si no es abiertamente contradictorio o arbitrario frente al elenco probatorio, la decisión no puede ser modificada mediante este recurso extraordinario, pues como con suficiencia lo tiene explicado la Corte "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... La Corte cuando actúa como Tribunal de casación sólo puede entender en 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 demuestre la comisión de error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos... De modo pues que las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o contradigan la realidad procesal, se imponen a la Corte. Tal la razón para que la doctrina jurisprudencial haya dicho reiteradamente que para que los juicios del sentenciador de instancia no admitan censura en casación, basta que no degeneren en arbitrariedad por no situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios probatorios más profundo y sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica o de la misma Corte" (sentencias de 17 de junio de 1954, G. J. t. 107, pág. 288; 21 de marzo de 1980; 21 de junio de 1984; y 6 de julio de 1987, G. J. CLXXXVIII, pág. 56).

2. También conviene poner de presente, para el despacho del cargo, que para determinar y encontrar en los procesos reivindicatorios la identidad del predio, cuya

restitución se pide, no es de rigor que exista una absoluta coincidencia de linderos entre los títulos y el bien pretendido, porque bien pueden variar con el correr de los tiempos, por segregaciones, variaciones en nomenclatura y calles, mutación de colindantes, etc. Precisamente la Corte en el punto ha sostenido que "queda en abrigo de cualquier duda que para hallar la identidad del fundo reivindicado no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno; o que la medición acuse exactamente la superficie que los títulos declaran; o que haya coincidencia matemática en todos y cada uno de los pormenores por examinar. Basta que razonablemente se trate del mismo predio con sus características fundamentales. No es posible, en efecto, confundir el deslinde y amojonamiento con la reivindicación" (Cas. Civ. de 11 de junio de 1965, CXI, pág. 155).

3. Aplicando el criterio jurisprudencial anterior a este litigio, se hace imperioso descartar el yerro que con las características vistas le atribuye el censor a la sentencia del Tribunal, por las siguientes razones:

a) Aun cuando el inmueble a que aluden las Escrituras 542 de 3 de julio de 1945 y 516 de 21 de agosto de 1958, de las Notarías Única de Girardot y Tocaima, respectivamente (folios 26 a 34, C. 1), está identificado por linderos diferentes a los que asigna la demanda al bien objeto de la pretensión reivindicatoria, es pertinente observar que en ésta se delimita dicho bien del inmueble de mayor extensión del cual forma parte, indicándose allí respecto de este último, es decir, del globo mayor, que linda "por el noreste, con la carrera 9ª... por el sureste, con propiedad de Ana Delia Cruz de Torres... al sureste (sic) con calle 5ª... y por el noreste... con el inmueble de Luis Carlos Barrero". Estos linderos, es necesario destacarlo, coinciden con los del bien adjudicado a Eulogia Carvajal de Barrero en la partida primera de la sucesión de Aniceto Barrero, protocolizada en la Escritura 640 de 20 de noviembre de 1974 (folio 36, C. 1), otorgada en la Notaría de Tocaima; y a su turno son idénticos a los que individualizan el predio dado en venta por Eulogia Carvajal de Barrero a su hijo, el actor Luis Carlos Barrero Carvajal, mediante la Escritura 579 de 6 de octubre de 1976, de la Notaría de Tocaima (folios 20 a 24, C. 1). Ello explica el por qué en el certificado de la Oficina de Instrumentos Públicos visible al folio 2 del cuaderno principal del expediente, aparece registrado el citado inmueble con esos mismos linderos, los que se describen en la demanda respecto del globo mayor, contentivo del que es objeto de reivindicación, y al mismo tiempo informa la razón para que en ese documento aparezca el demandante como titular de derecho de dominio sobre el predio mayor.

b) Obsérvase de otra parte, cómo en la Escritura 640 de 20 de noviembre de 1974, ya aludida, se menciona que el bien adjudicado sucesoralmente a Eulogia Carvajal de Barrero, "fue adquirido por el causante Aniceto Barrero, dentro del juicio de pertenencia que se tramitó ante el señor Juez Civil del Circuito de Girardot, cuya sentencia se profirió el día 16 de enero de 1958...". Es de ver, igualmente, que la aludida sentencia se protocolizó mediante Escritura 516 de 21 de agosto de 1958, corrida en la Notaría de Tocaima (folio 26, C. 1), circunstancia que da pie para reflexionar en torno a que, pese a la no coincidencia existente entre los linderos de los bienes descritos en este título y en el 640 de 20 de noviembre de 1974, se trata de un mismo inmueble, cual se desprende también del certificado de la correspondiente Oficina de Instrumentos Públicos (folio 2, C. 1), que menciona la sentencia de prescripción del Juzgado Civil del Circuito de

Girardot de 16 de enero de 1958 entre los complementos de la tradición del inmueble en cabeza del demandante Luis Carlos Barrero Carvajal.

c) Según la Escritura 516 de 21 de agosto de 1958, con la que se protocolizó la sucesión de Aniceto Barrero, éste adquirió lo que fue materia de la declaración de pertenencia, "por medio de la Escritura Pública 542 de 3 de junio de 1945, otorgada ante el señor Notario del Circuito de Girardot...", aseveración de la que no es descabellado o ilógico concluir que, no obstante a la desarmonía de linderos registrada entre los bienes delimitados en esta Escritura y la 640 de 20 de noviembre de 1974, protocolizadora esta última de la sucesión de Aniceto Barrero, en una y otra se trata del mismo bien asignado sucesoralmente a Eulogia Carvajal de Barrero, enajenado posteriormente por ésta al demandante de este proceso, por Escritura 579 de 6 de octubre de 1976, tal como lo corrobora el certificado de registro visible al folio 2 del cuaderno principal, en el aparte correspondiente al complemento de la tradición.

d) Por lo mismo, no es arbitrario concluir que el último título en mención se halla ligado a la Escritura 579 de 6 de octubre de 1976, en virtud de la cual Luis Carlos Barrero Carvajal adquirió el dominio de la citada propiedad, y, por ende, tampoco es absurdo colegir que, si bien el inmueble perseguido con la acción reivindicatoria no admite identidad con el que se describe a lo largo de la nombrada titulación, es igualmente destacable como el inmueble de mayor extensión del cual aquél forma parte, si tiene perfiles comunes con los que le sirven de parangón y, por lo consiguiente, no es abiertamente ilogico deducir que la pretensión de dominio no recae sobre una porción aislada del predio sujeto a la cadena transmisora, sino que es, por el contrario, según el material probatorio de que se habla, parte integrante de la misma.

e) En la inspección judicial practicada por el *a quo* (folios 103 y 104, C. 1) se dejó dicho que el "Juzgado constata que el inmueble relacionado en el primer punto de las peticiones del libelo coincide por sus linderos con el inmueble que identificamos en esta Diligencia y que es el mismo que hoy encontramos ocupado por el señor Miguel Arturo Flórez y su familia". En igual forma, los peritos dictaminaron (folio 194 vto. del C. 1), señalando como linderos del inmueble en poder del demandado Miguel Arturo Flórez, los mismos que en la demanda corresponden al inmueble a reivindicar, es decir, a la porción menor integrante de la mayor extensión, delimitada en forma similar al predio relacionado en la Escritura 640 de 20 de noviembre de 1974.

f) La cadena de títulos ya mencionada, permite, ver, aún más y sin necesidad de contrariar la lógica de los acontecimientos, que la propiedad del actor sobre el bien objeto de su pretensión se remonta, como lo dedujo el Tribunal, al año de 1945, cuestión que, según el análisis de las pruebas, hace prevalentes los derechos del demandante sobre los del demandado.

4. Las consideraciones antedichas explican, pues, que el Tribunal no cometió el yerro fáctico probatorio que se le censura, y denotan de contera la improsperidad del ataque.

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 6 de marzo de 1991, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Costas del recurso de casación a cargo de la parte demandada recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase, en su oportunidad al Tribunal de origen.

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

Error de Hecho

Se da error de hecho cuando el sentenciador supone una prueba que no obra en el proceso, dando por demostrado por este medio imaginario un hecho que no ha sucedido, o cuando deja de observar la prueba que sí milita en autos o apreciándola tal como se presenta cercena su alcance de modo significativo.

Valoración Probatoria / Presunción de Acierto

Al gozar los juzgadores de instancia de autonomía para apreciar las pruebas, la decisión por ellos proferida llega a la Corte amparada en la presunción de acierto, y en esta forma el único yerro del sentenciador capaz de producir la infirmación del fallo es aquél que emerge con tal notoriedad que puede apreciarse a primera vista.

Prueba / Responsabilidad

La prueba de la conducta diligente del demandado, por sí sola, no es causal eximente de su responsabilidad civil.

Técnica de Casación

No puede quebrantarse una misma norma al tiempo por la vía directa y por la vía indirecta, como en la acusación se hace. Esa mera falencia técnica lleva al fracaso la impugnación.

Costas / Casación - Procedencia

Las costas no constituyen tema de litigio, sino una consecuencia del mismo. No tienen origen sustancial sino procesal. / No sólo la condena en costas, considerada independientemente, no es susceptible de ser impugnada en casación, sino también, y es lo que no ve el recurrente, que tal condena no se toma en cuenta como integrante del recurso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D. C., 25 de noviembre de 1993.

Referencia: Expediente número 3840.

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante Comunidad El Duya contra la sentencia del 25 de octubre de 1990, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por la comunidad recurrente frente a Occidental de Colombia Inc.

I. ANTECEDENTES

1. En demanda presentada el 21 de septiembre de 1983 que por reparto correspondió al Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, la Comunidad El Duya, mediante apoderado judicial, demandó a la Compañía Occidental de Colombia Inc., para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, "sea condenada a:

"1. Pagar perjuicios materiales avaluados en suma de $2.000.000 los que resulten demostrados en el proceso.

"2. Pagar perjuicios morales avaluados en $200.000"

2. Derivan las pretensiones de los siguientes hechos:

2.1. "La Comunidad Indígena El Duya ocupa actualmente una reserva de 11.787.5 hectáreas, en la vereda del mismo nombre en jurisdicción del Municipio de Orocué, Casanare, de conformidad con los linderos señalados en el plano 6-198.334 del Incora, dedicados los terrenos en su mayor parte a ganadería.

2.2. "La Sociedad Occidental de Colombia Inc., realizó labores intermitentes de exploración petrolera en terrenos de la comunidad mencionada, en los años de 1981 y 1982, causando perjuicios consistentes en:

"Un pozo denominado San Joaquín Nº 1, de 8 mts. de profundidad por 20 de ancho, ubicado entre los caños Duya y Ocumo.

"Un pozo denominado San Joaquín Nº 2, de 8 mts. de profundidad por 20 de ancho, ubicado entre los Caños Conijirriba y Pirito.

"Un terraplén de 150 mts. de largo por 2 de ancho.

"Cuatro servidumbres de tránsito entre los pozos y con el Caño Duya en extensión aproximada de 1.500 mts. de largo y de 3 de ancho.

"Tumbaron 300 palos de saladillo de propiedad de la Comunidad.

"Por medio de un puente se impidió el paso del agua del Caño Conijirriba, por lo cual se murieron muchos peces y actualmente el caño ya no es pescable.

"En los pozos y el terraplén descritos se cae el ganado pereciendo posteriormente. Al momento se han caído 30 reses aproximadamente, quedando potencialmente el daño hacia el futuro" (folios 20 a 23, c. 1 Juzgado).

3. Admitida la demanda por auto del 17 de septiembre de 1984 (folio 33v.) se ordenó correrla en traslado a la Compañía demandada, quien se opuso a las condenas. En cuanto a los hechos dijo al primero no constarle, al segundo "no es cierto". "Me

atengo a lo que se pruebe" y a los siete puntos del hecho segundo los rechazo "porque tal como están redactados los cuatro primeros *ítems*, no existe relación alguna entre los pozos, las servidumbres de tránsito y el terraplén y los daños que estas obras puedan causar o hayan causado, puesto que estos últimos ni siquiera los menciona la demanda. La simple ejecución de unas obras, de cuya autoría es ajena Occidental, no es suficiente para considerarla como perjuicio. Es necesario demostrar la relación de causa a efecto entre las obras y los daños que tampoco están individualizados" (folios 58 a 60).

4. La entidad demandada propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de lo requisitos formales (folios 1 a 3, c. excepciones) que por auto de 3 de julio de 1985 (folios 7 y 7v.) fue declarada probada, ordenando el juzgado a la demandante subsanar los defectos, quien así lo hizo por lo cual se dispuso "continuar el proceso..." (folio 15v.).

5. Tramitado el asunto, el Juez 17 Civil del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia por sentencia del 24 de junio de 1989 (folios 119 a 122, c. 1 Juzgado), por la cual resolvió:

"1º Declarar que la Sociedad Occidental de Colombia Inc. es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por la Comunidad Indígena "El Duya", por los trabajos de exploración petrolera realizados durante los años de 1981 y 1982 en el Resguardo "El Duya"... perjuicios ocasionados por la realización de las obras especificadas en el numeral 2º de los hechos de la demanda.

"2º En la oportunidad y por el trámite previsto en el artículo 308 del C. de P. C., efectúese la liquidación...

"3º Se niega la condena al pago de los perjuicios morales.

"4º Se condena en costas a la parte demandada. Liquídense".

6. Apelada esta decisión por la Compañía demandada, el Tribunal mediante sentencia del 25 de octubre de 1990 revocó la del *a quo*, y en cambio desestimó las súplicas de la demanda, absolvió a la demandada, condenó en costas del proceso a la accionante y "sin costas el recurso de apelación para la parte que lo interpuso" (folios 56 a 60, c. 3 Tribunal).

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

7. El Tribunal después de historiar el litigio, aludió a la responsabilidad civil, a los deberes y consecuencia de la violación directa de un vínculo, por acción de un dependiente, por obra de cosas animadas o inanimadas que le pertenecen o que están bajo su cuidado, y a la responsabilidad civil en desarrollo de una actividad peligrosa "sin que medie relación jurídica preexistente entre la víctima y quien debe pagar el detrimento producido. En un caso, se trata de la llamada responsabilidad contractual y en las últimas, de la derivada de un hecho ilícito o por culpa aquiliana".

Conceptuó que para deducir la responsabilidad es menester que se demuestre el daño, que la persona a quien se le reclama el pago sea la autora del hecho y que, además, incurra en culpa, "la que debe probarse en tratándose de actividades ordinarias y se

presume en las que entrañan peligro" y que "exista nexo de causa entre el daño que se sufrió y el hecho que se le atribuye al demandado".

7.1. Observa que en el proceso no se controvierte que la Occidental de Colombia Inc. haya adelantado trabajos de exploración petrolera, "actividad ésta que, en verdad, puede calificarse de peligrosa, por su naturaleza y los riesgos que crea. Pero de ello, por sí solo, no puede desprender el daño y, en el supuesto de que éste existiera, habría de determinarse si se debe, o no, al desarrollo de la actividad de exploración; probado lo uno y lo otro, presúmese la culpa del agente o empresa correspondiente".

7.2. Consideró que el oficio que le sirvió de apoyo al *a quo* "carece del suficiente valor persuasivo que haga inferir que el terraplén que se menciona en el libelo... y las aberturas que se hicieron en el suelo constituyen verdadero detrimento para la parte accionante. Simplemente en él se alude a las quejas de las personas de la región y se hace una enumeración de hechos que estima constitutivos de daño. Pero, para que el juzgador pueda llegar a una conclusión sobre el particular, requiérese que pericialmente se establezca el nexo causal entre la actividad desplegada por la demandada y aquello que se le atribuye o endilga (sic), lo que, con el auxilio de otros elementos probatorios, podría establecer la verdad de lo acontecido".

Expresa el *ad quem* que ni de la inspección judicial que se practicó, ni del dictamen pericial rendido, se deduce el daño, autoría y nexo causal "ni tampoco, por lo tanto, puede presumirse la culpa. Aparece, sí, que se trata de una región intransitable durante el invierno, a causa de las inundaciones que se producen".

Precisa que si de esas probanzas, inspección judicial y experticio, no se prueban los hechos de la demanda "bien porque los peritos no hallaron daño alguno, bien porque se le reste todo valor demostrativo al dictamen, fuerza es concluir que el proceso se halla huérfano de prueba que puedan conducir a la prosperidad de la demanda".

7.3. Añade el Tribunal que en segunda instancia se decretaron pruebas de oficio, "las que, desde ningún punto de vista, acreditan el detrimento que se alega, o que la empresa Occidental Inc. no hubiese observado los procedimientos o reglas que se requirieron para el desarrollo de su labor exploratoria".

Concluyó el sentenciador que es de cargo del demandante la demostración de los hechos apoyo de las pretensiones y no existiendo suficientes elementos "que hagan deducir el derecho que se reclama, impónese la desestimación de la demanda..." (folios 56 a 60v., c. 3 Tribunal).

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal al amparo de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. Se examinan en el orden que han sido propuestos.

Cargo primero

Se acusa la sentencia "por haber infringido por falta de aplicación y por la vía indirecta, a causa de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda... y del artículo 2356 del Código Civil y del artículo 2º del Decreto 2001 de 1988, por

equivocada apreciación en unos casos y por falta de apreciación en otros de la prueba aducida al proceso... Igualmente por violación indirecta, por inaplicación, por causa de error evidente de hecho al suponer pruebas inexistentes, los artículos 19 del Código de Petróleos; el 30 inciso 1º y el 42 del Decreto 1895 de 1973; y el artículo 2341 del C. C. por indebida apreciación de la prueba".

8. Fundamenta el cargo diciendo que el Tribunal al expresar que no encontró el daño, la autoría y el nexo causal, "altera la objetividad" de la prueba de inspección judicial realizada al resguardo indígena de El Duya, donde constan las obras que narra la demanda y que constituyen el daño causado; que las "obras" -dice- también fueron apreciadas por los peritos y el apoderado de la sociedad demandada. "La confusión en la apreciación del valor real de esta prueba radica en que los trabajos de exploración petrolera por sí solos como dice el Tribunal.... no significa daño, limitándose o quedándose, entonces en la mera aceptación de esas obras, como una labor, sin consecuencia alguna, tanto para el demandante como para el demandado. Esta interpretación extraña a toda lógica natural y objetividad, confunde y asimila unos daños concretos y evidentes que tienen como consecuencia un perjuicio, con una labor o trabajo de exploración que no perjudica a nadie, por haberse adelantado con las debidas precauciones y cuidado".

Trae el censor doctrina del tratadista Javier Tamayo Jaramillo, que define el daño civil indemnizable como el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial. "El daño civil consiste, pues, en la lesión a las facultades de disfrute que sobre el bien dañado tenía la víctima". Se observa de autos -acota la censura- la existencia de pruebas de propiedad del demandante, títulos que le dan la facultad de usar y gozar de las tierras de El Duya y cuyo disfrute fue dañado injustamente.

El Tribunal descartó el mínimo análisis del daño que se observó en la diligencia de inspección judicial, que muestra la existencia de unos pozos, servidumbres, terraplén, derribamiento de partes del bosque, llamado de galería y las obstrucciones al caño Conijirriba. Se pregunta el censor: "¿Podrá ser posible que tamañas 'obras' no depredaran los recursos naturales de que se benefician los indígenas...?... que no alteraran su hábitat natural y tradicional forma de vida...? que no dañaran el terreno para amontonar tierra en forma de terraplén y despojar de pastos las tierras para construir servidumbres, siendo que en los potreros pastaban el ganado libremente... sin que se cayeran en los huecos hechos por los demandados como en efecto ocurrió?...". Además, si todo ese complejo laboral desplazado para la exploración petrolera "no se iba a producir daño a sus dueños y poseedores legítimos, los indios Sálibas al verse de un momento a otro prácticamente invadidos?; además porque nunca se les notificó o dio aviso de la iniciación de tales 'trabajos'".

8.1. Se censura, pues al *ad quem* no aceptar la existencia del daño, no dar mérito al oficio en que se apoyó el *a quo*, documento público suscrito por la Jefe de la Oficina de Asuntos Indígenas del Casanare que "detalla con precisión en qué consistieron las obras de la Occidental de Colombia Inc. dentro del resguardo y los perjuicios causados", documento que demuestra los perjuicios y el cual no fue tachado de falso; por lo tanto, falla el Tribunal al apreciarlo y no ver su claro contenido.

Continúa la censura que sí se desprende el daño de la inspección judicial, del dictamen pericial y del documento público suscrito por Luz Stella Vásquez, el Tribunal violó el artículo 2356 del C. C., "al no aplicarlo, por indebida apreciación de la prueba del daño, su autor y el nexo causal".

Al conceptuar los peritos que no hay mejoras en el territorio indio, el Tribunal afirma, entonces, que no existen daños, conclusión esta que obedece a la mala apreciación de la demanda y a la inobservancia de las certificaciones que aparecen en autos y que prueban que el demandante es comunidad indígena con legislación propia que la define. Así el Tribunal violó las normas anteriores, reglamentarias de la reforma agraria, al dejar de aplicar normas sustanciales que habrían dilucidado con claridad que las obras sí causaron perjuicio.

8.2. Al referirse al autor del daño, dice la censura que si bien es cierto no se encuentra de manera directa la prueba en la inspección judicial y el peritazgo, sí está contenida en otras omitidas en su apreciación. El sentenciador acepta, cuando expuso que en el *sub lite* no se controvierte que la Occidental de Colombia Inc. haya adelantado trabajos que puedan calificarse de actividad peligrosa, pero de ello por sí solo no puede desprender daño y en caso de existir, "habría de determinarse, si se debe, o no, al desarrollo de la actividad de exploración; probado lo uno y lo otro, presúmese la culpa del agente o empresa correspondiente".

En cuanto a la autoría del daño por la demandada -precisa el censor -así lo haya negado en la contestación de la demanda, hay pruebas que el Tribunal no desconoce, "pero que no le da el suficiente valor" como los alegatos que formuló el apoderado de la demandada, la confesión del representante legal en el interrogatorio de parte y en los documentos que se anexaron en la inspección judicial.

8.3. Pasa luego la censura a deducir el nexo causal al tildar "de no haber llegado la Occidental, el monte se conservaría y no se hubiera talado árboles, el caño conservaría su riqueza ictiológica normal; el ganado no se hubiera ido en unos casos y atorado en otros en los huecos perforados y dinamitados...".

La actividad de la compañía petrolera es lícita, de utilidad pública y no es peligrosa, pero "sí lo es en el caso que nos ocupa, por la forma como adelantaron la exploración...", precisa el censor. Se encuentran así demostrados los postulados del artículo 2356 del C. C. que el Tribunal violó por inaplicabilidad. Violó también el sentenciador, por falta de aplicación, normas referentes del Código de Petróleos, entre otras no dar aviso al dueño de los terrenos de los trabajos exploratorios, pues "esta perentoria obligación de dar aviso al propietario del territorio donde se adelantaron trabajos exploratorios, se omitió; las tierras que tradicionalmente han ocupado los demandantes en el ahora Departamento de Casanare y donde se efectuó la exploración petrolera, fueron constituidos como resguardo mediante la Resolución número 099, de fecha julio 22 de 1982, expedida por el Incora; la comunicación aportada por nosotros con la demanda, dirigida por la Occidental de Colombia Inc., al Jefe de Asuntos Indígenas de Orocué, de fecha diciembre 20 de 1982, en nada cumple la obligación mencionada, pues el jefe de indígenas no es el propietario de los terrenos. El aviso debía darse a la comunidad por intermedio de su cabildo. Esa misma norma impone la obligación de pagar perjuicios, situación que tampoco se ha cumplido. (folios 13 y 14 c. Corte).

Cierra el cargo conceptuando que "el desconocimiento de la ley que contempla los trámites exploratorios, por parte de la Occidental de Colombia Inc., obedece a negligencia e imprudencia de su parte, lo que es prueba de la culpa en que incurrió, y en el caso de que la responsabilidad tuviese que deducirse por el artículo 2341, este elemento alcanzaría plena demostración, aunado al daño, al autor y al nexo causal ya probados, lo que tendría que reconocerse".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

9. El inciso segundo del numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hace relación a la violación indirecta de la ley sustancial, que puede ocurrir como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, su contes-tación o de determinada prueba.

Se da el caso, tiene dicho la Corte, de error de hecho cuando el sentenciador supone una prueba que no obra en el proceso, dando por demostrado por este medio imaginario un hecho que no ha sucedido, o cuando deja de observar la prueba que sí milita en autos o apreciándola tal como se presenta cercena su alcance de modo significativo. El error de facto, entonces, tiene lugar cuando el sentenciador da por demostrado un hecho que carece de prueba o cuando a pesar de existir prueba de un hecho no lo da por demostrado.

En efecto, ha precisado la Corte Suprema de Justicia, al advertir los alcances del error de facto que él "aparece cuando el juez tiene por demostrado un acontecimiento con base en una prueba que, en realidad, no obra dentro del proceso (error por suposición). O cuando el juez niega la existencia del hecho, no obstante haberse incorporado al proceso la prueba tendiente a establecerlo (error por preterición). Variante de la primera forma de error es aquélla que se da cuando el juez le hace decir a un determinado medio probatorio lo que éste, de hecho, no representa (suposición por adición). Y la segunda es la advertible cuando el juez, sin ignorar la existencia del medio probatorio, recorta o mutila su contenido (preterición por cercenamiento)". (Sentencia del 28 de marzo de 1990, Extractos de Jurisprudencia, t. 3 de 1990, pág. 134).

Consiste pues esta contraevidencia, a que sea contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, en la equivocación material u objetiva y también subjetiva; en la primera cuando se da por existente una prueba que no aparece en el proceso o cuando se aprecia una que existe y no da por acreditada estimándola en sentido contrario o sencillamente no la da por demostrada. En la segunda, apreciación subjetiva errónea, cuando a la prueba existente se le da valor contrario a la evidencia del hecho que esa prueba demuestra.

10. Desde otro punto de vista, hay que advertir que a la censura le corresponde la carga de probar la existencia del error de hecho, es decir debe indicar sobre qué prueba recae el error del juzgador y en que consistió la contraevidencia del fallador, amén de que el error de hecho así configurado debe ser, de todas maneras, trascendente, esto es que sea la causa del quebranto de la norma, y por supuesto evidente u ostensible:

"...Al gozar los juzgadores de instancia de autonomía para apreciar las pruebas, la decisión por ellos proferida llega a la Corte amparada en la presunción de acierto,

y en esta forma el único yerro del sentenciador capaz de producir la infirmación del fallo es aquél que emerge con tal notoriedad que puede apreciarse a primera vista. No constituyen, pues, error de esta naturaleza y, por consiguiente, no autoriza la casación del fallo, la decisión del sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como resolución ilógica o arbitraria. Solamente, entonces, cuando la estimación sustitutiva expuesta por el recurrente es la única posible frente a lo que demuestra el proceso, la determinación del juzgador se presenta de manera incuestionable como contraevidente y viene a ser apta para los fines impugnativos indicados" (sentencia del 27 de septiembre de 1990).

11. Le endilga la censura a la sentencia "haber infringido por falta de aplicación y por la vía indirecta, a causa de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda introductoria del proceso...".

El inciso segundo, numeral 1, del artículo 368 del C. de P. C, prevé la violación de una norma de derecho sustancial ocurrida por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda. Y en armonía con el inciso segundo, numeral 3, del artículo 374 ibidem, se exige para el casacionista "cuando alegue la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda... es necesario que el recurrente lo demuestre...".

Esta carga del recurrente no aparece en la fundamentación de este primer cargo, como que fue una simple enunciación del supuesto error de hecho en la apreciación de la demanda, pues no existen argumentos concretos y precisos que determinen en qué consistió el error en la destinación objetiva de la demanda: si supuso hechos no alegados o ignoró los alegados o la entendió equivocadamente.

12. De la observación de la demanda y de la sentencia impugnada se advierte que el órgano sentenciador entendió el litigio, proveyó a las pretensiones y falló de conformidad con él, al cual le negó toda prosperidad no por interpretación errónea, sino porque no encontró prueba que amerite atender las súplicas demandadas. No hay falta de armonía o de correspondencia con lo resuelto y lo propuesto por la demandante. El sentenciador no se fue más allá ni dejó por resolver lo que constituyó la materia litigiosa. El Tribunal consideró "Si con base en las probanzas que se acaban de mencionar, inspección judicial y experticio, no se desprende la demostración de los hechos que constituyeron el fundamento de las súplicas, bien porque los peritos no hallaron daño alguno, bien porque se le reste todo valor demostrativo al dictamen, fuerza es concluir que el proceso se halla huérfano de pruebas que puedan conducir a la prosperidad de la demanda".

13. En desarrollo de la fundamentación del cargo la censura refiérese a cada uno de los elementos del daño, autoría, el nexo causal y peligrosidad de la actividad, organizando con mayor profundidad el desarrollo probatorio del proceso, es decir, complementación del análisis probatorio cuya finalidad tiene lugar para las decisiones que deben tomar los juzgadores de instancia. Por lo tanto, no es posible quebrar una sentencia atacada, así el censor organice un examen más profundo del material probatorio, porque si el fallo del ad quem llega con el sello de presunción de acierto concerniente en la precisión del fallador en la apreciación de los hechos, su probanza

y desde luego en la aplicación del derecho, no es preciso para la Corte aniquilar la sentencia del Tribunal, sino cuando el error de hecho que se endilga aparece demostrado plenamente.

Tiene dicho la Corte en el punto:

"...En efecto, se ha sostenido por la jurisprudencia que aunque la Corte encontrara que es más ajustado al material probatorio el examen que de los medios de convicción haga la censura, no por ello se puede casar el fallo, porque entre tanto no se demuestre la arbitrariedad en que incurrió el sentenciador de segundo grado, 'un mejor razonamiento del censor no es suficiente para que la Corte pueda desconocer los conclusiones de la sentencia recurrida' (Cas. Civ. de 14 de julio de 1975)". (Sentencia del 22 de agosto de 1989).

14. El Tribunal tuvo en cuenta para su decisión las pruebas de inspección judicial y dictamen pericial para con base en ellas precisar que "no se desprende la demostración de los hechos que constituyen el fundamento de las súplicas..." concluyendo "que el proceso se halla huérfano de pruebas..." (folios 59 y 60, c. 3 Tribunal).

Demerita el sentenciador de todo valor probatorio el "oficio" en que se apoyó el *a quo*, porque "carece del suficiente valor persuasivo que haga inferir que el terraplén que se menciona en el libelo introductorio del proceso y las aberturas que se hicieron en el suelo constituyen verdadero detrimento para la parte accionante. Simplemente en él se alude a las quejas de las personas de la región y se hace enumeración de hechos que estima constitutivos de daño..." (folio 59, c. 3). Luego no pretirió esta probanza.

15. Ahora bien. La prueba de inspección judicial se realizó por el Juzgado Civil Municipal de Orocué (Casanare), comisionado para el efecto por el 17 Civil del Circuito de Bogotá, el 10 de junio de 1986 con asistencia de los apoderados de las partes y los peritos designados (folios 78 a 84, c. 1 Juzgado).

La Juez en desarrollo de la diligencia deja constancia "que por la dificultad de llegar al terreno perforado por la petrolera antes indicada, debido al invierno...en asocio de la parte demandante y de lo señores peritos, procedió a constatar desde la avioneta dándole vueltas al terreno denominado San Joaquín Uno y San Joaquín Dos nombrados así los pozos petroleros, también se observó el terraplén mencionado, que sirve a la vez de servidumbre a todos los colonos, el cual une dos bancos, a la vez se observó donde existió un tapón o tapa para pasar maquinaria sobre el caño Conijirriba, observándose que este caño tiene su cruce normal del agua; se constató también que donde existió dicho tapón, hay una regular extensión de claro de vegetación, se pudo constatar a la vez cuatro servidumbres una de las cuales hecha por el IMAT (sic); en las cuales en la actualidad no prestan servicio a la comunidad por el crudo invierno. Todo lo anterior se encuentra dentro del resguardo indígena El Duya..." (folios 78 y 79).

Interrogados en la diligencia los peritos por la Juez, y también por las partes mediante sus apoderados, respondieron de común acuerdo todas y cada una de las preguntas (folios 82 a 83, c. 1). El Tribunal, entonces, no pretirió las probanzas, al contrario, fue de ellas de donde no dedujo los elementos configurantes de la responsabilidad aquiliana. Esto es, que no cometió el yerro que la censura denuncia.

16. El Tribunal estimó que "carece del suficiente valor persuasivo" el oficio en que se apoyó el pronunciamiento del *a quo*. El oficio en mención aportado por la parte

demandante (folios 18 y 19, c. 1 Juzgado) fechado en Bogotá el 25 de febrero de 1983 y el cual se ha referido la censura, está dirigido al "Doctor Roque Roldán Ortega Jefe División Asuntos Indígenas Ministerio de Gobierno", suscrito por "Luz Stella Vásquez López Jefe Comisión Asuntos Indígenas-Casanare", con el cual se acompañó el plano número 198-334 y se describió "las acciones de la Compañía Petrolera Occidental de Colombia en terrenos de la Reserva Indígena El Duya, localizada en el Municipio de Orocué".

En él se halla una relación de los trabajos adelantados por la compañía petrolera y se hace portavoz de la población étnica que se queja porque en los trabajos de 1981-82-83 "se hizo una detonación con fines exploratorios, quedando un hueco (foto número 1), en dicho tramo... porque estos no fueron rellenados y ha sido un peligro para los jinetes y las reses... las perforaciones hechas hacia la vivienda de Octavio Caribana, se agrandaron con el invierno...".

Dicho documento no fue, pues, tampoco preterido.

17. A todas estas pruebas se refirió el Tribunal, pasando cada una por el tamiz del análisis y evaluación para extenderles el sello suficiente de convicción y certeza que dedujo para proferir el fallo. Las pruebas fueron colocadas en la balanza del acto jurídico de la responsabilidad civil extracontractual que consideró en la introducción de su estudio, como quiera que exigió que "se demuestre el daño causado, que la persona a quien se reclama el pago, sea la autora o la que motivó el hecho que se le endilga; que, además, haya incurrido en culpa, la que debe probarse en tratándose de actividades ordinarias y se presume en las que entrañan peligro; que, por último, exista nexo causal entre el daño que se sufrió y el hecho que se le atribuye al demandado" (folios 58 y 59, c. 3 Tribunal).

Si bien aceptó la actividad exploradora y de explotación petrolífera como peligrosa, no encontró en los medios probatorios que analizó y que delanteramente se transcribió, el daño y nexo causal de éste con la actividad de la demandada.

"...De vieja data la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que, en materia de responsabilidad civil aquiliana, el artículo 2356 del C. C. se aparta del sistema general que establece, según el artículo 2341 *ibidem*, la reparación del perjuicio con base en la culpa probada, para consagrar la culpa presunta que sólo puede desvirtuarse o infirmarse, y por ende eximir de responsabilidad al demandado, cuando éste demuestra el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de un elemento extraño. Lo cual da tanto como decir que la prueba de la conducta diligente del demandado, por sí sola, no es causal eximente de su responsabilidad civil". (Cas. 10 de junio de 1977, T. CLV, pág. 210).

18. Para el caso de autos, entonces, el sentenciador no ignoró ni pasó por alto la prueba que existe en el proceso; la conclusión autónoma que dé la prueba recaudada obtuvo no podía ser otra, por lo cual su decisión no es contraevidente, ni contraria a lo que las pruebas avizoraron y en consecuencia no ha quebrantado las normas sustanciales que se le endilgan como violadas.

Siendo ello así, el cargo es impróspero y por consiguiente el fallo está revestido de legalidad, pues el Tribunal ni supuso ni pretirió la prueba.

El cargo es *inane*.

Cargo segundo

Lo expone la censura, "ser la sentencia indirectamente violatoria por inaplicación del artículo 27 de la Ley 89 de 1890; 163 del C. P. C. por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba y los artículos 19 y 21 del Decreto 2303 de 1989, de manera directa por falta de aplicación".

19. Se fundamenta el cargo diciendo que mediante la sentencia de segunda instancia se condenó en costas a la comunidad demandante sin observar que de conformidad con el auto del 25 de abril de 1984 (folios 28 y 29, c. Juzgado 1º), se concedió el amparo de pobreza a la demandante "violando así la ley indígena y el artículo 63 del C. P. C. que es una norma de verdadero derecho sustancial". Y agrega, "a pesar de que no existiera auto reconociéndolo, el Decreto 2303 de 1989 que organiza la jurisdicción agraria, le imponía esa obligación en el artículo 19 en concordancia con el 21, cuando se trate de resguardos o parcialidades indígenas... incurrió así el Tribunal en violación directa de la ley por inaplicación de este decreto".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

20. En efecto, mediante auto del 25 de abril de 1984, el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá (folio 28) concedió amparo de pobreza a la Comunidad Indígena El Duya, concesión que ya el artículo 27 de la Ley 89 de 1890 reconoció a los indígenas al disponer que "en asuntos de resguardos, que deban promover ante las autoridades, serán reputados como pobres de solemnidad y gestionarán en papel común". Institución también consagrada en los artículos 19 y siguientes del Decreto 2303 de 1989, por el cual se creó y organizó la jurisdicción agraria.

21. La sentencia del Tribunal impugnada del 25 de octubre de 1990, resolvió en el numeral 4 "condenar en las costas del proceso a la accionante" (Comunidad Indígena de El Duya), situación que la censura hace entrever "ser la sentencia indirectamente violatoria por inaplicación del artículo 27 de la Ley 89 de 1890; 163 del C. P. C. por manifiesto error en la apreciación de la prueba y los artículos 19 y 21 del Decreto 2303 de 1989, de forma directa por falta de aplicación".

El cargo, como se invoca, viene equivocado en su postulación pues la violación de la ley sustancial, puede ser por la vía directa o indirecta; ésta ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del *ad quem* en el campo probatorio; fuera de este campo no puede haber violación indirecta de la ley sustancial. Hay violación directa cuando se lesiona la norma sustantiva por infringirla sin consideración a la prueba de los hechos. Nace por lo tanto la violación directa a consecuencia de errores sobre la existencia, validez y alcance de un precepto legal que transciende en la parte resolutiva del fallo.

No puede entonces quebrantarse una misma norma al tiempo por la vía directa y por la indirecta, como en la acusación se hace, esa mera tatencia técnica lleva al fracaso la impugnación.

No obstante la Corte observa que si ciertamente el Tribunal cometió error al condenar en costas a la recurrente en el fallo impugnado, como que al efecto no advirtió

la perspectiva legal de considerar a las comunidades indígenas como pobres de solemnidad al tenor de las normas mencionadas, tiene dicho la jurisprudencia, que las costas "no constituyen tema de litigio, sino una consecuencia del mismo. No tienen origen sustancial sino procesal. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia repetidamente". (Auto del 10 de septiembre de 1990).

En sentencia del 30 de octubre de 1989, expuso la Corte:

"...y es que tratándose de costas procesales, no se está ante uno de los extremos del litigio que las partes someten a la jurisdicción. La decisión que sobre el punto tome el juzgador halla su génesis directa y exclusiva en la ley; tanto, que ésta manda hacer caso omiso de los acuerdos de las partes acerca de la cuestión. Por hallar su exclusiva justificación en la disposición de la ley, es por lo que el perjuicio o agravio irrogado por la sentencia, como medida del interés para interponer el recurso de casación -o el de apelación en su caso- no toma en cuenta, como ingrediente del mismo, la condenación en costas, la cual, por sí sola, tampoco tiene la virtualidad para darle vida a ese interés".

Y puntualizó la Corte: "no sólo que la condena en costas, considerada independientemente, no es susceptible de ser impugnada en casación, sino también, y es lo que no ve el recurrente, que tal condena no se toma en cuenta como ingrediente del recurso..." .(Auto del 10 de septiembre de 1990).

Debe sí advertir el fallador que si impuso costas ilegalmente, tiene que ser cuidadoso al señalar agencias en derecho, pues podría ser más grave la ilegalidad.

Por lo expuesto el cargo resulta improspero.

De conformidad con el inciso primero, artículo 163 del Código de Procedimiento Civil, no habrá lugar a condenar en costas a la parte demandante-recurrente.

DECISION:

Con fundamento en 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 25 de octubre de 1990 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por la Comunidad Indígena El Duya, frente a Occidental de Colombia Inc.

Sin lugar a condenar en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

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

Conflicto de Competencia / Competencia Territorial

La competencia por el factor territorial, cuando son dos o más personas a quienes se cita como demandados, se determina teniendo en cuenta que será competente para conocer del proceso el juez del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante. La parte demandante optó por promover el proceso en Santafé de Bogotá, razón esta por la cual, la competencia para tramitarlo radica en este circuito y no en el de Villavicencio.

Presupuesto Procesal / Jurisdicción / Jurisdicción de Familia

Uno de los presupuestos procesales es el de la jurisdicción, cuyo control corresponde al Juez que conoce del asunto y cuyo incumplimiento genera nulidad de carácter insaneable. En este caso, se encuentra que el litigio cuya decisión se impetra por las partes, corresponde a la jurisdicción de familia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D.C., 29 de noviembre de 1993.

Referencia: Expediente N° 4716.

Se decide por la Corte el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Veintisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, y Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, en el proceso ordinario de Ana Teresa Díaz de Díaz y otras contra José Vicente Rodríguez G. y otros.

I. ANTECEDENTES

Mediante demanda que obra a folios 43 a 57 del cuaderno uno, Ana Teresa Díaz de Díaz, Ana Lucrecia Díaz Díaz y Teresa de Jesús Díaz de Prada, la primera como cónyuge de Nepomuceno Díaz Castañeda y las segundas como hijas de éste, convocaron a Vicente Rodríguez G. y Pedro Pablo Montenegro, así como a Luis Fernando Díaz Díaz, Ibo Antonio Díaz Díaz, José Alfredo Díaz Díaz, al menor Guillermo Díaz Urrea, hijo extramatrimonial de Guillermo León Díaz Díaz, representado por su progenitora María Elvia Urrea Ubaque, a los menores Juan Felipe Díaz Herrera y Luis Gabriel Díaz Herrera

y a María del Rocío Herrera de Díaz, en su calidad de cónyuge de Guillermo León Díaz Díaz, a un proceso ordinario para que mediante sentencia se declare que la compraventa del inmueble descrito y alinderado en la Escritura Pública número 4913 de 15 de diciembre de 1984, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Villavicencio, es simulada y que, efectivamente, ese contrato fue celebrado entre Pedro Pablo Montenegro y Vicente Rodríguez G., como vendedores y Nepomuceno Díaz Castañeda como comprador.

2. Repartido el proceso inicialmente al Juzgado Diecisiete de Familia de Santafé de Bogotá, en virtud de impedimento aceptado al titular de este despacho judicial para continuar conociendo del proceso, asumió su tramitación el Juzgado Dieciocho de Familia de esta ciudad, mediante auto 18 de marzo de 1992 (folio 109, C. 1), despacho judicial que al decidir el incidente de excepciones previas propuesto por la parte demandada, por auto de 26 de marzo de 1993 decidió declarar probadas la falta de jurisdicción y de competencia para decidir la controversia judicial objeto de este proceso, por considerar que el litigio no versa sobre el régimen económico del matrimonio, ni tampoco sobre derechos sucesorales del causante Nepomuceno Díaz Castañeda.

3. En cumplimiento de lo decidido en el auto mencionado, el negocio fue repartido al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, despacho judicial que, en auto de 15 de junio de 1993 (folios 123 a 125, C. 1), aunque acepta que la competencia, por la naturaleza del asunto corresponde a la jurisdicción civil, manifiesta que, por cuanto son varios los demandados, con diferentes domicilios, corresponde conocer del proceso al juez de cualquiera de ellos a elección del demandante, razón esta por la cual este proceso ha de tramitarse ante el Juez Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, para lo cual ordenó remitirlo para su reparto a la oficina judicial de esta ciudad.

4. En firme el auto referido, el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, al que le correspondió por reparto, ordenó enviarlo en forma inmediata al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio para que allí se tramite el proceso.

5. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, nuevamente en poder del expediente, en auto de 11 de octubre de 1993, visible a folios 134 a 136 del cuaderno uno, decidió entonces enviarlo a la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- para que por ella se dirima el conflicto así suscitado.

CONSIDERACIONES

1. Como se desprende de los antecedentes relatados, actualmente se ha planteado a la Corte la solución de un conflicto de competencia, suscitado entre los Juzgados Segundo Civil del Circuito de Villavicencio y Veintisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, como quiera que en virtud del auto proferido por el Juzgado Dieciocho de Familia de Santafé de Bogotá el 26 de marzo de 1993 (folios 20 a 22, C. 2), el proceso fue remitido al Distrito Judicial de Villavicencio, por considerar que se encontraban demostradas las excepciones de falta de jurisdicción y competencia propuestas por la parte demandada.

2. Así las cosas, encuentra la Corte que conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Civil a ella corresponde dirimir el conflicto así suscitado, por tratarse de juzgados que corresponden a distintos distritos judiciales.

3. Conforme a lo preceptuado por el artículo 23, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, la competencia por el factor territorial, cuando son dos o más personas a quienes se cita como demandados, se determina teniendo en cuenta que será competente para conocer del proceso el juez del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante.

4. Analizada la demanda con la cual se promovió este proceso, encuentra la Corte que la parte actora citó al mismo a Vicente Rodríguez G., Pedro Pablo Montenegro, Luis Fernando Díaz, Ibo Antonio Díaz Díaz y José Alfredo Díaz Díaz, domiciliados en Santafé de Bogotá (folio 49, C. 1), e igualmente a Guillermo Díaz Urrea, hijo extramatrimonial de Guillermo León Díaz Díaz, representado por su madre señora María Elvia Urrea Ubaque, domiciliado en Villavicencio, así como a Juan Felipe Díaz Herrera y Luis Gabriel Díaz Herrera, hijos legítimos de Guillermo León Díaz Díaz, representados por su señora madre María del Rocío Herrera de Díaz, igualmente domiciliada en Villavicencio, a quien, además, se demanda como cónyuge supérstite de Guillermo León Díaz Díaz (folio 49, C. 1). Ello significa, entonces, que, siendo varios los demandados, la parte demandante hizo uso del derecho que le confiere el artículo 23, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil y optó por promover el proceso en Santafé de Bogotá, razón ésta por la cual la competencia para tramitarlo radica en este circuito y no en el de Villavicencio.

5. No obstante, que el conflicto planteado lo es de competencia entre los Juzgados Segundo Civil del Circuito de Villavicencio y Veintisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y no de jurisdicción en razón de la decisión contenida en auto de 26 de marzo de 1993 proferida por el Juzgado Dieciocho de Familia de Santafé de Bogotá a que ya se hizo referencia (folios 20 a 22, C. 2), advierte la Corte que uno de los presupuestos procesales es el de la jurisdicción, cuyo control corresponde al Juez que conoce del asunto y cuyo incumplimiento genera nulidad de carácter insanable, conforme a lo preceptuado por el artículo 140, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, y, en este caso, se encuentra que el litigio cuya decisión se impetra por las partes, corresponde a la jurisdicción de familia, como quiera que actúan como partes Ana Teresa Díaz de Díaz, en su calidad de cónyuge supérstite de Nepomuceno Díaz Castañeda, Ana Lucrecia Díaz Díaz y Teresa de Jesús Díaz de Prada, quienes lo hacen como hijas y herederas del *de cujus* mencionado; y, de otro lado, los demandados invocan derechos sucesorales como herederos de Nepomuceno Díaz Castañeda, lo que explica que la parte actora reclame, que se declare la simulación de la compraventa celebrada por el *de cujus* con Pedro Pablo Montenegro y Vicente Rodríguez G. sobre el inmueble a que se refiere el hecho primero de la demanda, a objeto de que se diga por la jurisdicción que ese bien "pertenece al patrimonio del señor Nepomuceno Díaz Castañeda y que hace parte de su sucesión ilíquida" (folio 50, C. 1).

6. Así las cosas, reitera la Corte que en esta providencia se limita a resolver el conflicto de competencia y no adopta ninguna decisión en relación con un posible conflicto de jurisdicción, en razón de que este último no ha sido provocado, ni por el

Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio ni por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

II. DECISION

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencia a que se refiere la parte motiva de este auto, en el sentido de que corresponde al Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, avocar el conocimiento del proceso ordinario promovido por Ana Teresa Díaz de Díaz, Ana Lucrecia Díaz Díaz y Teresa de Jesús Díaz de Prada, cónyuge supérstite la primera y herederas las segundas de Nepomuceno Díaz de Castañeda, contra Vicente Rodríguez G., Pedro Pablo Montenegro, Luis Fernando Díaz Díaz, Ilo Antonio Díaz Díaz, José Alfredo Díaz Díaz y los menores Guillermo Díaz Urrea, Juan Felipe Díaz Herrera y Luis Gabriel Díaz Herrera, así como contra María del Rocío Herrera de Díaz, para proveer lo que en derecho corresponda.

Envíese el expediente al Juzgado mencionado y comuníquese lo aquí decidido al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, para los efectos pertinentes.

Cópiese y notifíquese.

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

Norma Sustancial / Sentencia / Condena en Concreto

Si bien es cierto que en distintos pronunciamientos, la Sala admitió que, dentro de los límites marcados por el mismo tenor del precepto -artículo 307 del C. P. C. aquél alcanzaba la citada calidad -sustancial-, tampoco se puede dejar de señalar que a una conclusión como esa se llegó por virtud de la estructura y de la función que, antes de la reforma que le introdujo el Decreto 2282 de 1989, caracterizaban a la norma legal. / Si antes se sostuvo tal cosa, hoy ya no es posible por la sencilla razón consistente en que el supuesto sobre el cual se levantaba el derecho deducido por la jurisprudencia ha desaparecido. Con mayor aproximación, si antes se planteaba una alternativa entre que la condena pudiera ser en concreto o en abstracto, extremos de los que se hacía depender la condena cuando se juzgaba pertinente su proferimiento, hoy ya las cosas no pueden asumir ese cariz, como que la cantidad y el valor determinados, de los que habla el precepto, han dejado de ser aspectos postergables del derecho, para convertirse en elementos cuya definición tiene que marchar a la par con el de la presencia misma del concepto respectivo, o sea, para el caso, con la del perjuicio.

Interpretación de la Demanda

Como quiera que, el juez tiene la atribución de interpretar la demanda, tarea en la cual puede incurrir en un yerro de apreciación probatoria, que en casación es impugnable en los términos de la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., se ha de tener sumo cuidado para deslindar los campos en que uno y otro tipo de desacierto son percibibles.

Demanda - Cuantía / Congruencia

Si el actor, al momento de configurar su pretensión prescinde de determinar el importe y solicita que la condena se hiciera por la cantidad que resultara probada dentro del proceso, puesto que con una formulación de este tipo no hubiera atentado ni contra la claridad ni contra la precisión con que debe ser expuesto lo que se depreca. Desde el instante mismo en que el actor cuantificó sus aspiraciones y lo determinó de un modo tal que su presentación asume el cariz dominante en el respectivo sintagma, esa cuantía no se torna en el elemento definidor de una claridad o precisión indispensable -o, incluso, mayores- a la pretensión, sino que le

traza un límite. Límite que al fallador no le es dable desconocer puesto que, como en un comienzo se señaló, según lo prescrito por el artículo 305 del C. de P. C., en su inciso 2, el demandado no puede ser condenado por cantidad superior a la pretendida en la demanda. Cosa distinta hubiera sido que el demandante emplease otros términos para precisar su pretensión, o sea, que se hubiese abstenido de utilizar cifras concretas, o que las hubiese utilizado con un sentido diferente al que de hecho empleó.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de noviembre de 1993.

Referencia: Radicación número 3719.

Despacha la Corte el recurso de casación que la parte demandada interpusiera en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá fechada el veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por el señor Braulio Helí Vanegas Pinzón en frente de la empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A. (Avianca).

ANTECEDENTES

1. A Juzgado Decimoséptimo Civil del Circuito de Santafé de Bogotá le correspondió asumir el conocimiento de la demanda presentada por el demandante ya mencionado para que, previos los trámites de un proceso ordinario a surtirse con citación y audiencia de la demandada también nombrada, se dictase sentencia en la que se dispusiese lo siguiente:

"*Primero.* Que esta sociedad, Aerovías Nacionales de Colombia S. A. 'Aviarca' incumplió al ciudadano Tiberio Vanegas Pinzón el contrato de transporte de Francia a Colombia debido al accidente ocurrido el día 27 de noviembre de 1983, en el punto denominado 'Mejorada del Campo', cercano al aeropuerto de Barajas, Madrid, España, viaje que traía en la aeronave HK2910, y cuyo transporte se cumplía por la empresa citada.

"*Segundo.* Que este incumplimiento de la empresa..., conlleva el pago de los perjuicios materiales y morales, a favor del heredero del causante Tiberio Vanegas Pinzón, quien falleció en el citado accidente.

"*Tercero.* Que la empresa demandada está obligada a pagar por esos perjuicios la suma de trece millones de pesos ($13.000.000.00) moneda corriente, o la cantidad que se demuestre de acuerdo con las pruebas que se aduzcan o según la regulación que el juez puede hacer con base en el artículo 1881 del Código de Comercio, pago éste que debe hacerse en su calidad de único heredero al señor Braulio Helí Vanegas Pinzón.

"*Cuarto.* Que se tenga en cuenta en esta condenación de pago la corrección monetaria correspondiente.

"...".

2. Los hechos expuestos en la demanda como fundamento de las pretensiones anteriores se pueden resumir como sigue.

"Tiberio Vanegas Pinzón falleció el 27 de noviembre de 1983, en el accidente de la aeronave HK 2910 de Avianca ocurrido en "Mejorada del Campo", Madrid (España). Ese accidente conlleva la responsabilidad de la empresa transportadora "y la obligación de pagar al contratante damnificado o a sus herederos la indemnización de los perjuicios tanto morales como materiales".

Tiberio Vanegas dejó como único heredero a Braulio Heli Vanegas Pinzón, quien es el "continuador de su persona".

Tiberio, quien había nacido el 12 de abril de 1937 y se encontraba en la mitad de su vida, era un artista ampliamente conocido en el campo de la escultura y de la pintura, egresado de la Universidad Nacional de Colombia.

Por sus calidades artísticas se hizo acreedor a desempeñar cursos en Inglaterra y Francia, para luego regresar a su país, sin que esto se cumpliera por el desgraciado accidente.

Obtuvo una beca del Gobierno Nacional para estudiar en Europa, en donde lo hizo en diversas capitales. También estudió y expuso en ciudades del Asia.

El 26 de noviembre de 1983, en compañía de otros artistas nacionales, emprendió el vuelo para reintegrarse a su país como profesor de la Universidad Nacional, pero el trágico accidente puso término a su vida.

"La Dirección General de la Aviación Civil de España dio cuenta de las investigaciones del accidente de la aeronave en que viajaba el señor Tiberio Vanegas Pinzón y así el mundo pudo conocer que según la "caja negra" hubo vacíos de vigilancia; se admite que el piloto de la aeronave, capitán Tulio Hernández, equivocó su posición y se dirigió a interceptar el sistema de aproximación por instrumentos (ILS), descendiendo por todos los márgenes de seguridad".

3. Corrida en traslado a la empresa demandada la demanda anterior, la respondió oponiéndose a las pretensiones del actor. De la mayoría de los hechos dijo no constarle; del concerniente a los resultados de la investigación del accidente, dijo que no era cierto.

Como excepción propuso la de "petición de más de lo debido", bajo protesta de no estar reconociendo obligación alguna a cargo suyo.

4. Tramitada la primera instancia, el Juzgado dictó la sentencia cuya parte resolutiva es como sigue:

"1. Declarar infundada la objeción al dictamen pericial.

"2. Declarar que la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S.A., Avianca, incumplió a Tiberio Vanegas Pinzón el contrato de transporte de Francia a Colombia debido al accidente ocurrido el día 27 de noviembre de 1983, en el sitio denominado 'Mejorada del Campo' cercano al aeropuerto de Barajas, Madrid, España, viaje que traía en la aeronave HK 2910 y cuyo transporte se cumplía por la empresa citada.

"3. Condenar a la sociedad demandada a pagar por concepto de perjuicios por muerte de Tiberio Vanegas Pinzón la suma de dieciocho millones trescientos veintitrés mil ochocientos noventa y tres pesos moneda legal colombiana ($18.323.893.00) fijada pericialmente, pago que debe hacerse al señor Braulio Helí Vanegas en su calidad de único heredero del fallecido.

"4. Se declaran improbadas las excepciones.

"...".

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Apelada la determinación anterior por la parte demandada, el Tribunal en la que es materia del presente recurso, dispuso lo siguiente:

"*Primero.* Confirmar los ordinales 1, 2, 4 y 5 de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá...

"*Segundo.* Reformar el ordinal 3 de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la sociedad demandada a pagar por concepto de perjuicios por muerte de Tiberio Vanegas Pinzón la suma equivalente en pesos colombianos, a la cantidad de 125.000 francos suizos, al cambio de los mismos a la fecha del pago, a favor del demandante.

"...".

Las razones que tuvo el Tribunal para tomar la anterior resolución son las que a continuación se resumen.

2. La parte considerativa de su fallo la empieza el Tribunal con la observación consistente en que la acción de responsabilidad debe ejercerse a elección del demandante, en el territorio de una de las altas partes contratantes, sea ante el Tribunal del domicilio del transportador, de la sede principal de la explotación o del lugar en el que posea un establecimiento por cuyo intermedio se hubiera celebrado el contrato, o ante el Tribunal del lugar de destino, caso este último que es el que acá se presenta.

Examinados los restantes presupuestos procesales, sienta la siguiente premisa de carácter general:

"Cuando la víctima directa de un hecho lesivo fallece, en cabeza de sus herederos están radicados dos derechos indemnizatorios: de un lado, el perjuicio sufrido personalmente por la víctima directa, daño que se transmite a ellos y de consiguiente a éstos, mediante el ejercicio de la acción hereditaria, pueden reclamar y hacer efectiva la indemnización. Aunque no se trata de un perjuicio sufrido por los herederos, el daño no deja de ser personal de la víctima directa, pues sus sucesores la representan jurídicamente. Es esta la acción contractual. Ahora bien, esos mismos herederos pueden haber sufrido un perjuicio personal diferente del que se produjo al causante. Surge entonces la acción personal extracontractual de esos herederos".

De tal premisa y de la "reseña fáctica atrás realizada", infiere que en el presente caso se ejercitó "la primera de las acciones citadas, ya que persigue el abono de perjuicios previa deducción de la responsabilidad civil contractual, derivada del incumplimiento del contrato de transporte aéreo de personas".

3. Puntualiza después la normatividad aplicable al caso, y transcribe los artículos 17 y 20 del Convenio de Varsovia, así:

"El transportador es responsable del daño causado, en caso de muerte o herida o de toda otra lesión corporal sufrida por un viajero, cuando el accidente que ha causado el daño se produjo a bordo de la aeronave, o en el curso de todas las operaciones de embarque y desembarque".

"El transportador no es responsable si puede probar que él y sus representantes han tomado las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas".

4. Pasa a examinar los elementos configurantes de la responsabilidad, y en relación con el contrato de transporte dice que éste era aéreo internacional. Observa que aun cuando en este caso no se haya traído el billete demostrativo del mismo, basta probar con que éste existió, mencionando luego lo constatado en la diligencia de inspección judicial practicada a las instalaciones de la demandada.

Se refiere después a la obligación del transportador de "conducir a las personas o las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido, dentro del término, por el medio y clase de vehículos previstos en el contrato".

Señala que se encuentra establecido que Tiberio Vanegas "viajaba a bordo de la nave HK2910, vuelo número AV011 (Inspección judicial); que despegó del aeropuerto Charles de Gaulle (París) a las 22:25:35 horas del 26 de noviembre de 1983 (folio 59 informe técnico sobre el accidente); que se accidentó en el 'Término Municipal de Mejorada del Campo, a unos 12 kilómetros al suroeste del aeropuerto de Madrid, Barajas', a las 00:06:24 horas aproximadamente del día 27 de noviembre de 1983, produciéndose la muerte de 158 pasajeros, 19 tripulantes y 4 miembros de una tripulación adicional" (folios 7 y 8 del mismo informe).

Se refiere a las pruebas que, según él, demuestran que entre los pasajeros fallecidos hallábase Tiberio Vanegas, con lo cual, concluye, "se demuestra el incumplimiento de la demandada, pues no condujo sano y salvo al pasajero al lugar de su destino".

5. Acerca del daño, empieza por recordar que como en un comienzo se advirtió la ejercitada fue "una acción hereditaria, por consiguiente el actor sólo podrá reclamar los perjuicios sufridos por su causante y transmitidos por éste".

Expresa que con el hecho de la muerte de Tiberio Vanegas Pinzón "se lesionó un interés protegido por el derecho como es aquél a conservar la propia vida". Que entonces es necesario "establecer si la muerte en sí constituye un perjuicio o daño a la víctima y si se transmite o no a sus herederos, pues únicamente así puede exigirse por éstos".

Dice un poco después que "aunque el derecho a la vida es un derecho no patrimonial y como tal en algunas ocasiones no resarcible, en este caso específico sí lo es, pues lo señala la misma ley". Que la agresión a la vida, por esa mera circunstancia genera inmediatamente a favor de la misma persona "la obligación de ser resarcida íntegramente del daño" por lo que "es posible la adquisición por el patrimonio de la víctima del derecho al resarcimiento, y por ende transmisible a sus herederos".

Añade que "aunque el derecho al resarcimiento se derive de la lesión de un interés no patrimonial, sin embargo siempre se pretende el logro de una utilidad patrimonial; de aquí que no pueda ser óbice que si su titular no ha alcanzado tal utilidad ésta pueda ser conseguida por sus sucesores patrimoniales. Admitido que la posibilidad jurídica de obtener dinero del dolor, ya existía en el patrimonio del *de cujus* constituyendo un elemento del mismo, no puede quedar fuera de la sucesión".

Que, anota a continuación, "si el derecho al resarcimiento del daño no patrimonial deriva de una agresión a la vida del *de cujus*, tal hecho hace nacer inmediatamente en la víctima el derecho al resarcimiento del daño incluso del no patrimonial, y al entrar a su patrimonio se transmite a sus herederos".

De todo lo cual infiere que el actor está legitimado "para reclamar tal resarcimiento".

6. En relación con la culpa, manifiesta que la del transportador se presume, y que acorde con el mencionado artículo 17 del Convenio de Varsovia, sólo se desvirtúa con la prueba de la debida diligencia. Que Avianca no probó "que ella y sus representantes tomaron medidas necesarias para evitar el daño, o que les fue imposible tomarlas, para efectos de la exoneración de responsabilidad de que trata el artículo 20 del mismo Convenio", por lo cual se encuentra obligada al resarcimiento.

En cuanto a la relación de causalidad dice que también se presume.

7. Observa que el Protocolo de La Haya sustituyó el artículo 22 del Convenio de Varsovia, y de conformidad con el mismo, en el transporte de personas, la responsabilidad del transportista se limita a la suma de 250.000.00 francos.

Que el dictamen pericial debe desecharse en lo que respecta a que Tiberio Vanegas Pinzón hubiera podido ganar si no hubiera muerto en forma temprana, porque tales perjuicios no corresponden a la acción hereditaria, pero que sí se acogerá en cuanto "al daño causado por el fallecimiento de la mentada persona", el que fue justipreciado en 125.000 francos suizos, con fundamento en la Ley 95 de 1965, aprobatoria del Convenio de Varsovia y del protocolo adicional de La Haya; y que el personaje fallecido era un artista en plena explotación de su riqueza, a quien le esperaban los mejores éxitos, así no hubiera sido un personaje de fama mundial; pero que tampoco era un ciudadano común y corriente.

Tras consignar algunas razones orientadas a ello, dice que la objeción al dictamen debe ser desestimada

Por último, observa que como las monedas fuertes no justifican la indexación, la equivalencia de los 125.000 francos suizos a la moneda legal colombiana se hará con base en el cambio de esa moneda para el día en que se verifique el pago, mediante operación aritmética y con vista en el certificado de cambio respectivo, expedido por la autoridad competente.

LA DEMANDA DE CASACION

Cinco cargos se plantean en ella en contra de la sentencia anterior: los tres primeros con apoyo en la causal 1 del artículo 368 del C. de P. C.; el cuarto con fundamento en la causal 2, y el quinto con base en la causal cuarta.

De manera inicial la Sala estudiará los tres primeros de éstos, despachará de manera agrupada el 1 y el 2 por cuanto pueden ser objeto de críticas similares. Se ocupará finalmente del 4, el cual, aunque concierne a un error *in procedendo*, la censura que en él se plantea atañe a un aspecto particular de la sentencia. No abordará el examen del 5 porque, sin embargo de que también versa sobre un punto específico de la sentencia y no obstante estar levantado sobre un error *in iudicando*, su materia resulta absorbida por la prosperidad del cargo anterior.

Cargo primero

1. Se le imputa en él a la sentencia la violación de los artículos 666, 1008, 1010, 1012, 1013, 1040 (subrogado por el artículo 2 de la Ley 29 de 1982), 1047 (subrogado por el 6 de la Ley 29 de 1982) y 1155 del C. C.; 1602, 1603-3, 1613, 1614 y 1615 del C. C., al través de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 2 y 822 del C. de Co.; 1874, inc. 1 en su parte final y 1880 del C. de Co.; y artículo único de la Ley 95 de 1965, aprobatoria de los Convenios de Varsovia, La Haya y Guadalajara sobre unificación de algunas normas relativas al transporte aéreo internacional, cuyos artículos 17 del Convenio de Varsovia y 11 de La Haya, que sustituyó el 22 del de Varsovia, se tienen como especialmente infringidos. Esa violación es el fruto de manifiestos errores de hecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de la prueba.

2. Al emprender la tarea de la demostración, el recurrente empieza por reproducir aquellos apartes de la sentencia en los que aquél sostiene, según el extracto que de los mismos éste realiza un poco después, que "...en el caso de autos ingresó al patrimonio del causante Tiberio Vanegas Pinzón un crédito contra la empresa demandada, resarcitorio de perjuicios sufridos por aquél al perder la vida durante la ejecución del contrato de transporte que había celebrado con ésta; y que tal crédito es parte integrante de la herencia dejada por dicho causante, y está comprendido por lo tanto en el derecho de herencia del heredero único, aquí demandante...".

Agrega a continuación que el Tribunal halló que el demandante estaba legitimado en la causa para demandar para sí los perjuicios sufridos por el causante con base en la prueba de la muerte de Tiberio Vanegas en la de las circunstancias en que ocurrió, y en la de ser Braulio Helí Vanegas su heredero único, pasando a continuación a detallar los distintos medios conformantes de tales pruebas, para entonces aseverar:

"...El haberle atribuido a dichas pruebas un alcance y significación que no tienen, es lo que configura el error de hecho manifiesto que condujo a la aplicación indebida en este caso de las normas de derecho sustancial citadas en un principio como infringidas, pues a su juicio todas ellas suponen que en el patrimonio del causante existía, al momento de su muerte, el bien jurídico constituido por la indemnización que en este proceso se reclama, y que precisamente por ello tal bien pasó, como integrante de la universalidad de que hacía parte, a los herederos del difunto...".

3. Afirma que lo anterior no es cierto, y en apoyo de su punto de vista trae a cuento los siguientes argumentos:

a) El derecho a la indemnización correspondería a un derecho de crédito, y es sabido que éste presupone necesariamente dos personas titulares, una, del poder jurídico, y otra, del correlativo deber jurídico, por ende se ve que "es absolutamente imposible que un

derecho de esa clase pueda formarse faltando uno de tales sujetos", siendo tal cosa lo que ocurre cuando en el contrato de transporte fallece por causa accidental la persona transportada antes de que el transportador cumpla de manera total con sus obligaciones. "...En el momento preciso en que debía nacer el derecho a exigir una reparación a favor del transportado, éste deja de existir, ya no es una persona y no puede por lo tanto ser titular de derecho personal alguno contra el transportador; es obvio que si con la muerte cesa la persona, conforme a lo previsto en el artículo 94 del C. C., no puede ser ya sujeto de derecho, con capacidad para adquirir derechos y obligaciones...".

b) Si así son las cosas, dice luego, la tesis del Tribunal carece por completo de sentido.

"No habrá -dice- ...acción contractual de incumplimiento qué ejercitar, pues si no alcanzó a nacer el derecho, tampoco la acción. Sin que se pueda objetar que en este caso el responsable habrá de quedar impune; de un lado, porque no cabe protesta alguna de que el derecho se opere en el vacío, en este caso de que por falta del que habría de ser el acreedor, no quepa ejercitar acción contractual alguna; y de otro, porque todo aquél a quien la muerte del pasajero haya irrogado una lesión jurídica, tiene a su disposición toda la normatividad de la responsabilidad civil extracontractual para exigir la indemnización del daño que se le haya causado, en lo cual no puede dejar de verse un derecho más genuino y legítimo que el del que obra a título de heredero, pues necesario es reconocer que no guarda mucha armonía con la ética el hecho de que del infortunio de una persona haya de derivarse utilidad y provecho para el heredero"

c) Por otro lado, observa que miradas las cosas en el campo de la realidad humana, "no puede decirse que en el caso de muerte instantánea del pasajero, éste sufra perjuicio patrimonial o extrapatrimonial alguno que genere crédito indemnizatorio que pase a sus herederos".

En lo extrapatrimonial, estos residirían en el mero dolor moral que soporta el damnificado. Pero no siendo éste, como no lo es, cuantificable en dinero, el cual apenas representa una simple satisfacción simbólica o paliativo, ese perjuicio moral subjetivo es "eminentemente personalísimo, inherente e inseparable de la persona que lo pueda haber sufrido y (es) por ende intransmisible a los herederos". Por lo que, si Tiberio Vanegas hubiera alcanzado a sufrirlo, no habría pasado a heredero demandante. Amén de que la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que "el perjuicio moral no cabe sino tratándose de responsabilidad civil extracontractual no en la contractual".

d) Después observa el casacionista que el Tribunal habla "de un daño extrapatrimonial consistente en la pérdida de la vida de Tiberio Vanegas Pinzón, y por lo mismo entiende que el daño reparable de vida de la mera muerte de éste", para entonces objetar que la muerte, así sea el máximo mal que sobre una persona pueda recaer "no tiene por sí sola relevancia jurídica en el ámbito de la responsabilidad civil, y por lo mismo el mal que en sí misma implica no es objeto de reparación indemnizatoria". Que, continúa diciendo, "lo que da base por razón de ella al resarcimiento, son las repercusiones que acarrea en la vida económica la extinción de la persona". por lo que hay un craso error del Tribunal al considerar que la muerte misma de Tiberio Vanegas es un daño indemnizable, y que ese error es tanto mayor cuanto que considera que el daño lo sufrió la víctima y lo transmitió a sus herederos".

4. El recurrente, en abono de su punto de vista, trae a cuento lo expuesto por la Corte en sentencia que data del 2 de abril de 1968, y por el Consejo de Estado en la suya del 18 de junio de 1991; también por tratadistas nacionales y extranjeros, para, finalmente, observar que queda demostrada la no ocurrencia de dos hechos esenciales a la *causa petendi*, a saber:

"...Que Tiberio Vanegas Pinzón, al fallecer en el accidente del avión HK 2910 de que da cuenta la demanda, tenía un crédito y la acción contractual respectiva contra la empresa transportadora, a ser indemnizado por ésta de los daños que sufrió, de un lado; y de otro que como consecuencia de ello Braulio Helí Vanegas P., en calidad de único heredero de aquél, adquirió por el modo de la sucesión por causa de muerte aquel crédito". Que, sin embargo, el Tribunal, con base en las pruebas relacionadas en el cargo, incurriendo en el vicio de suposición de prueba, vio que tales hechos sí estaban demostrados, con lo que cometió manifiesto error de hecho "que dio lugar a que tuviera por legitimado en la causa, para demandar, al actor Braulio Helí Vanegas Pinzón, siendo así que este, aunque en verdad heredero único de Tiberio, por sustracción de materia no fue sucesor suyo en el crédito contractual cuyo reconocimiento se pretende en este proceso". Todo lo cual condujo a la violación, por indebida aplicación, de las normas que en el cargo se citan.

Cargo segundo

1. Por la vía indirecta, se le achaca en él a la sentencia, como consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas, la violación de los artículos 1602, 1603, 1610-3, 1613, 1614 y 1615 del C. C.; artículos 2, 822, 1874, inciso 1 parte final, y 1880 del Código de Comercio; artículo único de la Ley 95 de 1965, aprobatoria de los convenios de Varsovia, La Haya y Guadalajara, y en especial violación del artículo 17 del Convenio de Varsovia, y el artículo 11 del Convenio de La Haya.

2. La parte demostrativa la inicia el recurrente recordando que para el Tribunal la acción ejercitada a título hereditario por el actor, es la de responsabilidad civil contractual, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo internacional de personas, gobernado por las normas legales que cita. Que encuentra establecidos todos los elementos de la acción. Que, en cuanto al daño, hace una serie de consideraciones "tendientes a demostrar, más bien que la configuración del daño mismo..., la transmisibilidad del patrimonio de la víctima a sus herederos, por el modo de la sucesión por causa de muerte, y con aquél del derecho a su resarcimiento".

Transcribe los conceptos del sentenciador "según los cuales el daño indemnizable consiste en el mero hecho de la muerte", y recuerda que acogió el dictamen pericial "que estima en 125.000 francos suizos el monto de los perjuicios reclamados, es decir, que acepta aquella suma como valor representativo del daño consistente en la muerte misma de Tiberio Vanegas Pinzón, independientemente de todo concepto de lucro dejado de ganar por aquél a raíz de su muerte temprana...".

3. Expresa un poco después que el elemento daño debe aparecer acreditado para que proceda la condena a su reparación, salvo aquellas hipótesis especiales en que la ley misma presume el daño, y transcribe jurisprudencia de la Corte relacionada con el punto.

4. Considera que si el Tribunal condenó a la demandada al pago de los perjuicios que habría sufrido Tiberio Vanegas a raíz del accidente aéreo demostrado en el proceso "...fue porque halló en los autos prueba de que efectivamente la víctima sufrió los perjuicios que su sucesor reclama como parte integrante de la herencia...", para luego añadir que en el proceso no obra la menor prueba al respecto. De manera textual expuso:

"Aquí no hay referencia probatoria sino a ciertas condiciones artísticas e intelectuales de Tiberio Vanegas Pinzón, pero condiciones que si bien honran y exaltan su memoria, no llevan por sí mismas a configurar un daño reparable... Al haber condenado el Tribunal al pago de perjuicios que no están demostrados, incurrió en el más protuberante de los errores de hecho en la apreciación de la prueba susceptible de ser cometidos por un juzgador, cual es el de la suposición de evidencias inexistentes...".

5. Dice después que otro sentido en el que erró el Tribunal "fue en el de haberle dado a la muerte de Tiberio Vanegas Pinzón la relevancia jurídica de ser, por sí misma, daño reparable por la vía de la responsabilidad". Tras señalar que la muerte es el mayor de los males, argumenta que no obstante ello, "no da lugar a reparación posible para quien la sufre, es decir no es de suyo un mal indemnizable, y menos como elemento patrimonial del mismo difunto". Que es absurdo que "el difunto quede reemplazado en su patrimonio por un valor sustitutivo de su propia vida", siendo esto a lo que conduce la tesis acogida por el Tribunal al condenar a la demandada, "muy especialmente en cuanto, no obstante reconocer que no hay perjuicio material o patrimonial por resarcir, sostiene en cambio que la muerte da lugar a un daño no patrimonial resarcible, sufrido por la víctima y por eso transmisible a sus herederos".

6. A vuelta de reproducir jurisprudencia de la Corte, afirma que en autos no obra "prueba alguna que acredite perjuicio concreto", pasando a decir que no existe en relación con el perjuicio material sufrido por la propia víctima, el cual ni siquiera fue postulado por el actor, no habiéndose dado, de otro lado, intento alguno por probarlo; amén de que "la modestísima condición económica del artista fallecido, revelada por su última declaración de renta, los certificados de servicios expedidos por la Universidad Nacional, la diligencia de inventarios practicada en su proceso de sucesión, y hasta la propia confesión del demandante al absolver interrogatorio de parte, hubieran hecho inútil todo intento de demostrarlo...".

Que tampoco la existe respecto del perjuicio no patrimonial, "que fue el que el Tribunal dio por producido, haciéndolo consistir en la mera muerte del señor Vanegas. Pero es que -agrega- así entendido, no era demostrable sino como causa genérica de daño, jurídicamente irrelevante. Los méritos personales, intelectuales y artísticos de Tiberio Vanegas podían ser muy notables, pero al ser arrasados por su muerte ningún daño jurídicamente resarcible generaron".

7. Infiere, pues, que "si no hay prueba real del daño, en el significado jurídico de este término, ello quiere decir que en el proceso falta la prueba de uno de los presupuestos sustanciales de la acción indemnizatoria ejercitada en la demanda", lo que ha debido conducir a la absolución de la demandada. Pero que cuando el Tribunal la condenó, dando por demostrado el daño, incurrió en manifiesto error de hecho, error seguido de otro de igual índole, ligado al primero, "cual es el de haber acogido la cuantificación que de los supuestos perjuicios hicieron los peritos, cuantificación montada en el aire por

cuanto sin saberse cuál fue el daño, por sustracción de materia era absolutamente imposible apreciarlo con responsabilidad y seriedad.

Se considera

1. Para el recurrente, en el cargo primero, el Tribunal habría cometido error de hecho por suposición en la apreciación de las pruebas tendientes a establecer la muerte de Tiberio Vanegas, las circunstancias que la rodearon, y la calidad de heredero único que respecto del mismo tiene Braulio Helí Vanegas, porque todas ellas "suponen que en el patrimonio del causante existía, al momento de su muerte, el bien jurídico constituido por la indemnización que en este proceso se reclama, y que precisamente por ello tal bien pasó, como integrante de la universalidad de que hacía parte, a los herederos del difunto".

2. Empero, es de anotarse que, como desde vieja data lo tiene definido la jurisprudencia de la Corte, "si el sentenciador contempla las pruebas tal como ellas se ofrecen, sin hacerles decir nada distinto de lo que las mismas manifiestan, entonces no podría censurársele en casación por error de hecho en la apreciación de las mismas, cuando a pesar de lo que vio que ellas revelan, hubiera llegado a adoptar una decisión en pugna con las exigencias jurídicas de la realidad demostrada. El error estaría en tal hipótesis, no en el ámbito probatorio, sino en las conclusiones que, no compadeciéndose con los hechos establecidos, fuesen contrarias al derecho sustancial. Lo que quiere decir que, en tal evento, el ataque tendría que hacerse en el recurso extraordinario, por infracción directa de la ley de esa especie, es a saber, independientemente de todo yerro en la estimación probatoria" (CXVII, pág. 174).

3. En el anterior orden de ideas y contrariamente a lo sostenido por el recurrente, a la Sala no le queda ninguna duda sobre que la estimación de las pruebas cumplida por el *ad quem* se ciñó en un todo a la objetividad de las mismas. En efecto, reparó en que Tiberio Vanegas, por virtud de un contrato de transporte ajustado con la empresa demandada, era pasajero del avión HK 2910; percibió que falleció en el accidente sufrido por la aeronave el 27 de noviembre de 1983; apreció que el demandante era su hermano legítimo y, como tal, heredero suyo; tuvo en cuenta, además, que en esta condición presentóse a reclamar judicialmente los perjuicios sufridos por aquél a raíz de su muerte.

Allí, en ese trazado fáctico, no hay distorsión de la prueba por suposición de la misma. El juzgador la consideró tal cual ella se presenta, siendo entonces cuestión por completo diferente la que incumbe a las consecuencias que de ese material extrajo, las cuales, según lo visto, tienen que ver con la resarcibilidad del perjuicio que a la víctima acarreó su muerte.

Ciertamente, el aspecto central de todo el problema, conforme es presentado dentro del cargo, estriba en despejar la incógnita de si el perjuicio causado a la víctima por su muerte genera en favor suyo el derecho a la indemnización respectiva, y si, por lo mismo, este derecho resulta transmisible a sus herederos.

A la Sala le trasluce, con meridiana claridad, que, tal como el Tribunal lo abordó, el análisis del asunto, en su fase orientada a fijar, las pautas juzgadas como indispensa-

bles para esclarecerlo, no lo ubicó en el mero entorno de los hechos, conforme lo cree el recurrente, sino en el jurídico, como pasa a verse.

4. Si la sentencia se mira con cierto detenimiento en el aparte destinado al examen del aspecto que toca con el "daño causado", se encuentra que allí se consignan las siguientes premisas de carácter general:

a) Siendo la ejercitada una acción hereditaria, al actor sólo le es dable reclamar los perjuicios sufridos y transmitidos por el causante;

b) Está suficientemente demostrada la muerte de Tiberio Vanegas Pinzón durante el cumplimiento del contrato de transporte;

c) Con el hecho de la muerte se lesionó un interés protegido por el derecho como es el que tiende a la conservación de la propia vida.

De esas tres proposiciones únicamente la segunda tiene un riguroso carácter fáctico, y el recurrente no la combate.

En cuanto a la primera, se puede, incluso, afirmar que de la misma parte el censor para desplegar su ataque, como quiera que estima que dentro de los perjuicios transmitidos a los herederos de la víctima y por ellos exigibles, no se encuentran los provenientes de su muerte.

Y por lo que toca con la tercera, el impugnante aparentemente coincide con ella, ya que expresa que "la muerte (es) el máximo mal que pueda recaer sobre una persona". De todos modos, lo que importa retener es que no pone en tela de juicio lo manifestado por el sentenciador.

Es sobre las antedichas premisas que el Tribunal entra a exponer el planteamiento medular del debate, puesto que anuncia la necesidad de establecer si la muerte en sí constituye un perjuicio para la víctima, y si se transmite o no a sus herederos, cuestión que, como en su momento se vio, la aborda con invocación del artículo17del Convenio de Varsovia, el cual,conforme al entendimiento que le brinda, señala al transportador como responsable en caso de muerte del pasajero, cuando el accidente se produjo a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque, Y, previa la adopción de la aludida norma,concluyó que "...aunque el derecho a la vida es un derecho no patrimonial y como tal en algunas ocasiones no resarcible, en este caso específico sí lo es, pues lo señala la misma ley", exponiendo a continuación las razones que, a su modo de ver las cosas, abonan esta conclusión, y deduciendo luego que el actor sí esta legitimado para reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos por la víctima a raíz de su muerte.

En síntesis y conclusión, es diáfano que el juicio del Tribunal relacionado con la legitimación en la causa del actor es fruto, no de cierta estimación cumplida respecto de algunos medios probatorios, sino del alcance que le otorgó a una norma legal tenida por él como la medida básica del caso.

El recurrente por su parte, adoptó el método contrario, o sea, partió de los hechos para arribar a la conclusión consistente en que, jurídicamente, los perjuicios cuyo pago se ha buscado por medio de este proceso no son resarcibles, de lo cual infirió el error de hecho que le endilga al Tribunal.

De manera que si el juzgador considera que esa clase de daño es indemnizable porque la ley lo ordena y el impugnador objeta que en el derecho colombiano ello no es posible, se cae de su peso colegir que el desacuerdo entre ambos no es de naturaleza fáctica, sino de la ley aplicable, por lo que el recurrente ha debido plantear este cargo primero por la vía directa. Entre él y el Tribunal, repítese, no existe desacuerdo de carácter fáctico en este cargo.

5. Al cargo segundo, aplicado, como se ha visto, a censurar la sentencia por haber juzgado que existía prueba del daño, le caben críticas similares a las dirigidas en relación con el cargo anterior. Pero también reparos específicos.

Comenzando por estos, el casacionista recrimina al Tribunal porque, al existir solo una mera referencia a ciertas condiciones artísticas e intelectuales de Tiberio Vanegas las cuales no llevan por sí mismas a constituir un daño reparable, supuso la prueba del perjuicio.

Empero, el sentenciador no tuvo esos rasgos o atributos como elementos caracterizadores del perjuicio, sino que, como es palmario, ese perjuicio lo halló en la muerte de la víctima: "Con el hecho de dicha muerte se lesionó un interés protegido por el derecho como es aquél a conservar la propia vida", dijo de manera textual. Este, por tanto, fue el perfil -incluso- que le brindó al daño. Es, por supuesto evidente que se refirió a las condiciones artísticas e intelectuales del difunto, mas esa alusión tenía el propósito de determinar la magnitud del daño y no el de fijar su existencia.

El recurrente, no resulta superfluo anotarlo, no combate la apreciación de las pruebas cumplidas por el Tribunal con miras a dar por demostrados tanto la muerte en sí como el escenario en que se produjo, a lo que, lógicamente, ha debido entrar si buscaba objetar la conclusión atinente a la existencia del daño.

Otra cosa, es claro, como ya se ha dicho, venía a ser la idea de la resarcibilidad de ese perjuicio en cabeza de la víctima con la consecuencial transmisión a sus herederos, de lo cual el censor se ocupa en la segunda parte del cargo.

6. En efecto, se ha visto como allí se le enrostra al *ad quem* manifiesto error de hecho por "haberle dado a la muerte de Tiberio Vanegas Pinzón la relevancia jurídica de ser, por sí misma, daño reparable por la vía de la responsabilidad", idea esta que el impugnante hace descansar, de modo fundamental, en que es absurdo que "la pérdida de la vida sea conmensurable económicamente como cualquier mercancía; y, sobre todo en que el difunto quede reemplazado en su patrimonio por un valor sustitutivo de su propia vida".

No obstante, aquí, al igual que en el cargo primero, el recurrente pierde de vista que el carácter indemnizable de la vida, como derecho atribuible a la víctima misma, lo infirió el Tribunal del artículo 17 del Convenio de Varsovia, que tuvo como una norma reguladora del caso por virtud de lo prescrito en la Ley 95 de 1965, lo que lleva a decir que para abrirle paso a su idea de la no resarcibilidad el casacionista tenía que haber comenzado por destruir este soporte del fallo, demostrando que, por el motivo que tuviera como adecuado, esa regla legal no está llamada a gobernar casos como el presente.

7. En el mismo orden de ideas, el reparo que el impugnante le endereza al Tribunal por el acogimiento de la cuantificación de los perjuicios hecha por los peritos, la cual considera como "montada en el aire por cuanto sin saberse cuál fue el daño, por sustracción de materia era absolutamente imposible apreciarlo con responsabilidad y seriedad", queda propuesto por fuera de la razón o motivo primordial del fallo.

8. Finalmente, debe la Sala advertir que es en razón de los anteriores escollos que no puede entrar a ocuparse de la tesis de fondo adoptada por el Tribunal, en particular sobre lo concerniente a la indemnizabilidad del perjuicio proveniente de la pérdida de la propia vida, mirada a la luz de las disposiciones en que dijo amparar o fundamentar su decisión, ni tampoco de los problemas aledaños o consecuentes con la orientación que le dio al caso.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

Cargo tercero

1. Se denuncia en él la sentencia como violatoria del artículo 307 del C. de P.C., "indebidamente aplicado en la primera parte de su inciso primero; y no aplicado en la segunda, violación generada a consecuencia de errores manifiestos de hecho cometidos por el *ad quem* en la apreciación del dictamen pericial sobre el avalúo de perjuicios visible a folios 168 a 170 del cuaderno principal".

2. En orden a sustentarlo, el recurrente empieza por mencionar lo expuesto por el Tribunal para acoger el dictamen pericial, para decir después que "según lo previsto en el artículo 237 del C. de P.C., numeral 6, todo dictamen pericial debe ser claro, preciso y detallado, y debe explicar los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones", añadiendo que conforme al artículo 233 *ib.*, el peritazgo es prueba destinada a la producción de juicios de valor sobre los hechos que requieren de conocimientos y prácticas especiales, por lo cual es afirmable, dice, que "la prueba pericial supone como antecedente necesario y obligado que en el proceso respectivo estén previamente acreditados, mediante las pruebas pertinentes al efecto, los hechos sobre los cuales ha de versar el juicio de valor cuya emisión se confía a los peritos".

De otro lado, recuerda que con la sujeción de los artículos 241 y 187 *ib.*, el juez, a fin de apreciar el dictamen, debe tener en cuenta la "firmeza, precisión y calidad de los fundamentos, competencia de los peritos, y los demás elementos probatorios que obren en el proceso" sin que esto conduzca a decir que el poder de apreciación del juez no sea susceptible de control, especialmente si acoge el dictamen "no obstante ser manifiesto que ha recaído sobre hechos no probados, o cuando sus fundamentos son precisos o pobres, o los peritos carezcan de los conocimientos que exija la cuestión especial sometida a su concepto".

3. En alusión, ya, al presente caso, expone que el avalúo en francos suizos, cumplido por los peritos "está montado sobre el más absoluto vacío, es decir, sin apoyo en hecho o circunstancia relevante alguno que pudiera servir de piso al estimativo. (Que) allí se toma en cuenta para efectos del avalúo el simple hecho de haber muerto el artista Vanegas Pinzón y las calidades y cualidades que lo adornaban, además del futuro que su riqueza artística le auguraba".

Opone entonces que ese no es fundamento adecuado porque, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, "la pérdida de la vida, así sea un mal máximo, no es constitutiva de suyo de daño indemnizable... Es que -continúa un poco después- la pérdida de la vida configura un mal abstracto, considerada en sí misma, y un mal manifiestamente extrapatrimonial, por esto sólo no susceptible de evaluación económica...".

Agrega que hay una manifiesta contraevidencia en la afirmación del Tribunal consistente en que el dictamen reposa sobre amplia sustentación, cuando lo real es que está montado sobre el más absoluto vacío.

Hubo, afirma, un manifiesto error de hecho del Tribunal cuando le dio trascendencia probatoria al dictamen y con base en él condenó al pago de una suma determinada, la cual, a su vez, es ostensiblemente caprichosa y arbitraria.

4. Critica al Tribunal por haber admitido que los peritos estimaran la indemnización en francos suizos, en lo que ve otro error, que aunque tangencial, dice que le da mayor dimensión al primero.

5. Trae entonces, a cuento la jurisprudencia de la Corte donde se le ha atribuido estructura de norma de derecho sustancial a la contenida en el artículo 307 del C. de P. C., por lo cual su violación es denunciable en casación.

Sobre esas bases, pide que se case la sentencia del Tribunal que condenó en concreto al pago de perjuicios, se revoque la del Juzgado, "y se tomen por la Corte, si así lo considera, las medidas autorizadas para caso como ese en la parte final del inciso primero del mencionado artículo 307 del C. de P.C., y en la primera parte del inciso segundo del mismo".

Se considera

1. El cargo, fincado en la causal primera de casación, tiene como punto de partida la consideración consistente en que el artículo 307 del C. de P.C. es de carácter sustancial, según definición de la propia jurisprudencia de la Corte.

Si bien es cierto que en distintos pronunciamientos, la Sala admitió que, dentro de los límites marcados por el mismo tenor del precepto -artículo 307 del C. de P. C., -aquél alcanzaba la citada calidad -sustancial- tampoco se puede dejar de señalar que a una conclusión como esa se llegó por virtud de la estructura y de la función que, antes de la reforma que le introdujo el Decreto 2282 de 1989, caracterizaban a la norma legal.

Realmente, cuando dentro del proceso se contaba con la prueba de la existencia del perjuicio -o, en su caso, de alguno de los demás conceptos enumerados en el precepto mas no con la de su cuantía, podía el juzgador producir una condena in genere, a fin de que en incidente a ser adelantado con ulterioridad se fijase aquélla.

El rango sustancial de la norma lo vio la jurisprudencia, en la sentencia citada por el impugnante, en que "...tal precepto no se limita a indicar un determinado comportamiento del juez al proferir la sentencia condenatoria, sino que, a más de ello, consagra en favor de los litigantes el derecho a que la condena sea ora en concreto o

ya en abstracto, según que las bases probatorias existentes en el proceso permitan o no conocer precisamente el monto o cuantía de la prestación reconocida.

"Pues lo que parece evidente agregaba el fallo es que, en casos tan singulares como el presente, si la censura en casación estima que la condena por perjuicios debe imponerse a su demandado en forma abstracta y no en guarismo determinado, el derecho que se considera conculcado no puede encontrarse en precepto legal distinto al referido (artículo 307 del C. de P.C.), el cual por tanto, para integrar el cargo en casación, tiene necesariamente que citarse como vulnerado, así sea relacionándolo con otro y otros" (Cas. Civ. 19 de abril de 1978, sin publ.).

2. Con ocasión de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989 al C. de P. C., el artículo 307 fue materia de una profunda y radical transformación. Su expresión actual, en los apartes que interesan para el despacho del presente cargo, es la siguiente:

"...La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados. *Cuando el juez considere que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin.*

"De la misma manera deberá proceder el superior para hacer la condena en concreto omitida total o parcialmente por el inferior, o para extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado.

"El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo, constituye falta sancionable conforme al régimen disciplinario.

"..."

Es, pues, indiscutable que la posibilidad jurídica de emitir una condena in genere ha desaparecido. La norma es categórica cuando determina que la condena, por los aspectos antes citados, debe hacerse por cantidad y valor determinados.

Ahora bien, tampoco se puede negar, pues ello brota con toda nitidez de la innovación legislativa, que la norma, en su nueva formulación, contiene una pauta para el juez, como que le señala el camino a seguir a fin de que la condena, cuando haya lugar a proferirla, lo sea de manera concreta. Y si alguna duda pudiere subsistir en torno a la condición de regla de conducta para el juez que se le adscribe, ella se disipa observando que el inciso últimamente transcrito dice que el juez incurre en falta reprimible disciplinariamente cuando se abstiene de proceder según se le indica en la regla legal.

Mas por fuera de la apuntada condición, ¿se podrá pensar que el precepto es también regla de derecho sustancial? Considera la Sala que si antes se sostuvo tal cosa, hoy ya no es posible por la sencilla razón consistente en que el supuesto sobre el cual se levantaba el derecho deducido por la jurisprudencia ha desaparecido. Con mayor aproximación, si antes se planteaba una alternativa entre que la condena pudiera ser en concreto o en abstracto, extremos de los que se hacía depender la condena cuando se juzgaba pertinente su proferimiento, hoy ya las cosas no pueden asumir ese cariz, como que la cantidad y el valor determinados, de los que habla el precepto, han dejado de ser aspectos postergables del derecho, para convertirse en elementos cuya definición

tiene que marchar a la par con el de la presencia misma del concepto respectivo, o sea, para el caso, con la del perjuicio.

Por haber desaparecido el desdoblamiento de la prueba, el derecho correspondiente -en este evento el que tiene por objeto el perjuicio-, para que el juez lo pueda perfilar en una decisión condenatoria requiere que se establezca en sus dos dimensiones, o sea, en su existencia y en su cuantía, y que tal cosa ocurra concomitante o simultáneamente dentro de las oportunidades probatorias que la norma prevé, pues de lo contrario la decisión no podrá ser más que desestimatoria. De manera que la disyuntiva para el juez tiene en este momento una connotación diferente a la que enfrentaba cuando debía obrar con sujeción al enunciado de la norma anterior, porque las opciones que ahora le brinda el mandato legal, son sólo radicables en el estadio previo a la condena misma y con miras a imponerla o a abstenerse de hacerlo.

En casación, la determinación que entonces tome, será impugnable con base en la causal primera, con denuncia de la infracción de las pertinentes disposiciones sustanciales, por la vía directa o indirecta, mas dentro de estas ya no es entonces incluible el artículo 307 del C. de P.C. De hecho el recurrente, en la actualidad, no le es dable invocar un derecho a que se produzca una condena en concreto en lugar de una en abstracto; o viceversa. Tampoco, a que no se produzca en uno u otro sentido. Menos todavía, a que se disponga la práctica de pruebas tendientes a fijar el monto de la condena, o, en defecto de las mismas, a que se absuelva al demandado.

En suma si la norma en que se apoya ha perdido su carácter sustancial y la sentencia impugnada se produjo después de que entrara en vigor la reforma que le hizo perder ese carácter, amén de que tanto ella como la de primera instancia lo fueron en concreto -sin que el recurrente, a la sazón reclamara porque lo debía ser en abstracto, se debe seguir que el cargo es ingrospero.

Cargo cuarto

1. Planteado con base en la causal segunda de casación, en él se acusa la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda.

Su fundamentación es la que a continuación se compendia.

2. Recuerda el censor que en la demanda, la parte actora, al formular sus pretensiones, solicita la declaración de que "La Empresa demandada está obligada a pagar por esos perjuicios la suma de trece millones de pesos ($13.000.000.00) moneda corriente, o la cantidad que se demuestre de acuerdo con las pruebas que se aduzcan o según la regulación que el Juez puede hacer con base en el artículo 1881 del Código de Comercio, pago que debe hacerse en su calidad de único heredero al señor Braulio Heli Vanegas Pinzón".

Dice que entendiendo el texto anterior con todo el rigor lógico del caso, parece claro "el propósito de la parte actora de limitar a la suma de trece millones de pesos (más el reajuste monetario solicitado en pretensión posterior, que es otra cosa), el monto de la indemnización de perjuicios que reclama". Aludiendo al agregado que viene a continuación, dentro de la misma pretensión, manifiesta que debe entenderse que lo que el demandante solicita en subsidio "de la cantidad señalada como máximo, (es) la inferior

a esa que alcance a acreditar". Anota a renglón seguido que "en punto al cabal entendimiento de una demanda, como en general la de cualquier acto o declaración de voluntad privada, y es sabido que en la demanda se halla contenido un acto de esta clase, todo detalle debe ser tenido en cuenta". Que, entonces, "el mero orden en que se digan las cosas tiene ya una alta significación, y por eso si aquí se dijo en primero término que se aspiraba a una condena por un valor de trece millones de pesos, lo dicho sobre ese mismo particular, pero en seguida, no pudo ser sino para la hipótesis de que el perjuicio que se demostrara fuera de cuenta inferior", y que si así no se entendieran las cosas, la afirmación inicial carecería de sentido y sería como una declaración neutra y sin efectos.

3. Reproduce jurisprudencia de la Corte relacionada con la cuantía de la pretensión, y observa que "la condena proferida contra la empresa demandada asciende a suma muy superior a los trece millones pretendidos como máximo en la demanda. En efecto -añade- acatando los cálculos de los peritos avaluadores, que habiendo fijado dentro del marco del convenio Varsovia-La Haya en 125.000 francos suizos el monto del perjuicio convirtieron esa suma en $18.323.893.00 moneda colombiana, a la tasa de cambio del 12 de marzo de 1987, fecha del dictamen; acatando esos cálculos, se repite, el juez de la primera instancia condenó al pago de la citada cantidad en moneda colombiana. En lo sustancial del Tribunal, al condenar a los mismos 125.000 francos suizos, pero a la tasa de cambio del día del pago, condenó también a suma superior a los $13.000.000.00 en moneda colombiana señalados como límite de sus aspiraciones por el actor en su demanda".

Asevera, finalmente, que hubo una decisión ultra y que la sentencia debe casarse para que la condena se ajuste a los límites de la demanda inicial.

Se considera

1. La sentencia, dice el artículo 305 del C. de P. C., en su inciso 1, debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda. En su inciso 2 el mismo precepto, como uno de los desarrollos específicos de la aludida exigencia, añade que el demandado no puede ser condenado por cantidad superior de la pretendida en la demanda.

La anterior, como es bien sabido, es una regla de conducta para el juez cuya omisión constituye un error in procedendo, *reprimible en casación con fundamento en la causal 2 del artículo 368 del C. de P. C.*

Como quiera que, de otro lado, el juez tiene la atribución de interpretar la demanda, tarea en la cual puede incurrir en un yerro de apreciación probatoria, que en casación es impugnable en los términos de la causal 1 del precitado artículo, se ha de tener sumo cuidado para deslindar los campos en que uno y otro tipo de desacierto son perfectibles.

A este propósito, viene al caso señalar, teóricamente considerada la cuestión, que el error in procedendo, *tipificador de la incongruencia, y el error de apreciación probatoria, propio de la causal primera, en que el juez puede caer en relación con el escrito de apertura del proceso, difieren en que mientras que en el primero el juez se desentiende de la regla legal que le exige tener tal escrito como ineludible punto de*

referencia al momento de proferir su decisión, en el segundo, por el contrario, se apoya en el mismo, mas lo hace de una manera equivocada, lo infándole un alcance que realmente no le corresponde.

2. Con sujeción a lo anterior, en el presente caso no ofrece ninguna duda que el Tribunal no paró mientes en la forma y términos de los que el actor se valió a fin de presentar su pretensión, como que nada dijo al respecto.

En cambio, lo que hizo fue tomar, tomó en cuenta, de una parte, el texto de la ley -que identificó en el artículo 22.1 del protocolo adicional de La Haya-, y de la otra el dictamen pericial: En aquélla advirtió un límite máximo para el monto de la indemnización, y en éste encontró una tasación de 125.000 francos suizos, la cual, al hallarla dentro del marco legal, acogió sin reservas, añadiendo, además, que al convertirla a pesos colombianos, para los efectos del pago, debía tenerse en cuenta la tasa de cambio vigente en tal momento.

Si, opuestamente, el *ad quem* procede conforme al mandato del artículo 305, citado, se habría encontrado con que, en el aparte específico de la pretensión, el actor solicitó una condena al pago de "*la suma de trece millones ($13.000.000.00) moneda corriente*, o la cantidad que se demuestre de acuerdo con las pruebas que se aduzcan o según la regulación que el juez pueda hacer con base en el artículo 1881 del Código de Comercio...". (Se destaca).

Pero no lo hizo y, en consecuencia, su decisión resulta ser claramente incongruente.

3. En tratándose de la causal de incongruencia, la prosperidad del cargo representa que de la decisión impugnada se elimine aquello que genera la disconformidad y que, en su reemplazo, se adopte una determinación coherente con la demanda, en sus hechos o pretensiones, o con las excepciones del demandado, según fuere el caso.

En el que constituye la materia de la presente *litis*, la supresión de esa discordancia significa volver sobre lo que constituyó el pedimento del demandante quien, por lo visto, empezó por concretar en un guarismo ($13.000.000.00) el monto de sus aspiraciones, para, a renglón seguido, abrir las posibilidades a cantidades diferentes, según lo que en el proceso se llegase a demostrar.

Ahora bien, el actor no contrariaba la exigencia del ordinal 6 del artículo 75 del C. de P. C., si al momento de configurar su pretensión que prescinde de determinar el importe y solicita que la condena se hiciera por la cantidad que resultara probada dentro del proceso, puesto que con una formulación de este tipo no hubiera atentado ni contra la claridad ni contra la precisión con que debe ser expuesto lo que se depreca. No contra la claridad, debido a que una presentación semejante, estimada dentro del contexto del petitum *de la demanda, resulta perfectamente entendible; y no contra la precisión, porque si bien la ley manda que en punto de perjuicios u otra cosa semejante la condena se haga en concreto, no dice otro tanto en relación con la precedente solicitud, debiendo entenderse, en consecuencia, que la exactitud o precisión queda satisfecha con la indicación de aquellos datos que permitan, darle a lo pedido un perfil*

o singularidad que no conduzca a su confusión con otros conceptos más o menos aledaños.

Mas desde el instante mismo en que el actor cuantificó sus aspiraciones y lo determinó de un modo tal que su presentación asume el cariz dominante en el respectivo sintagma, esa cuantía no se torna en el elemento definidor de una claridad o precisión indispensables -o, incluso, mayores- a la pretensión, sino que le traza un límite. Límite que al fallador no le es dable desconocer puesto que, como en un comienzo se señaló, según lo prescrito por el artículo 305 del C. de P. C., en su inciso 2, el demandado no puede ser condenado por cantidad superior a la pretendida en la demanda. Cosa distinta hubiera sido que el demandante emplease otros términos para precisar su pretensión, o sea, que se hubiese abstenido de utilizar cifras concretas, o que las hubiese utilizado con un sentido diferente al que de hecho empleó (Cfr. G. J. t. LXXXIII, pág. 627, y CLXXXVIII. 2ª sem. pág. 140).

4. De lo discurrido se sigue que de la decisión del Tribunal la Sala reproducirá aquellas determinaciones que no resultan afectadas por el cargo, y, en lo atañedero a la que sí lo es, modificará la resolución del Juzgado para ajustarla a los términos de los que el demandante se valió con el propósito de exteriorizar su pretensión, sin que, además, entre a examinar el soporte probatorio de la condena, pues él queda excluido del ámbito de la censura tenida como exitosa.

Pero, por otra parte, conviene precisar que la parte actora adhirió a la apelación de la demandada para que se proveyera en relación con la corrección monetaria que había pedido en su demanda. Sin embargo, su recurso no puede abrirse paso, entre otras razones, porque al haberle fijado un límite de $13.000.000.00 a sus aspiraciones, no puede pretender que el mismo se franquee por la vía de la valorización monetaria, la cual precisamente, superaría aquél.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *Casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que data del veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro de este proceso seguido por Braulio Helí Vanegas Pinzón como heredero de Tiberio Vanegas Pinzón, frente de la empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca), y, en su lugar,

RESUELVE:

"Primero. *Confirmar* los ordinales 1, 2, 4 y 5 de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá el día veintidós de junio de mil novecientos ochenta y siete.

"Segundo. Reformar el ordinal 3 de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la sociedad demandada a pagar por concepto de perjuicios por la muerte de Tiberio Vanegas Pinzón la suma de trece millones de pesos ($13.000.000.00)".

"Tercero. Costas de la segunda instancia, en un setenta por ciento (70%), a cargo de la parte demandada".

Sin costas en el recurso de casación.

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

Indicio / Error de Hecho

La indiciaria es la prueba indirecta por excelencia, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida.

Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser contraevidente. Pero la eficacia probatoria del indicio también depende de la intensidad o del vigor con que se manifieste el enlace entre el *factum probandum* y el *factum probans*. Entre más ceñido a la lógica y a las máximas de la experiencia se vea la inferencia, mayor será la significación probatoria del indicio./ En la casación el error de hecho por la no apreciación de los indicios se puede presentar porque el sentenciador ignora la presencia del hecho indiciario, siempre y cuando, claro está, la existencia de éste se halle satisfactoriamente fijada, o, al contrario, porque sin estarlo, lo suponga. O porque viéndolo ,se abstenga de extraer de él la inferencia que lógicamente corresponde, o extraiga una que sea contraevidente. O, en fin, porque, no obstante verlos distintos indicios, cuando son contingentes, no los relaciona o concatena a fin de apreciarlos en conjunto.

Responsabilidad / Culpa

Si lo que se reduce es la apreciación, es decir, la estimación o la cuantificación del daño, cuando quien lo padece se ha expuesto a él de una manera imprudente, se debe ante todo entender que no es, como por algunos se suele afirmar equivocadamente que se produzca una compensación entre la culpa del demandado y la de la víctima, porque lo que sucede, conforme se infiere del propio tenor del precepto, es que entre la denominada culpa de la víctima y el daño ha de darse una relación de causalidad, como también debe existir con la del demandado. Por eso, cuando ambas culpas concurren a producir el daño, se dice que una y otra son concausa de éste.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de noviembre de 1993.

Radicación: Expediente número 3579.

Despacha la Corte el recurso de casación interpuesto por ambas partes en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo que data del veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por los señores José Gonzalo Sánchez Castro y Elizabeth Barrera de Sánchez en frente de la sociedad "Purina Colombiana S. A.".

ANTECEDENTES

1. Al Juzgado 2º Civil del Circuito de Duitama le correspondió por reparto asumir el conocimiento de la demanda presentada por los demandantes citados con el objeto de que, previos los trámites de un proceso ordinario a surtirse con citación de la demandada también nombrada, se dictase sentencia en la que se tomasen las siguientes determinaciones:

a) Que la demandada es civilmente responsable y está obligada a pagarle a los demandantes la suma de ocho millones noventa y siete mil seiscientos pesos ($8.097.600), por concepto del precio de nueve mil setecientos sesenta y cuatro (9.764) codornices muertas, discriminadas así: 8.764 codornices ponedoras, con un precio unitario de $900.00, para un total de $7.887.600 -600 codornices en la etapa de cría, a un precio unitario de $1.500, para un total de $900.000; y 400 codornices de levante, a un precio unitario de $300, para un total de $120.000. En subsidio, la suma que fijen los peritos que se designen en la oportunidad legal "teniendo en cuenta en todo proceso la corrección monetaria imperante en el momento del fallo";

b) "Que se condene a la demandada a pagarle a sus demandantes la suma de dieciséis millones ciento catorce mil ochocientos noventa y seis pesos ($16.114.896.00), o en subsidio la que fijen los peritos, por concepto de lucro cesante proveniente de la venta diaria de 7.008 huevos que producían las codornices ponedoras, a razón de $4.05 moneda corriente, cada unidad, teniendo en cuenta la corrección monetaria imperante en el momento del fallo y también la duración de la postura, que es de dos años, descontando el treinta por ciento (30%) por concepto de alimentación y administración";

c) Que se condene a la demandada a pagarle a sus demandantes "el valor de los intereses, con la respectiva corrección monetaria del producto comparado y pagado por éstos al distribuidor 'Avícola...', que según factura suma la cantidad de novecientos cuarenta mil cuatrocientos siete pesos ($940.407.00) moneda corriente, junto con sus intereses corrientes del tres por ciento (3%) mensual desde cuando se hicieron los pagos por razón de la compra del producto y hasta cuando Purina Colombiana S. A., cancele su valor";

d) Que la demandada debe pagar a los demandantes la suma de dos millones de pesos ($2.000.000.00), "por concepto de perjuicios morales, objetivos, causados con la conducta culpable, negligente e imprevisiva de dicha sociedad, al producir y dar al consumo su producto llamado 'Codornicina', que terminó con la floreciente industria avícola 'Gonely' y los esfuerzos de orden intelectual y material de sus propietarios aquí demandantes";

e) Que la demandada sea condenada a pagarle a los demandantes los perjuicios morales subjetivados, cuyo valor será fijado por el juzgado prudencialmente:

f) Que la demandada sea condenada a pagarle a los demandantes la suma de ocho millones de pesos ($8.000.000.00) "por concepto de 'good will' de la industria avícola de su propiedad";

g) Que también se le condene al pago "de los intereses corrientes a razón del tres por ciento (3%) mensualmente, por concepto de las condenas que se le hagan, a partir de la ejecutoria de la sentencia respectiva y hasta cuando se efectúe el pago". Y, finalmente, al pago de las costas del proceso.

2. Esas pretensiones se basaron en los hechos que así se resumen:

Con base primordialmente en créditos, incluidos los de la Ley 5', los demandantes montaron en la ciudad de Paipa una granja avícola denominada "Gonely", destinada a la producción y mercadeo de huevos de codorniz, la cual llegó a producir por los meses de enero de 1983 a septiembre de 1984 hasta 8.000 y más huevos diarios, distribuidos principalmente en Bucaramanga, pero también en Bogotá e Ibagué, fuera de los vendidos localmente. El producido bruto de las ventas de huevos alcanzó la suma de cuarenta mil pesos ($40.000.00) en el tiempo acabado de señalar, durante el cual las codornices se alimentaron con el producto llamado "Tulipán".

Por iniciativa del doctor Guillermo Nieto, Asistente Técnico de la Distribuidora "Purina Colombiana S. A.", se cambió el mencionado alimento por uno producido por "Purina", denominado caprichosamente "Codornicina", del cual se compraron 505 bultos a "Aviboy", en la ciudad de Duitama, por la suma de novecientos veintiún mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos ($921.453.00).

La industria avícola marchaba en forma normal y floreciente hasta cuando, de modo súbito, los almacenes vendedores empezaron a devolver los huevos y a suspender los pedidos porque, a los tres días, los huevos entraban en proceso de putrefacción, fenómeno que en los climas calientes se remonta a los veinte días o más, y en climas medios y fríos duran hasta dos meses sin alteración alguna.

Iniciada una investigación interna se pudo constatar que al romper los huevos presentaban indiscriminadamente un punto blanco en su yema y en la membrana de la cámara de aire, haciéndose notoria la presencia de hongos, determinándose en el laboratorio que sufrían de contaminación.

Simultáneamente empezaron a morir las codornices, no sólo las ponedoras, sino también las de levante y las recién nacidas.

Consultados laboratorios y profesionales expertos en la materia, mediante el examen de codornices muertas, se encontró la presencia en su oviducto de un gran índice de contaminación, de carácter irreversible porque generaba una enteritis, causa principal de la mortalidad.

Al establecerse la causa de la contaminación bacteriana y micótica, se pudo constatar que el origen de todo el problema se encontraba en el alimento "Codornicina", producido por la demandada, ilícita y clandestinamente, como que el ICA informó que ese producto estaba siendo elaborado y lanzado al mercado, sin licencia, esto es, ilícitamente.

Examinados algunos bultos del producto "Codornicina", por laboratorios y por el ICA mismo, se encontró que por la mala calidad del producto se había suscitado la contaminación, sin que hubiera tratamiento adecuado para las codornices.

El ICA decomisó y destruyó varios bultos del aludido alimento, inclusive los encontrados en la granja "Gonely".

Practicada una diligencia de inspección judicial extraprocesal a la granja "Gonely", se constató la existencia de 8.764 codornices en producción, frente a una capacidad total de los bloques construidos de 9.054 codornices. Según los peritos, la granja reunía todas esas condiciones indispensables para un funcionamiento adecuado. Estos informaron también sobre el mal que aqueja a los huevos, todo lo cual se describe en la demanda, lo mismo que el justiprecio por ellos llevado a cabo.

Enviado el producto "Codornicina" a distintos laboratorios se identificó plenamente un hongo, "Aspergillus Favus", según análisis de los laboratorios del ICA y de los laboratorios Nulab, fechados el 4 de diciembre y el 21 de noviembre de 1984, respectivamente. Igual hallazgo se hizo en el laboratorio del doctor Gonzalo Luque el 4 de diciembre de 1984.

Según el laboratorio "Nulab" en esos huevos de codorniz se encontró "Aspergillus Flavus", lo que indica que eso fue transmitido por la "Codornicina".

En el análisis del laboratorio del ICA, Centro de diagnóstico de Bogotá, fechado el 7 de noviembre de 1984, lo mismo que en el llevado a cabo en el laboratorio del doctor Gonzalo Luque el 13 de noviembre de 1984, se encontró otro tipo de hongo, denominado "Mucor S.P.", en el... de las codornices.

Fuera de los hongos, también se encontraron bacterias igualmente determinantes de la muerte de las codornices. El hallazgo se hizo en todos los exámenes verificados por distintos laboratorios.

Entonces, los hongos y bacterias encontrados en la "Codornicina" se transmitieron a las codornices produciéndoles "enteritis", "onfalitis" y degeneración hepática, enfermedades que generaron una baja en la producción y alto índice de mortalidad, y en los huevos la pérdida de la consistencia de la yema y la descomposición acelerada de los mismos.

"Purina", a raíz del hecho ilícito consistente en haber producido, sin control de calidad alguno, el producto "Codornicina", adquirido por los demandantes para alimentar sus animales, causando contaminación y muerte de los mismos, es responsable, por responsabilidad extracontractual directa, de los daños, perjuicios sufridos por aquellos en su industria avícola.

La granja gozaba de un magnífico "good will", adquirido en sus ocho años continuos de funcionamiento.

Con el problema de la contaminación todo terminó, y el mercadeo de los huevos terminó en forma total, siendo la recuperación del mercado imposible a corto plazo. A este propósito los demandantes deberían hacer un esfuerzo constante durante dos años, por lo que los reclamantes ajustan el valor del "good will", en términos de rentabilidad, por producción de huevos en dos años.

La proyección financiera que se acompaña, muestra una producción total, en cuatro semestres, de 4.042.122 huevos y una utilidad por huevo de $2.00, para una utilidad total de $8.084.244.00 por lo que se estima el "good will" de la empresa en el valor de rentabilidad, esto es, por el rubro de utilidad por venta de huevos en dos años.

...sociedad demandada, la contestó oponiéndose a las pretensiones de los demandantes.

En cuanto a los hechos, de la mayoría dijo no constarle, pidiendo la prueba de los mismos.

Negó que "el índice de contaminación del producto genere de manera irreversible una enteritis".

Manifestó que "el producto *Purina Biolayina* 107, al que los demandantes designan por su código interno *Codornicina*, cuenta y ha contado con el registro o licencia ICA Nº 806 AL, necesario para su venta". Luego explicó que el producto "Purina Biolayina 107", "le fue colocado el sello de caucho *Codornicina* como código interno, siempre ha sido producido y vendido por *Purina Colombiana S. A.*, con todos los registros, licencias ICA del caso, sin contrariar ninguna norma legal: es un producto de óptima calidad que nunca ha causado daño a las aves o a sus huevos. *Purina Colombiana S. A.*, no ha cometido ningún hecho culposo ni ilícito con la venta de dicho producto que como todos los que produce está sometido al más severo control de calidad". Que no hay ilícito ni culpa, ni producción irregular de "Purina Biolayina", ni perjuicio de los demandantes, ni relación de causalidad alguna entre los supuestos de hecho y la presunta producción irregular y el perjuicio alegado.

Propuso una serie de excepciones de mérito -once en total-, que no fundamentó.

4. Trabada la *litis* en los términos anteriores, el Juzgado diligenció lo correspondiente a la primera instancia, al cabo de la cual profirió decisión desestimatoria de las pretensiones de los actores.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

"Apelada esa determinación por los demandantes, el Tribunal la revocó, admitiendo en su lugar las siguientes declaraciones y condenas:

"Segundo. Declarar que la entidad 'Purina Colombiana S, A.'. ...es civilmente responsable de la extinción de las codornices existentes en la Granja Avícola 'Gonely'.... de propiedad de los demandantes según hechos ocurridos en el mes de septiembre de 1984.

"Tercero. Condenar a la entidad demandada... a pagar a los demandantes..., las siguientes sumas: Cinco millones doscientos diecinche mil quinientos nueve pesos con 490 (sic) ($5.218.509.40) moneda corriente, por concepto del valor de las codornices; la suma de tres millones quinientos cuarenta y dos mil seiscientos diecisiete con 50/100 ($3.542.617.50), por concepto del valor de la Codornicina; y veinticinco millones un mil noventa y siete pesos ($25.001.097.00), por concepto de lucro cesante. A partir de la fecha de este fallo, la demandada deberá pagar intereses al 3% mensual sobre estas condenas hasta que se efectúe el pago.

"Cuarto. Absolver a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

"Quinto. Rechazar las excepciones de forma formuladas por la demandada.

"...".

2. La parte considerativa la inicia el Tribunal refutando las razones aducidas por el Juzgado para desestimar tanto las declaraciones que habiendo sido recibidas antes del proceso, luego fueron ratificadas dentro de él mismo, como las provenientes de técnicos. Y tras llevar a cabo un breve recuento de los hechos narrados en la demanda, de aludir al artículo 2341 del C.C. y de enumerar los elementos configurantes de la responsabilidad, pasa a ocuparse en detalle de cada uno de éstos.

3. En relación con el daño, comienza por señalar que "está plenamente demostrado" que los demandantes tenían un plantel de codornices en su granja ubicada en Paipa, en el año de 1984, con declaraciones como las de Guillermo Salamanca, María Inés de Cuevas, Alirio Valcés Rivas, Hernando Gómez León y Juan Mauricio Sandoval. Que las personas acabadas de nombrar y Luis Angel García, Lilia Marlene Camargo y Alvaro Guáqueta, atestiguaron sobre la muerte de una cantidad considerable de codornices y sobre la rápida descomposición de los huevos.

Con ello, dice, queda probado el daño, sin que, por ende, le asista razón al apoderado de la parte demandada cuando arguye que no están demostrados los daños al no haberse acreditado la cantidad de aves afectadas, aspecto éste, observa, que se relaciona con la cuantificación del daño, mas no con su existencia.

4. Acerca de la culpa, rememora lo expuesto por los demandantes en los hechos 4 a 10 del libelo introductorio y lo replicado a los mismos por la demandada, para entonces anotar que ésta "sostiene que el producto que vendió fue Biolayina 107 y que simplemente en su código interno lo denominaba 'Codornicina' puesto que eran un mismo producto", lo que, agrega a continuación, está desvirtuado "con la constancia del ICA vista al folio 62C-4 en la que se dice que los dos productos son diferentes; que cada uno tiene registros independientes; que a la Codornicina se otorgó registro desde septiembre de 1985 y que el ICA hace análisis químicos sólo de productos registrados, pero que de los no registrados no hace estos análisis por la no existencia de garantía a comprobar".

Sobre esa base descarta lo afirmado por la demandada en el sentido de que lo vendido fue "Biolayina 107", amparada con registro del ICA.

Agrega un poco después que los demandantes en ningún momento entendieron comparar el producto anterior, bastando con examinar esas facturas de compra en las que se habla de "Codornicina", preguntándose entonces que si los dos productos eran iguales ¿por qué Purina tramitó la licencia de Codornicina?

Expresa que si se atiende a la contestación de la demandada "se diría que Purina vendió Biolayina 107 para alimentar codornices", actitud que demostraría un "proceder negligente y temerario", ya que la entidad "no habría previsto los resultados nocivos habiendo podido preverlos". Que incluso podría haber "algo de malicia al superponer la palabra 'Codornicina' sobre la etiqueta 'Biolayina', pues eso induciría a los compra-

dores a creer que estaban adquiriendo un alimento especial para codornices. Un productor -añade- no puede tranquilamente asegurar que un concentrado alimenticio puede servir para cualquier clase de animal... Tanto más cuanto que se sabía que para esas codornices se requería un producto especial, pues Purina obtuvo el registro de la Codornicina meses más tarde de los hechos de la demanda". Concluye diciendo que no se acepta que se hubiese vendido Biolayina 107.

Dice que al partir de la base que lo vendido fue "Codornicina", entra a hacer una serie de consideraciones, las que empieza con una transcripción de los incisos 2 y 3 del artículo 23 del Decreto 3466 de 1982 (estatuto del Consumidor) en la cual tiene como aplicable al caso porque "se estará en presencia de la responsabilidad de un productor de alimentos para animales, aclarando que las normas del mismo sobre responsabilidad de los productores de la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios no se puede limitar a esas acciones que el estatuto contempla. Infiere entonces que los preceptos transcritos eximen de la carga de la prueba de la culpa al demandante, presumiéndola en contra del productor que no haya registrado el producto, pues que "no otra cosa significa que para establecer la responsabilidad por un producto no registrado debiendo haberlo sido, bastará la demostración del daño".

Tras volver sobre el inciso 3° que antes había transcrito, expresa que "Purina de Colombia S. A.", dio al comercio o lo vendió a los demandantes el producto "Codornicina", sin licencia del ICA, en el segundo semestre de 1984, lo que encuentra demostrado con la constancia visible a folio 62 del cdno. 4, donde se dice que la "Biolayina 107" y la "Codornicina" son dos productos diferentes, y que el segundo obtuvo registro con vigencia del 10 de septiembre de 1985 hasta el 9 de septiembre de 1990.

Sobre esa base colige que la presunción de culpa debe operar en contra de la demandada; y después de traer a cuento el artículo 26 del Decreto 3466, por cuya virtud el productor puede exonerarse de responsabilidad con la demostración de la fuerza mayor o del caso fortuito no sobrevenido por su culpa, del uso indebido del bien por parte del afectado, o por el hecho de un tercero ligado o no al productor mediante relación de trabajo o contractual de cualquier clase, asevera que "Purina" no alegó ninguna causal de exoneración, "pues siempre sostuvo que la carga de la prueba de la responsabilidad civil extracontractual correspondía a los demandantes". Que sólo dijo que los demandantes "no tomaron las medidas adecuadas para impedir la muerte de las codornices, cuestión que era del caso, porque había drogas indicadas para ello", aspecto que podría constituir una concurrencia de culpas pero que no se probó nada. Que aun cuando la demandada argumentó que la "Biolayina 107" fue lo que se vendió a los demandantes, sólo que con el sello de "Codornicina", lo que está probado es que se trata de concentrados diferentes, recordando además que las causales de exoneración previstas en el artículo 27 no se aplican cuando el registro no se ha efectuado o no se ha obtenido la licencia que sean legalmente obligatorios.

Señala que la producción de alimentos para animales es una actividad peligrosa, y frente al argumento de la demandada en el sentido de que si la peligrosidad puede presentarse tanto en la estructura de la cosa como en el comportamiento o guarda de la misma y que el fabricante debe responder por la contaminación generada en el proceso de producción, mas no por el manejo del producto por distribuidores y consumidores,

responde que a "Purina" le correspondía la carga de la prueba "...para destruir la presunción de culpa que milita en su contra por considerarse su actividad como peligrosa".

En esos términos estima demostrado el elemento culpa.

5. Pasa a examinar la relación de causalidad, para lo cual comienza por recordar la afirmación de los demandantes sobre el cambio del alimento denominado "Tulipán" que se le daba a las codornices por la "Codornicina", por iniciativa del doctor Guillermo Nieto, asistente de "Purina de Colombia, S. A.", a raíz de lo cual se dieron los hechos materia del litigio.

Hace una síntesis del testimonio de Luis Alberto López (fls. 68 a 73, cdno. 4), distribuidor de "Purina" en Duitama en 1984, quien relata que a los demandantes les despachó unas ocho toneladas de "Codornicina" y que a los 3 o 4 meses se le informó de la baja producción de los animales y de su alta mortalidad, de lo que él dio cuenta al Gerente de la Zona, quien junto con la esposa del declarante fue a visitar la granja donde recogieron muestras de alimento, huevos y aves para enviarlas al laboratorio en Bogotá.

Cita la declaración de Alirio Valdés Rivas, médico Veterinario del ICA, quien selló 16 bultos de "Codornicina" en la granja de los demandantes el 16 de diciembre de 1984; la copia al carbón del acta de tal diligencia; las facturas de compra de la "Codornicina", hecha por los demandantes entre el 16 de agosto de 1984 y el 31 de octubre siguiente; certificación de la Caja Agraria sobre préstamos a la demandante Elizabeth Barrera de Sánchez en octubre de 1983, para un programa avícola, que "no se pudieron cumplir oportunamente por una contaminación ... (sic) y bacteriana de esas codornices, según dictamen del médico veterinario, doctor Juan Mauricio Sandoval atribuible posiblemente, a los concentrados suministrados a las aves".

Observa que "si los demandantes pusieron en conocimiento de Purina, y del ICA e incluso de la Caja Agraria, la anómala situación que se presentaba en su plantel y acudieron a recursos técnicos para establecer la causa de ella es porque atribuían al alimento las alteraciones de las aves, de los huevos", sin que la actitud de los demandantes se desviara hacia otros factores.

Vuelve sobre el cambio de alimento. Manifiesta que Lilia Marlene Camargo "dice que la Codornicina se empezó a suministrar a las aves en agosto de 1984, y esto le consta porque trabajaba allí".

Anota que la granja... estar funcionando desde 19... o 1980, de conformidad con los testimonios de Juan Mauricio Sandoval y Alvaro Guáqueta, de forma que cuando se presenta el problema tenía varios años de labores, "es decir, concluye, se tenía suficiente experiencia".

Pone de presente, de otro lado, que "no aparece en el expediente cuál fue la actividad desplegada por Purina ante la noticia de que en la granja Gonely, se presentaban anomalías en las codornices, atribuidas a un alimento que vendió tal sociedad. Solo se sabe -añade- por declaraciones de testigos, que en la granja se hizo presente un empleado de Purina, nada más.

Efectúa una síntesis de lo que denomina "testimonios técnicos", a... de la cual dice que "e... de causalidad entre el daño y la culpa se analizará con base en la conducta que las partes a raíz de: problema detectado en la granja Gonely y en las declaraciones de técnicos y exámenes de laboratorio en los cuales también se encuentran los practicados por el ICA (fs. 64, 77 y...) y por la U.P.T.C., Departamento de Biología (fls. 10 y 1..C. ...).

Dice entonces que los demandantes avisaron de las anomalías en las codornices a "Purina" y al ICA, acudiendo además a diferentes laboratorios, y entidades para que examinaran las aves, los huevos y el alimento, "lo que indica -infiere el Tribunal- que atribuían al concentrado el problema, o por lo menos que no encontraban otra causa".

Que se demostró el cambio de alimento en 1984 y que la granja tenía varios años de funcionamiento próspero. Que la demandada "no desplegó ninguna actividad diferente a enviar un empleado suyo a visitar la granja, es decir, no trató de investigar si había un factor diferente del alimento que influyera en el problema y tampoco hizo practicar análisis para demostrar que era apta para el fin para el cual se había vendido. cuestión francamente necesaria, a... la ocurrencia del problema en la granja Gonely y la circunstancia de que el producto Codornicina no se encontraba amparado por registro del ICA".

Las anteriores circunstancias llevan al Tribunal a concluir que "hay indicios graves de que, efectivamente, la enfermedad de las aves tuvo su causa en la Codornicina con la cual se les alimentó desde agosto de 1984".

Cita los resultados de los exámenes de laboratorio en los que se encontraron E. Coly en el concentrado, en las aves y en los huevos y aspergyllo..., para expresar que esos resultados "son otro indicio grave de que la causa de las alteraciones de salud de las aves y la prematura descomposición de los huevos, se debió al alimento Codornicina".

Manifiesta que "...si bien no hubo prueba técnica que determinara que la muerte de las aves se debió a la ingestión de Codornicina, tampoco hay ninguna prueba o por lo menos declaración de técnicos que terminantemente excluyan el alimento del concentrado que decomisó, porque según la misma entidad lo informa, lo que procedía según las normas del Instituto, a encontrar un producto sin registro, era el decomiso y posterior destrucción del mismo".

Alude a la declaración del doctor Guáqueta de quien dice que manifestó haber examinado aves, huevos y los exámenes de laboratorio que obran en el expediente, para concluir que "las alteraciones de las aves se debieron al alimento Codornicina que se les suministró".

Expresa que en la forma anterior, queda establecido "que el nexo de causalidad entre el daño y la culpa se encuentra plenamente demostrado, y en estas condiciones, se han estructurado los tres elementos de la responsabilidad civil extracontractual...".

6. Al continuar con el análisis de las demás pretensiones de la demanda, se refiere en primer lugar a la que se contrae al pago de $8.097.600.00 por la muerte de 9.764 codornices.

Detallando las pruebas obrantes en el proceso acerca de la cantidad de aves, cita por delante la inspección judicial extra proceso (fls. 25 a 42 cdno. 1), acerca de cuyo valor probatorio entra a considerar algunos aspectos como quiera que se cumplió sin citación de la contraparte, y dice que la tiene como un indicio grave "porque esta diligencia es básicamente la apreciación personal y directa que hace un juez, de hechos y circunstancias, y por ser la consignación de lo que este funcionario aprecia, tiene que entenderse que es veraz. Las partes o futuras partes -añade- en esta clase de diligencias sólo pueden limitarse a pedir que se constaten puntos que interesen y se relacionen con la materia de la misma; la inspección queda perfeccionada con la firma del acta que se levante y no tiene debates o requisitos posteriores para su validez", pudiendo las partes en el proceso acudir a otros medios de prueba para dar más luz sobre los hechos que les interesan, o acudir a otra inspección judicial.

Enumera lo que allí se constató, le niega valor probatorio al dictamen pericial practicado en esa oportunidad, y manifiesta que "la inscripción judicial, junto con las declaraciones de testigos, hacen plena prueba de la existencia de las codornices en la granja Gourly", cuya "capacidad ...era de 9.504 codornices en 7 galpones y de 640 en el octavo galpón, y que se encontraron vivas 8.764 aves".

Vuelve al testimonio el doctor Alvaro Guáqueta, quien informa que los demandantes solicitaron a la Caja Agraria un crédito para reiniciar labores en 1985 y que "por el problema de la contaminación de las aves hubo que eliminar la totalidad de las aves porque por lo menos un 95% estaban contaminadas"; también la certificación de la entidad crediticia sobre los préstamos hechos a la demandante con el propósito ya indicado y sobre las incidencias tenidas por los mismos. Entonces anotamos que estas dos pruebas demuestran "plenamente que la pérdida de las aves fue total porque la entidad estaba interesada en el cumplimiento de las obligaciones que la demandante tenía para con ella, y en funcionarios que amenazaban los factores que impedían el cumplimiento oportuno por parte de la señora Barrera y éstos observaron que la pérdida fue total; tanto sería así que se dio prórroga a los deudores y se les concedió un nuevo crédito el 4 de julio de 1985".

Acerca de la "pérdida total de las codornices" menciona igualmente las declaraciones de María Inés Mejía de Cuevas, Hernando Gómez, Luis Angel Gamarra y Lilia Marlene Camargo para afirmar que éstas, aunadas a las pruebas anteriores, le dan "la plena convicción de que la mortalidad de las aves se presentó continuadamente y llegó a la extinción total de las mismas".

Al aludir al número de aves perdidas afirma que en la inspección se constató que fueron..., pero que como los demandantes limitaron la indemnización a 9.764, ésta sería la cifra a tenerse en cuenta para la condena.

Con apoyo en lo testimoniado por María Inés de Cuevas, Mauricio Sandoval, Luis Angel García y Lilia Marlene Camargo, "quienes sitúan el problema en el segundo semestre de 1984 y algunos de ellos lo concretan al mes de septiembre", estima que "el daño se comenzó a producir en el mes de septiembre de 1984", época a tenerse en cuenta para las liquidaciones correspondientes.

Refiriéndose al valor unitario de las codornices, sostiene que "aparece en la declaración que rindió la señora demandante (fls. 1 a 5 C-5); allí expresó que las últimas

codornices que compró valían a $130.00 o $140.00; esta afirmación, a juicio de la Sala, es valedera porque no fue desvirtuada en el proceso", concluyendo entonces que "el valor de cada codorniz era de $135.00, o sea un promedio entre los dos extremos dados por la demandante".

Estima, pues, los perjuicios materiales por el valor de 9.764 codornices, en la suma de un millón trescientos dieciocho mil ciento cuarenta pesos ($1.318.140.00).

7. Asevera que los actores tienen derecho igualmente al reintegro de novecientos veinte mil cuatrocientos siete pesos ($920.407.00), precio que pagaron por la "Codornicina", según facturas de compra que obran a los folios 96 y s.s. del cdn. Nº 1 y que son "plena prueba".

8. Aborda la pretensión concerniente a la condena por "el daño emergente proveniente de la venta de 7.008 huevos diarios a $4.50 cada uno, descontando el 30% por concepto de alimentación y administración de las aves" y, tras citar lo testificado por María Inés Mejía de Cuevas, Hernando Gómez y Mauricio Sandoval, expresa que "los tres declarantes dan una cantidad bastante aproximada y que promediándola da algo más de 7.400 huevos diarios" y que "si a lo anterior se agrega que la granja, tenía 9.764 aves, al producir un 80% se tendría la cantidad de 7.811 huevos", pero que "como la parte demandante afirma que la producción diaria era de 7.008 huevos, se acepta esta cifra con base en los análisis anteriores", porque "si no es posible determinar exactamente la cuantía del daño, el juez deberá fijarla con sano criterio. No de otra manera podría ser, puesto que, si hay la certeza del daño, sería injusto abstenerse de cuantificar la indemnización so pretexto de que no hay elementos precisos o exactos, ya que en muchas ocasiones estos extremos son muy difíciles de demostrar, por la complejidad de los acontecimientos que les sirven de soporte".

Entonces, dice, "con base en 7.008 huevos diarios que se producían en septiembre de 1984, se hará la liquidación, pues desde entonces se comenzaron a presentar las devoluciones", para fijar una estimación mensual de $946.080.00, la cual al descontarle el 30% de alimentación y administración, según la demanda, se reduce a la suma de $662.256.00.

Recuerda que en el informe técnico aportado en la segunda instancia se señala un tiempo eficiente de postura de 30 meses, así como que, acorde con las pruebas, hacia septiembre de 1984 "había una producción óptima", por lo que es inferible que "un alto porcentaje de las aves estaba ya en plena producción". Teniendo también presente que, como dicen los demandantes, había aves en cría y en levante, se puede tener como tiempo probable de postura de las aves, en promedio, un lapso de un año, lo que refuerza con base en lo declarado por María Inés de Cuevas en el sentido de que desde 1983 había una alta producción, para calcular que "entonces había transcurrido un año en estas condiciones y restaría más o menos otro tanto con la misma cantidad de producción".

Así, estima, que por venta de huevos, en doce meses, los demandantes habrían recibido $7.947.072.00, por lo cual, concluye, "no se acepta la suma que pretenden los demandantes por este concepto".

Adicionalmente, expresa que esa suma debía haberse recibido en su totalidad en el mes de septiembre de 1985, o sea, un año después de que se presentó el daño, debiendo, en consecuencia, producirse la actualización desde el mes de octubre de 1985.

9. Definidas las condenas, expresa que las mismas deben ser actualizadas con base en la correspondiente corrección monetaria, teniendo presente que esa actualización se aplica tanto al daño emergente como al lucro cesante y desde que el daño se produjo. Así mismo, a partir de la fecha de la sentencia -no desde la ejecutoria- y hasta que el pago se verifique, se reconocerán intereses a la tasa del 3% mensual, como lo pidieron los demandantes.

Volviendo al patrón de referencia para actualización de las condenas dice que la Sala acoge el sistema de las "unidades de poder adquisitivo constante", que afirma, "permite que el dinero no pierda valor adquisitivo, sino que lo mantenga y a la vez produzca rendimiento".

"Explicando cómo ha de proceder, manifiesta que se toma el valor del daño en la fecha en que se produjo; se reduce a Upacs en esa época de acuerdo con el valor que tenía según el informe del folio 48 de este cuaderno... Se convierte nuevamente esta suma a pesos con su valor del Upac en la fecha de esta providencia. Es de aclarar que como el informe aludido está dado a los 1º de enero de cada año, y hay condenas que se produjeron en otros meses, se hace la proporción entre el valor de la Upac, en el año dentro del cual queda señalada la fecha de la condena".

En ese orden de ideas, y tomando el valor de las Upac del informe de la prensa nacional, el valor de las codornices ($1.318.140.00), lo ajusta a $5.218.509.40. El de la "Codornicina" ($920.407.00), a $3.542.617.50. Y el del lucro cesante ($7.947.072.00) a $25.001.097.00.

10. En relación con los perjuicios morales "objetivados y subjetivados, niega la indemnización impetrada habida cuenta de que por concernir a la esfera sentimental o afectiva de las personas se entiende que los sentimientos y las relaciones compartidas son la base de esta clase de perjuicios y por eso no se dan sino entre personas naturales y no entre éstas y las cosas".

11. En lo tocante con el "good will", cuyo reconocimiento también solicitan los actores, discurre que "es un elemento patrimonial que representa el valor actual de un derecho a percibir utilidades en un futuro. Naturalmente -complementa-, es necesario que existan utilidades puesto que el good will es un capital intangible. Para calcular su valor existen fórmulas matemáticas que incluyen varios factores: promedio de utilidades en 5 años, interés normal, activos tangibles y rata de capitalización". Y que como aquellos "no aportaron la prueba de las utilidades ni de los activos tangibles, ...la pretensión no prospera".

Finalmente, desestima las excepciones de la demandada, sobre la base de que los aspectos a que se contraen han sido analizados en el curso de la providencia, sin que entonces sea indispensable considerarlos uno a uno, amén de que la demandada no dio razones especiales en cada una de las excepciones que propuso.

EL RECURSO DE CASACION

Ambas partes interpusieron recurso de casación en contra de la sentencia anterior. La Sala estudiará en primer lugar el de la parte demandada y luego el de la parte demandante debido a que, a diferencia de la impugnación de aquélla, el ataque que plantea es parcial.

a) ***La demanda de casación de la parte demandada:***

Dos cargos, fundados en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., propone dicha parte en la correspondiente demanda. La Sala habrá de considerarlos en el orden propuesto.

Cargo primero

1. Se acusa en él la sentencia de ser indirectamente violatoria de los artículos 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2342, 2347, 2356 del C. C. 2. 822, 870, 911, 913, 934-2, del C. de Co.; y 11, 23-2, 40 y 48 del Decreto 3466 de 1982, como consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos en apreciación de las pruebas.

Como violación medio se denuncia la de los artículos 174, 227, 228, 233, 238, 243, 246, 248, 250, 278 y 300 del C. de P. C.

2. Al emprender la tarea de su demostración, el impugnante empieza por recordar los principios generales que de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas se establecen en el Título 34 del Libro 4 del Código Civil; cómo, de conformidad con el artículo 2356, la jurisprudencia ha admitido que la víctima queda dispensada de probar la culpa de la persona demandada, pero que esto no significa que al demandante se le exonere de demostrar tanto el daño como la relación de causalidad, lo que además, debe hacer con prueba idónea y eficaz, según exigencias que explica en los párrafos subsiguientes, para anunciar que en este caso "los beneficiados con la condena no demostraron debidamente la existencia del perjuicio cuya reparación reclaman; ni, en caso de que éste se hubiera producido, la relación de causalidad entre el daño y el hecho culposo invocados".

3. Una primera sección de la censura la dedica al examen de la prueba del perjuicio.

Allí, ante todo, trae a cuento pautas que la jurisprudencia de la Corte ha trazado sobre la materia, para entrar a examinar discriminadamente los desaciertos que le adjudicara el Tribunal.

3.1. El primero de ellos se refiere al "error de derecho en la apreciación del dictamen pericial rendido extraprocesalmente", el cual se practicó con la diligencia de inspección judicial cumplida el 12 de diciembre de 1984, pero sin citación ni injerencia ninguna de la sociedad demandada, y que trasladado a este proceso, no fue ratificado, pero que el Tribunal consideró "como prueba para dar por demostrado... el elemento daño".

Dice que si bien es verdad que el C. de P. C. que rigió hasta el 30 de junio de 1990, facultaba a las partes para pedir como prueba anticipada, aún sin citación de la presunta contraparte, el dictamen de peritos, que, a términos del artículo 300 tenía "el carácter de

indicio", también lo es que en el nuevo estatuto procedimental, ha debido tener en consideración por el Tribunal pues ya estaba en vigencia cuando dictó su sentencia, "precisamente por los peligros que la prueba así practicada traía ya no permite la peritación anticipada sin citación de la contraparte... (artículo 300 nuevo Código), formalidad sin cuya observancia la peritación no tiene valor probatorio, ni siquiera de 'indicio'". Pero que si por hacerse pedido, decretado y practicado bajo el imperio del anterior C. de P.C., esa prueba debía apreciarse a la luz de tales disposiciones, es lo cierto, argumenta, que en dictamen "no podía considerarse como indicio siquiera, sencillamente por estar plenamente probado en el proceso el hecho inductor de la inferencia y además por ser único, no podía apreciarse por el Tribunal y atribuirle carácter de prueba completa sin quebrantar, con tal juicio mental, la preceptiva de los artículos 248 y 250 *ibidem*".

Anota luego, que como el Tribunal, "para dar por establecido... el daño, no se basó en la inspección judicial extraprocesal..., ni la consideró para tal efecto en su sentencia como prueba principal ni tampoco como corroborante de otras, sino el dictamen pericial allí rendido, prescindo en esta demanda de atacar la inspección judicial".

Este aparte lo termina diciendo que como el Tribunal "para deducir el perjuicio indemnizable... apreciado dio valor a un dictamen pericial, el rendido extraprocesalmente y no ratificado..., practicado sin citación, ni injerencia algunas de la sociedad demandada..., en su análisis de esta especial prueba quebrantó las normas que regulan la ritualidad de ésta y por ello incurrió en el error de derecho que denunció este ordinal".

3.2. El segundo aparte lo encaminó hacia el error de hecho cometido en la apreciación de los testimonios sustentadores del daño.

Dice que el Tribunal, para deducir el daño, a más de la prueba pericial, se apoyó en las declaraciones de María Inés de Cuevas, Alirio Valdés Rivas, Hernando González León, Juan Mauricio Sandoval, Luis Angel García, Lilia Marlene Camargo y Alvaro Guáqueta, pero que lo cierto es que ellas "no pueden dar base sólida para inferir..., como lo dedujo el *ad quem*, que 'el daño o lesión patrimonial se ha configurado'..., perjuicio hecho consistir en la muerte de 9.764 codornices de diferentes edades, en la descomposición de 7.008 huevos".

Reproduce algunos apartes del testimonio de María Inés Mejía de Cuevas, para luego objetar que la testigo no señala que "le hubiese constado por percepción directa la muerte de las aves, ni la descomposición de los huevos; luego de afirmar que el problema del suministro de la 'Codornicina' *se suspendió en septiembre de 1984*, agrega que en el primer semestre de 1985, 'es decir algo así como 5 meses después', les tocó sacrificar 'todas las codornices', olvidando que aun cuando ya se había suspendido el suministro de ese alimento, en diciembre de 1984 cuando se hizo la inspección judicial, encontraron vivas en la granja un alto número de codornices, algo más de 9.000 entre ponedoras, de cría y de levante, según lo indica el contexto de su inspección, y sin que haya prueba alguna que las aves encontradas vivas entonces, para diciembre de 1984, hubiesen adquirido la infección por la injerencia del referido alimento con anterioridad al mes de octubre de ese año, y sí dice que sufrieron los demandantes "perjuicios muy cuantiosos... es lo cierto que se trata de una afirmación abstracta, carente de concretar

y por lo mismo vaga, por lo que su mérito demostrativo queda ostensiblemente mermado".

Trae a cuento apreciaciones del testigo Alirio Valdés Rivas y dice que el suyo es un testimonio que "resulta inane para demostrar perjuicio, desde luego que si en diciembre de ese año encontró aves muertas y huevos en estado de putrefacción, que no concreta su cantidad pero ni mucho menos la causa determinante de esas muertes y putrefacción, el testimonio se tornó vago y además hipotético, por lo que, en relación con el perjuicio que se dice causado, resulta ineficaz como medio de demostración".

Sostiene que el testimonio de Hernando Gómez León también resulta inconducente para la demostración del daño. Este, dice el impugnador, "afirma que 'fue testigo ocular' del problema que se presentó en la granja por razón del cambio de alimento para las codornices, lo que sabe además de la amistad, por manifestación de los mismos dueños', porque, sencillamente, además de ser testimonio de oídas y de palabras oídas a los mismos demandantes, no habla de aves muertas, ni mucho menos determina la cantidad, ni la causa que haya producido los decesos animales; tampoco en relación con la baja en la producción de huevos". Que su aserción acerca de los perjuicios de orden económico y moral sufridos por los demandantes "presenta un carácter vago, abstracción que torna el testimonio en... de la razón del dicho y por ende incompleto que no acredita el supuesto... a que alude".

De Juan Mauricio Sandoval Alvarado expresa que no dice en qué consistieron los perjuicios sufridos por los demandantes; aunque conjetura que "'basado en los exámenes de laboratorio se realizaron *creo*', agrega, que el perjuicio tuvo por causa la contaminación de las codornices". Lo tacha de "incierto, sin exactitud alguna, vago... y, como consecuencia, inane para demostrar el hecho sobre el cual versa el pleito; el daño indemnizable".

Finalmente, al testimonio de Alvaro Guáqueta lo impugna porque "... como la mayoría de los restantes, no... hecho concreto alguno, es hipotético, basado en inferencias suyas; además está en contradicción con lo que otros testigos aseveran, pues éste habla de la extinción total, por eliminación de todas las aves, en el año de 1986, mientras otros declarantes ubican tal hecho en el primer semestre de 1985".

3.3. El tercer aparte lo dedica a establecer el error de hecho en la apreciación del testimonio de Guillermo Salamanca Alba.

A ese fin, comienza por decir que el Tribunal, para dar por demostrado el daño, por fuera de las declaraciones anteriores, también tomó apoyo "en la que llama 'declaración' del señor Guillermo Salamanca Alba, o sea la persona que en la diligencia judicial de 12 de diciembre de 1984 actuó en ella como 'perito' y cuyo *dictamen* se pretendió luego ratificar, lo que en últimas se hizo pero sin observar las prescripciones legales pertinentes... para esa específica prueba", y advierte luego que antes había atacado, por error de derecho, la apreciación hecha por el Tribunal de los conceptos emitidos por Salamanca como perito, y que aquí, en cambio, lo hace por error de hecho, pero frente a la estimación del mismo concepto, pero como testigo. Que adopta esta posición en vista de que el *ad quem* "dio a esta especial prueba un tratamiento híbrido inaceptable, que no permite considerar sin vinculación alguna si lo hizo estimándola como testimonio, o como dictamen pericial como los dos a la vez...".

Un poco más adelante argumenta que el sentenciador cometió ostensible yerro fáctico al apreciar como testimonio el concepto emitido por Salamanca Alba "pues tal prueba, ni en la etapa anterior al proceso ni dentro de éste, se pidió, ni se decretó, ni se practicó como testimonio sino como perito, lo que el Tribunal no vio".

Relata los antecedentes de la petición de pruebas anticipadas hecha por los demandantes, que lo fue de inspección judicial en asocio de peritos; la designación de Guillermo Salamanca como perito, su posesión como tal y la práctica de la prueba; la petición contenida en la demanda sobre ratificación del dictamen rendido; el decreto de pruebas que así lo dispuso, lo que se practicó dentro del proceso pues se hizo comparecer al citado "'a fin de practicar diligencia de ratificación de un dictamen...' (fls. 55 y 56 ib.), en la cual el compareciente dijo: 'Me ratifico en lo expuesto en la diligencia como perito'".

Pero agrega, si se dijera que las manifestaciones de Salamanca "se... trafian testimonio de tercero, que no concepto de un experto en insumos para sostenimiento de animales, aún así habría que decir que este declarante ...puesto, para dar por demostrado el daño como elemento de la responsabilidad civil, es inconducente, pues no es responsivo, exacto ni completo en relación con la muerte de codornices y la reducción en la producción de huevos".

Transcribe algunas apreciaciones de su intervención y, a renglón seguido, manifiesta:

¿"Murieron pues las 9.764 codornices, sí o no, que los demandantes dicen haber desaparecido por efecto de la contaminación; y se perdieron los 7.008 huevos a que aluden la demanda y la sentencia? Con este supuesto testimonio resulta imposible determinar positivamente, pues habla de 'alta mortalidad' que no ubica en el tiempo y *cuya existencia dice no conocer* con exactitud porque no hicimos en ese sentido un seguimiento; se merma y debilita aún más la credibilidad debida a ese supuesto testimonio si se considera que el autor como perito, en diciembre de 1984 encontró vivas algo más de 9.000 de esos animales, en una granja que, después de algunos años, este declarante asevera que tenía capacidad para unas 8.000 'unidades'".

4. La segunda sección la encara el recurrente á combatir la sentencia desde el punto de vista de la prueba de la relación de causalidad, acerca de la cual empieza por anotar que debe ser directa, "o sea que la concordancia entre la causa determinante y el efecto producido sea estrecha e íntima, es decir, que del acto de obrar nazca de... rectamente el perjuicio...", y al... enseguida al texto del artículo 2341 de..., como que allí aparece instituido tal elemento cuando dice: "El que... cometido un delito o culpa, *que haya inferido daño a otro*, es obligado a la indemnización...", así como a la jurisprudencia de la Corte sobre la necesidad de la prueba de tal elemento.

Expone que para el Tribunal, la enfermedad y muerte de las aves "'tuvo su causa en la Codornicina con la cual se les alimentó'", según prueba que... "'indicios graves'", los que hace de... de las declaraciones enumeradas como el impugnador; de las afirmaciones de esos técnicos que también cita; de los exámenes de laboratorio practicados por distintas entidades; de las facturas de compra de la "Codornicina" y de la certificación de la Caja Agraria. Pero que "...examinados los elementos de demostración de esas causales el Tribunal los infiere, no haya en este proceso indicios graves que lleven a concluir que la reducción en la producción de huevos de codorniz y a la muerte de muchas de estas aves que integraban, en 1984, el plantel de la granja 'Genely',

hayan tenido por causa eficiente la ingestión del alimento 'Codornicina', así éste se hubiere encontrado contaminado. Porque -objeta- parece indiscutible que los hechos que el Tribunal toma como indicadores de la causalidad que deduce, no están plenamente demostrados... "con ninguna de las pruebas ya mencionadas. Y que en el caso hipotético de estarlo, ninguno de ellos conduce inequívoca y necesariamente a inferir los hechos que equivocadamente la sentencia da por demostrados a la muerte, por contaminación a causa de la congestión de 'Codornicina', de algo más de 9.000 codornices; y la pérdida de 7.008 huevos de estas aves". Complementariamente, sostiene que la enfermedad detectada en las codornices de la granja de los demandantes, "pudo tener su origen en muy diversas y variadas circunstancias, diferente a la ingestión del insumo llamado 'Codornicina'".

4.1. El primer aparte de esta sección tiene por objeto, según el recurrente, la demostración del error de derecho en la apreciación de las certificaciones expedidas por las entidades oficiales, para lo cual empieza por citar lo que dicen esos documentos correspondientes, emanados de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, del ICA y de la Caja de Crédito Agrario.

Después, se refiere al artículo 243 del C. de P. C., así como al artículo 278 *ib.*, para poner a continuación de presente que "como... los informes de la Universidad Pedagógica y el Instituto ICA, a más de que no están firmados por quienes son sus directores generales de tales entidades, ni ordenada su expedición por est... de ellos, lo mismo que de la certificación de la Caja Agraria de Paipa, no se dio traslado a la sociedad demandada para cumplir la exigencia de los artículos 241, 278, citados no es dable atribuir a tales documentos pleno valor probatorio, sin infringir la preceptiva legal de dichos dos textos, violación en la que sí incurrió el Tribunal..., cometiendo el error de derecho que aquí denuncio".

De allí se debe seguir, remata, que el hecho a que aluden las certificaciones no está legalmente aprobado, y no estándolo no se puede tomar como indicio sin quebrantar los artículos 248 y 176 *ib.*

Al mirar los informes desde otro punto de vista, dice que su inconducencia es ostensible por que no se ciñen precisamente al asunto que es materia de la controversia, o sea, si la causa de la pérdida de los huevos y la muerte de las aves está en el suministro de "Codornicina" a las mismas. Que no expresan que en la producción de huevos y la muerte de las aves haya encontrado su causa eficiente y determinante en el consumo por éstas del alimento "Codornicina", mucho menos dicen que las codornices muertas estaban contaminadas... ni que la enfermedad sufrida por ellas hubiese tenido por motivo la ingestión de ese específico concentrado", lo cual hace ver que no se trata de indicios inequívocos.

Que iguales consideraciones pueden hacerse al acta de sellado de los bultos de "Codornicina" y a la Resolución N° 0163 de 1986 que ordenó el decomiso de éstos, porque allí se indicó como única causa de la medida, el haber encontrado ese alimento "sin registro ICA".

4.2. Para el recurrente, el Tribunal también cayó en error de hecho en la apreciación de los exámenes de laboratorio de propiedad privada y de las facturas de compra de la "Codornicina".

Cita el censor los certificados contentivos de los resultados de exámenes de laboratorio practicados por el veterinario Gonzalo Luque en noviembre y diciembre de 1984 y febrero de 1985 al concentrado, a las codornices y sus huevos, lo que en esas oportunidades se halló, y las explicaciones dadas por éste, para entonces expresar que, según el director del laboratorio, "el microbio encontrado en las muestras examinadas no necesariamente altera la salud de las aves, sino que 'puede' suceder esto, o sea que es una inferencia puramente conjetural o hipotética, por lo que no es dable tomar el hecho como indicio grave".

Que otro tanto puede decirse de los resultados del análisis microbiológico hecho en noviembre y diciembre de 1984 en los laboratorios "Nutab" de la bacterióloga Nury Alvarez de S. "Porque su autora al reconocerlos... asevera... que 'según nos cuenta ella, (alude a la demandante) dice que se acabaron todas las codornices a través de este problema de contaminación'; pero que, creé o presume la bacterióloga, la contaminación encontrada 'puede en mi concepto personal traer consecuencias graves, pero ya el patólogo allá es que tiene que dar su dictamen'".

Que muchísimo más intranscendente para hallar el indicio grave de relación de causa a efecto entre el consumo de la 'Codornicina' y la muerte de las aves, son la certificación del veterinario Alvaro Guáqueta R. y las facturas de compra del concentrado porque, en cuanto a la certificación, "apenas si decía que analizó los resultados de laboratorio ya practicados y que 'estos efectos pueden ser causados por la contaminación que presentaba el alimento concentrado'", y en cuanto a las segundas, demostrarían el hecho de la compra en septiembre a octubre de 1984, pero nada más.

4.3. En un nuevo apartado, el recurrente se refiere a los errores de hecho en la apreciación de los testimonios que el Tribunal no califica de técnicos.

Reitera que el Tribunal, a fin de dar por demostrada la relación de causalidad, se basó primeramente en los testimonios de Luis Alberto López, Alirio Valdés, Lilia Marlene Camargo, Juan Mauricio Sandoval y Alvaro Guáqueta, pero que, en rigor jurídico de ninguna de ellas se puede decir que sean conducentes y relevantes para concluir que la causa eficiente de la pérdida de las codornices, y de su anterior capacidad ponedora, haya sido la ingestión de la "Codornicina".

Inserta algunas apreciaciones de los declarantes para aseverar, después, que "distan, y en mucho, de ser razonadas en punto al hecho generador del daño, que dicen se les causó a los demandantes" como se ha visto, algunos de sus autores nada expresan al respecto; otros lo hacen sí, pero hipotética o conjeturalmente; y algunos paladinamente dicen no saber o conocer esa causa determinante, pues estiman difícil la labor para concretarla.

4.4. El recurrente, por otro lado, le atribuye al Tribunal error de hecho en la apreciación de los que denomina "testimonios técnicos", tres de ellos recibidos a instancia de los demandantes -los de Gonzalo Luque, Nury Alvarez de S. y Alvaro E. Guáqueta-, y los otros cuatro -de Pedro Felipe Consuegra, Raúl Mateus, Orlando Osuna y Víctor Cotrino- por iniciativa de la demandada.

Cita los tres primeros para argumentar que "si al decir de estos tres testigos la causalidad eficiente entre la ingestión de la Codornicina y la muerte de las aves no es

necesaria, sino apenas posible, según lo conceptúan quienes tienen conocimientos científicos sobre la materia, no puede verse en esos asertos, sin alterar su verdadero contenido, indicios graves e inequívocos de causa a efecto...".

Que esa relación de causalidad tampoco puede encontrarse en los otros testimonios, también tomados por el sentenciador para ver en ellos indicios graves de la relación de causalidad, en corroboración de lo cual copia apartes de los mismos.

Finalmente, concluye que los errores que deja demostrados condujeron al Tribunal a creer que los demandantes "demostraron plenamente el daño que sufrieron y la relación de causalidad entre el perjuicio y el hecho que lo generó, es decir, la ingestión por las codornices del alimento que contaminado se les suministró, adquirido por compra a la sociedad demandada".

Se considera

1. La Sala abordará el examen de la cuestión, en primer lugar, desde el punto de vista del perjuicio, acerca del cual, como se ha visto, el impugnador le endilga al Tribunal la comisión de un error de derecho en relación con un dictamen pericial rendido extraprocesalmente, y de otro de hecho respecto de varias declaraciones de testigos.

1.1. A efectos de evaluar la configuración del error, se debe empezar por observar que, en lo tocante con el daño, el juzgador lo encontró en la elevada mortalidad de las codornices y en la rápida descomposición de los huevos, sin que al contemplar las declaraciones que le sirvieron de prueba distinguiera entre una y otra cosa, pues las miró indistintamente, o sea, sin detenerse a reparar cuáles se referían a la muerte de los animales y cuáles al pudrimiento de los huevos. En efecto, como en su momento se anotó y ahora se repite, fueron sus palabras: "En cuanto a la ocurrencia de la muerte de una cantidad considerable de codornices y al hecho de la rápida descomposición de los huevos, declararon los señores...", agregando en el párrafo siguiente que está probado que en la granja de los demandantes ocurrieron esos dos hechos, para entonces aseverar que "se concluye que el daño o lesión patrimonial se ha configurado".

Además, por las razones precedentes, no aceptó lo sostenido por la parte demandada respecto de la no demostración del daño debido a causa de no haberse concretado la cantidad de aves afectadas, distinguiendo entonces entre la existencia del daño propiamente dicho y la cuantificación del mismo, es decir que dejaba para un momento ulterior el análisis de este último punto.

El recurrente, por su lado, no cuestiona tal tratamiento dado al problema, no obstante lo cual, en lo que al primer aspecto de los dos anotados atañe, le dirige críticas al Tribunal como si éste hubiera sopesado (o debido sopesar) las pruebas considerando de manera separada los dos factores constitutivos del daño. Y en lo que es propio del segundo, denuncia la comisión de errores en apreciación de pruebas que el *ad quem* tuvo presente, no para fijar la existencia del daño, sino su cuantía.

1.1.1. Pero la verdad es que, como pasa a verse, las declaraciones reflejan lo que en ellas vio el Tribunal, sin que, por consiguiente, tengan algún fundamento los reparos formulados por el casacionista.

a) La testigo María Inés Mejía de Cuevas, tras relatar que distribuía los huevos producidos en la granja de los demandantes en algunos supermercados de Bogotá, informa que entre septiembre y octubre de 1984 tuvo devoluciones de los huevos porque, decían en aquéllos, "estaban viejos o malos y realmente los huevos se acababan de repartir". Añade que se tomó el trabajo de mirar los huevos devueltos y encontró que tenían hongos, con indicios que la contaminación venía de dentro del huevo hacia fuera. Más adelante expresa que el problema de los huevos se presentó "en septiembre del 84, o sea que duró los últimos cuatro meses del 84 en cuanto a devoluciones y todo eso", y que fueron más de 6.000 las cajas de huevos devueltas, fuera de las que no llegaron de Ibagué porque se negaron a transportarlas.

Entonces, aunque la testigo no hubiera dicho que percibió directamente la muerte de las aves, sí informa, en contra de lo que señala el recurrente, que personalmente constató la descomposición de los huevos, y lo sucedido a raíz de la misma con los clientes a quienes se los suministraban, lo que, desde luego, es bastante para tener por comprobado este aspecto del daño, con sujeción al criterio adoptado por el Tribunal y no combatido por el recurrente;

b) El testigo Alirio Valdés Rivas, quien visitó la granja en diciembre de 1984, para examinar el alimento que se le estaba suministrando a las aves, encontró algunas de éstas muertas, al igual que gran número de huevos podridos. Por lo tanto, no resulta inane para demostrar el perjuicio. Según la ya señalada manera de pensar del Tribunal, dejada al margen de la censura por el recurrente, era innecesario que concretara la cantidad. Y como todavía no se estaba considerando la relación de causalidad, es inadmisible el reproche por la no indicación de la causa determinante de las muertes y de la putrefacción;

c) Hernando Gómez León explícitamente afirma que por razón de sus visitas a la granja, hechas en razón de ser amigo de los demandantes, fue "testigo ocular" de la pérdida de consistencia tanto en la yema como en la clara de los huevos; que al cocinar éstos, presentaban mal olor y un punto negro. Que en diciembre de 1984 empezó a presentarse mortandad en las aves por causa del concentrado; que se presentó un producto no apto para el mercadeo, menos para el consumo humano debido a que se encontraba afectado tanto el animal como el huevo.

No es, pues, el suyo un testimonio de oídas, y sí habla de las aves muertas, y también de la causa, aun cuando esto, para lo considerado por el Tribunal, en este punto, no resultaba indispensable. En una palabra, alude de manera atendible a la existencia del perjuicio.

d) Juan Mauricio Sandoval A., manifiesta que en el segundo semestre de 1984 se presentó un descenso en la producción de huevos, iniciado con la contaminación de éstos, y que hubo un momento crítico en que la producción fue casi nula; que hubo devolución de los mismos, de lo cual fue testigo. Todo, en su condición de asistente técnico de la granja.

De forma que el testigo sí alude concretamente a uno de los aspectos del perjuicio reclamado por los demandantes. Y su apreciación de la causa no tiene por que ser considerada en este punto, como que toca con la relación de causalidad;

e) Luis Angel García testifica sobre la descomposición y rotura presentada por los huevos después de agosto de 1984, sobre la reducción en la producción, y el acelerado proceso de mortalidad de las aves.

Entonces, sí dice en qué consistieron los perjuicios sufridos por los demandantes. Y si en diciembre de 1984 se encontraron 9.000 codornices vivas, la extinción total informada por el testigo se presentó fue en marzo de 1985, sin que el problema del padecimiento de la contaminación por causa del alimento tenga que ser involucrado acá, tal como antes se ha señalado;

f) Lilia Marlene Camargo, quien afirma conocer la granja de los demandantes por haber trabajado allá, explica que los animales se empezaron a desplumar, a bajar la postura, en su carne se presentaban unas manchas amoratadas, los intestinos inflamados lo mismo que el hígado, el huevo "se rebotaba" y a los cinco o seis días ya estaba dañado. Que eso se empezó a notar en el mes de septiembre de 1984, y que para marzo de 1985 la granja ya estaba totalmente acabada.

En esos términos, la testigo no es vaga ni hipotética: por el contrario, resulta suficientemente clara y explícita al describir el daño sufrido por los demandantes en su granja, sin que en este punto, repítese una vez más, tenga porqué examinarse lo relativo a la causa de la enfermedad sufrida por los animales;

g) Alvaro E. Guáqueta R., quien dice conocer la granja desde unos diez años antes y ser asistente técnico del crédito de Ley 5ª solicitado por los demandantes en el año de 1986 para refinanciar aquélla, informa, entre otras cosas, que por el problema allí presentado fue necesario eliminar la totalidad de los animales; que a finales de 1984 y principios de 1985, cuando visitó la granja para analizar los resultados de los exámenes de laboratorio, encontró una postura del más menos 10%, y una alta tasa de mortalidad.

No obstante que este testigo sitúe el hecho concerniente al sacrificio de los animales en 1986, cuando otros deponentes manifiestan que fue en 1985, estima la Sala que ese aspecto, por sí solo, no es bastante para alcanzar a atribuirle al Tribunal un error de hecho en su apreciación, porque la verdad es que da una cabal y adecuada razón de la ciencia de su dicho. Pero aun cuando hubiera lugar a desestimarlo, lo cierto es que las restantes atestiguaciones le seguirían prestando fundamento a la sentencia en punto de la comprobación del daño del que los demandantes fueron víctimas.

1.1.2. Cabalmente por lo acabado de anotar es por lo que la Sala estima que aparece como irrelevante el examen del error por la apreciación de la declaración de Guillermo Salamanca Alba. Sin embargo, de que se concluyera que la razón está de parte del casacionista, ese yerro carecería de influencia en la decisión, dado su carácter aislado.

Y es que, como se acaba de ver en el repaso llevado a cabo, esos testimonios aluden a la muerte de las codornices en grandes cantidades, y al deterioro y consecuencial reducción, también en grado superlativo, de la producción de huevos. Eso fue lo que advirtió el Tribunal en las testificaciones que nombró, y, en lo mismo, identificó el perjuicio irrogado a los demandantes, sin que para el análisis correspondiente tomara en consideración ni las causas del fallecimiento de las aves y de la descomposición de los huevos, ni las cantidades que de éstos y de aquéllas se perdieron porque, en cuanto a las causas, las averiguó cuando se detuvo en el estudio de la relación de causalidad, y cuanto

a las cantidades, las estableció justamente cuando estudió la magnitud del daño. Si el recurrente, como también se dijo atrás, creía que con ambos aspectos se tenía que contar en orden a definir la configuración del perjuicio, de ese modo lo ha debido plantear, denunciando el yerro del Tribunal por haberlos escindido. Pero como no lo hizo y, en cambio, entra derechamente a criticar los testimonios porque no aluden a uno o a otro punto, o a ambos, para, en buena medida, inferir de allí el error, es diáfano que desvía el ataque, el cual, por lo tanto, aparece como inocuo, sin que, por lo demás, quepa decir que aquél alteró la fidelidad objetiva de las declaraciones citadas.

Como el *ad quem* deslindó la existencia del perjuicio y su cuantificación, siendo al tratar de ésta que se refirió a la inspección judicial y al dictamen pericial practicados extraprocesalmente, es conveniente observar que la censura, en cuanto a que supuestamente también se tomó en cuenta ese dictamen como demostrativo de los perjuicios, hállase por fuera de lugar, máxime cuando, como se ha venido diciendo, el recurrente no combatió la sentencia por llevar a cabo esa separación.

Por consiguiente, mirado desde el ángulo de los perjuicios el cargo no se abre paso.

2. En cuanto a la relación de causalidad, el ataque, en esta perspectiva, hase visto, parte de las siguientes y básicas premisas:

a) La relación de causalidad, entendida como que el hecho producido (daño) sea la consecuencia natural y lógica de la culpa, debe probarse;

b) El Tribunal afirmó que la enfermedad y muerte de las aves tuvo su causa en la "Codornicina" con la cual se les alimentó, lo que tuvo por demostrado con los denominados "indicios graves," derivados de las pruebas cuya apreciación impugna;

c) Los hechos tomados como indicadores por el Tribunal no están plenamente demostrados, y en el caso hipotético de estarlo, ninguno conduce inequívoca y necesariamente a inferir que la ingestión de la "Codornicina" causó la muerte de los animales y la pérdida de los huevos.

2.1. Pues bien: Será lo primero recordar que, como en oportunidad anterior lo expuso la Sala, "...las pruebas en general, y los indicios en particular, deben ser apreciados en conjunto, armonizando o entretejiendo unos con otros. Más, en lo que a los indicios concierne, para que esta tarea pueda ser cumplida de manera correcta, la existencia del hecho indiciario no le debe ofrecer ningún género de dudas al fallador, condición que, exigida en el artículo 248 del C. de P.C., tiene una obvia razón de ser: La indiciaria es la prueba indirecta por excelencia, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida. Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser contraevidente. -Pero la eficacia probatoria del indicio también depende de la intensidad o del vigor con que se manifieste el enlace entre el *factum probandum* y el *factum probans*. Entre más ceñida a la lógica y a las máximas de la experiencia se vea la inferencia, mayor será la significación probatoria del indicio-. En la casación el error de hecho por la no apreciación de los indicios se puede presentar porque el sentenciador ignora la presencia del hecho indiciario, siempre y cuando, claro está, la existencia de éste se halle satisfactoriamente fijada, o, al contrario, porque sin estarlo, lo suponga. O porque

viéndolo, se abstenga de extraer de él la inferencia que lógicamente corresponde, o extraiga una que sea contraevidente. O, en fin, porque, no obstante ver los distintos indicios, cuando son contingentes, no los relaciona o concatena a fin de apreciarlos en conjunto" (Cas. Civ. 12 de marzo de 1992, sin publ.).

2.2. En el anterior orden de ideas, y como un poco antes se observó, el recurrente aduce como punto de partida de su planteamiento encaminado a patentizar el error que le atribuye al Tribunal acerca de la apreciación de los indicios que éste tuvo como demostrativos de la relación de causalidad, que los hechos indicadores de dicha relación no se encuentran plenamente demostrados; y que, de estarlo, ninguno conduce inequívoca y necesariamente a inferir los hechos que el Tribunal, con desacierto, da por demostrados.

Sin embargo, de las dos perspectivas que de ese modo traza, la verdad es que en esta sección sólo se ocupa de la segunda y esto de manera incompleta, conforme se verá luego, pues en lo que respecta a la primera nada dice, quizá porque consistiendo los hechos indicadores de los que se habla en la alta mortalidad de las aves y en la drástica reducción de la producción de huevos por su pudrimiento prematuro -el recurrente, bueno es advertirlo, no manifiesta que sean otros-, y constituyendo ellos, a su vez, el daño que el Tribunal encontró irrogado, se sabe ya, tal como viene de exponerse, que fue infructuoso el ataque contra la sentencia acerca del punto.

En el anterior orden de ideas, lo que en este momento corresponde dilucidar es si el juzgador desacertó al inferir que la muerte de las codornices y la descomposición de los huevos "tuvo su causa en la Codornicina con la cual se les alimentó desde agosto de 1984", conforme a sus palabras textuales, es decir, si cayó en desatino ostensible al descubrir la conexión con el hecho indicado.

2.3. Se sabe que el recurrente le imputa al Tribunal error de derecho en la apreciación de las certificaciones expedidas por las entidades oficiales atinentes a los resultados de los exámenes de laboratorio en ellas practicados, y error de hecho en la apreciación de los exámenes de laboratorio de propiedad privada, de las facturas de compra de la Codornicina, y de los distintos testimonios acogidos por el Tribunal, incluidos los que éste tiene como técnicos.

Vistas así las cosas, observa la Sala que el recurrente no se adecuó al derrotero trazado por el Tribunal, dejando de impugnar en el punto algunos de los fundamentos expuestos por éste.

En efecto, manifestó el juzgador que si los demandantes pusieron en conocimiento de "Purina" y del ICA la situación que se presentaba en la granja, y acudieron a recursos técnicos para establecer su causa, fue "porque atribuían al alimento, las alteraciones de las aves y de los huevos", agregando en el párrafo inmediatamente siguiente que otro hecho que se analiza "es el cambio de alimento que se suministraba a las codornices", para entonces citar el momento en que ocurrió, y decir luego que "la granja tenía varios años de labores cuando se presentó el problema materia del proceso, es decir se tenía suficiente experiencia".

A los factores precedentes les sumó el que hizo residir en que "no aparece en el expediente cuál fue la actividad desplegada por Purina ante la noticia de que en la granja

Gonely se presentaban anomalías en las codornices, atribuidas a un alimento que les vendió tal sociedad", pues que sólo se sabe que a la granja se hizo presente un empleado de "Purina", nada más.

El recurrente no atacó la adopción de las anteriores bases por parte del sentenciador, y ello era de importancia suma puesto que fue dentro de ese contexto que éste apreció haber sido el suministro de la "Codornicina" lo que causó la enfermedad de las aves.

Expresándolo en otros términos, el Tribunal halló indicios de distinta índole y haciendo de ellos una urdimbre, sacó la conclusión atañadera a la presencia de la relación de causalidad, sin que el impugnador hubiese objetado que ese entrelazamiento era insensato ni censurara el acogimiento de algunos de los indicios que sirvieron para formarlo.

De modo que si el cargo, por lo que tiene que ver con la relación de causalidad, viene incompletamente formulado por los dos aspectos que se dejan anotados, ello es motivo suficiente para que él no se abra paso.

Sin embargo, prescindiendo de lo acabado de decir, aun cuando se admitiera por la Sala que al recurrente le asiste la razón en cuanto a los errores de derecho que denuncia en esta sección del cargo, y que, así mismo, se concluyera que los testimonios de Pedro Felipe Consuegra, Raul Mateus B., Orlando Osuna O., Víctor J. Gotrino, recibidos a instancia de la parte demandada, no aportan nada en pro de la conclusión extraída por el Tribunal -este mismo afirma que tales declaraciones dan cuenta de que a Purina no se le presentaron reclamaciones respecto de la "Biolayina 107", entendimiento que el recurrente no impugna- aun cuando todo eso se aceptara, se repite, no por ello saldría avante la censura pues el carácter conjetural o hipotético que el recurrente le adjudica a los exámenes de laboratorio practicados por los doctores Gonzalo Luque F. y Nury Alvarez de S., lo mismo que a los testimonios de estos dos profesionales y al del doctor Alvaro Guáqueta R., pierde toda la connotación que el recurrente pretende atribuirle, desde luego que si el mal que aquejó a las aves se presentó al poco tiempo de haber empezado a suministrales a éstas la "Codornicina" -hecho no cuestionado por la censura-, y los doctores Luque y Alvarez constataron que el alimento se hallaba contaminado, la inferencia del Tribunal no puede, en modo alguno, ser tildada de contraevidente. Por el contrario, ella se encuentra ceñida a la lógica y a las reglas o máximas de la experiencia, incluso de una manera tanto más significativa cuanto que en ningún momento la parte demandada trató de demostrar que la enfermedad de las aves, con las secuelas de su muerte posterior y la disminución de la producción de los huevos, hubiese tenido una causa diferente.

El cargo, pues, es improspero.

Cargo segundo

1. En éste se le enrostra a la sentencia la violación indirecta de los artículos 63, inc. 2º, y 2357 del C.C.; 19, ords. 2º, 3º y 4º, 26, 27, 28, ord. 7º, 48, 49, 68, 182 del C. de Co.; y 10, inc. 1º, 11, inc. 1º, y 17, inc. 3º del Decreto 3466 de 1982, como resultado de "suponer la existencia de pruebas o pretermitir la estimación de las que demuestran que el perjuicio sufrido por los demandantes, en caso de haberlo sufrido éstos, fue producido también por la culpa de ellos, que en tal caso vendría a ser concurrente con la de la

demandada y que se concreta en la omisión del registro comercial de su empresa avícola: la falta de indicación de la fecha de vencimiento de los huevos de codorniz, devueltos por los consumidores; y la negligencia de los demandantes para evitar que las aves se extinguieran".

2. Tras algunos comentarios de carácter general en torno a la figura de la concurrencia de culpas, el recurrente acomete la demostración del cargo señalando que estando demostrado con el correspondiente certificado de la Cámara de Comercio de Duitama, que los demandantes eran comerciantes, lo que el Tribunal pasó por alto, "les era obligatorio el registro mercantil de sus libros de contabilidad y sus establecimientos de comercio, y la inscripción de aquéllos en la Superintendencia de Industria y Comercio...". Y lo cierto es que, agrega, los cónyuges no cumplieron con ese deber, pues así lo confiesan en los interrogatorios por ellos absueltos.

Que el Tribunal también pasó por alto la confesión de los demandantes sobre que, como productores de los huevos de codorniz que distribuían en almacenes de Bogotá y otras ciudades, no estamparon en los empaques de los huevos la fecha de vencimiento, deber que tienen que cumplir los productores antes que los distribuidores, por razones obvias.

Que ese incumplimiento lo refiere la testigo María Isabel Mejía de Cuevas quien, en afirmación pasada por alto por el Tribunal, indica que la fecha de vencimiento la colocaba ella como distribuidora y no los demandantes productores.

Que el sentenciador no advirtió "que la afirmación de la demandada hecha para fundar su defensa, y consistente en que los demandantes no tomaron las medidas para impedir la muerte de las codornices', es una negación de carácter indefinido, que exime de la carga de la prueba a quien la hace por ser un imposible jurídico obligarlo a ello, para que la contraparte, en frente de esa afirmación negativa pruebe el hecho positivo contrario, lo que sí es posible...". Y que por no haber visto esa negación indefinida, sostuvo equivocadamente "que tal aserción o 'aspecto podría constituir una concurrencia de culpas, pero nada se probó por la demandada', con lo cual incurrió en error de hecho manifiesto por preterición de una prueba...". Pareciendo indiscutible, remata el censor que los demandantes fueron negligentes, pues habiendo advertido la enfermedad de las codornices desde septiembre de 1984, de las cuales en diciembre se hallaron vivas más de 9.000, durante ese lapso no tomaron medida alguna para evitar la muerte de las aves, por lo que, indudablemente, fue culposa la conducta de aquéllos.

Esos errores, concluye, fueron determinantes para que el sentenciador no reconociera la concurrencia de culpas.

Se considera

1. "Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire". *("No se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre"). Este principio, que viene desde el Derecho Romano, es el que inspira el precepto consignado en el artículo 2357 del C.C., por cuya virtud "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente", regla que entonces quiere decir que la víctima no puede reclamar la indemnización del daño que se ha causado a sí misma.*

Por lo tanto, cuando el daño, en su totalidad, tiene como causa exclusiva la culpa de la víctima, el demandado encuentra allí un motivo eximente de su responsabilidad. Y si la culpa de la víctima ha contribuido parcialmente a la causación del daño, el demandado, por su parte, sólo tendrá que responder en aquella proporción que se juzgue como conectada con su propia culpa.

Si lo que se reduce es la apreciación, es decir, la estimación o la cuantificación del daño, cuando quien lo padece se ha expuesto a él de una manera imprudente, se debe ante todo entender que no es, como por algunos se suele afirmar equivocadamente que se produzca una compensación entre la culpa del demandado y la de la víctima, porque lo que sucede, conforme se infiere del propio tenor del precepto, es que entre la denominada culpa de la víctima y el daño ha de darse una relación de causalidad, como también debe existir con la del demandado. Por eso, cuando ambas culpas concurren a producir el daño, se dice que una y otra son con causa de éste.

2. En el anterior orden de ideas, si la cuestión reside en averiguar por el nexo causal entre la culpa de la víctima y el daño por ésta padecido, aun cuando aquélla exista, si no tiene incidencia en el daño, es claro que no hay para qué considerarla con miras a buscar una reducción en la indemnización correspondiente.

De allí que, aunque en este caso se concluyera que los demandantes obraron negligentemente cuando omitieron los registros de los que el recurrente habla o la inclusión de las fechas de vencimientos en los empaques de los huevos, y se añadiera que, en efecto, el Tribunal no vio tal aspecto de la cuestión, no por eso se alteraría la conclusión del juzgador, según los términos reclamados por el impugnante. Si entre tales omisiones y el daño no media ninguna conexión, pues nada hay en ellos que permita enlazarlos con los males padecidos por los animales, el Tribunal no tenía por qué detenerse en ellos y sí, de hecho, hubiera reparado en su presencia, en nada hubiera variado la conclusión a la que finalmente llegó.

Ahora, si lo pretendido por el recurrente estriba en mostrar mediante ello un comportamiento descuidado de los demandantes en el manejo de la granja, como ambiente propicio para que el mal aflorara y luego se expandiera, entonces habría que decir que aquél se abstuvo de combatir la apreciación del Tribunal con arreglo a la cual "la granja tenía varios años de funcionamiento próspero y era manejada con medios adecuados y asesoría técnica" porque apunta en una dirección contraria, o sea, que bajo tal aspecto estimó que de parte de los actores no existió ningún factor participativo en la generación del daño.

3. Por lo que tiene que ver con el error consistente en que a raíz de la supuesta negación indefinida de la demandada por cuya virtud "'los demandantes no tomaron las medidas para impedir la muerte de las codornices'", se trasladó la carga de la prueba a los demandantes quienes, en consecuencia, han debido demostrar que sí tomaron esas medidas, es necesario anotar que allí no hay negación o afirmación indefinida de ninguna especie, sino una apreciación vaga y gaseosa, puesto que el recurrente se abstiene de señalar que, en su momento, su representada hubiese precisado en qué consistían los pasos que se han debido seguir para neutralizar las secuelas de la contaminación y la subsiguiente enfermedad, punto este de tanta importancia cuanto que el Tribunal afirmó que "no aparece en el expediente cuál fue la actividad desplegada por

Purina ante la noticia de que en la granja Gonely se presentaban anomalías en las codornices, atribuidas a un alimento que les vendió tal sociedad. Sólo se sabe por declaraciones de testigos, que a la granja se hizo presente un empleado de Purina, nada más", lo que el recurrente no combate.

De conformidad con lo anterior, el problema ofrecería un cariz por completo diferente si, contrariamente a lo aseverado por el Tribunal, la demandada, una vez noticiada del problema afrontado por los demandantes, les indica unas pautas a las qué sujetarse para atacar el mal, pues ante tal evento sí podría pensarse que cabe la configuración de la concausa que se ha querido echar de menos, y ello, por supuesto, ante la desatención de las instrucciones que han debido darse. Pero quien adoptó esa actitud displicente, mal hace en objetar a estas alturas que los demandantes, por la falta de adopción de un no puntualizado tratamiento médico, contribuyeron a la agravación del daño.

No existen, entonces, los yerros denunciados en el segundo cargo, el cual, por consiguiente, no prospera.

b) ***Demanda de la parte demandante:***

1. En un solo cargo, propuesto con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., se acusa la sentencia porque infringió los artículos 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2342, 2343, 2347 y 2356 del C.C., como consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas concernientes al valor asignado a las codornices, al perjuicio moral y al "good will" de la empresa.

2. Respecto del valor asignado a las codornices, el recurrente, al desarrollar el cargo, dice que el Tribunal se equivocó cuando afirmó que la parte demandante no había probado nada sobre el punto, porque pasó por alto que en la diligencia de inspección judicial de carácter extraprocesal practicada el 12 de diciembre de 1984, los peritos avaluaron "a $900 cada una de las 7.887 codornices ponedoras, a $150.00 las 600 codornices en etapa de cría y a $300.00 las 400 de levante, frente a lo cual resulta una ostensible contraevidencia tomar como valor promedio de todas las codornices el de $135, como lo hizo el Tribunal...". Añade que el Tribunal cometió yerro fáctico al pasar por alto el dictamen pericial rendido con la inspección judicial porque, aunque practicado sin citación de la contraparte, tiene el carácter de indicio, según el anterior artículo 300 del C. de P.C., aplicable en la especie de esta *litis*.

Que también pasó por alto que el médico veterinario Alirio Valdés Rivas dice que las codornices que halló muertas eran ya "ponedoras". Que Lilia Marlene Camargo testifica que de las codornices muertas, unas 10.000 estaban ya en la etapa de postura. Que dejó de ver que en las "declaraciones o ratificaciones" de los doctores Guillermo Salamanca Alba y Mauricio Zubieta V., las cuales deben ser tomadas como testimonios técnicos, se reitera que había 8.764 codornices ponedoras.

Que lo más grave es que hubiese pasado por alto que "en su reciente declaración (testimonio técnico) o ratificación del dictamen, el doctor Mauricio Zubieta Vega, reafirma que, según consignó en el punto 7º de la diligencia de inspección judicial en asocio de peritos..., se avaluaron en $8.097.600, las codornices...", exponiendo los fundamentos técnicos tenidos en cuenta para señalar ese valor. Que este "testimonio o

ratificación" había sido decretado como prueba de oficio por el Juzgado del conocimiento, sin reparo de la parte demandada.

Y que el Tribunal tampoco advirtió, "que en el interrogatorio de parte que rindió el otro demandante, José Gonzalo Sánchez Castro... respondió que las crías de codorniz se le compraban en Cali a un señor Hernán Ospina a $150.00 cada una".

Argumenta que el dictamen rendido extraproceso, que tiene valor de indicio, unido a la declaración o ratificación del doctor Mauricio Zubieta V., hace ver "que el precio total de las codornices no puede ser el fijado por el Tribunal en $1.318.140,sino el de $8.097.600", suma ésta, añade un poco después, que debe ser actualizada al producirse la condena por este rubro a la cantidad de $32.058.365.99.

3. Acerca de los perjuicios morales y después de consideraciones generales al respecto, denuncia que el Tribunal "dejó de apreciar que los demandantes sufrieron intensos padecimientos, angustias y turbaciones de ánimo a raíz del daño material causado a sus codornices y, en general, a la granja Gonely".

En torno a este punto tiene como pruebas dejadas de apreciar las declaraciones de María Inés Mejía de C., Hernando Gómez León, Luis Angel García V., y Lilia Marlene Camargo, apartes de las cuales reproduce para demostrar cómo en ellos se alude al aspecto que es materia de la censura. Y concluye:

"...No obstante obrar en autos plena prueba plural de que los demandantes padecieron grandes angustias y amargas congojas que hirieron sus almas en lo más hondo, provocándoles grave y prolongada turbación de sus sentimientos, el honorable Tribunal no encontró que los demandantes hubieran sufrido ese notorio daño moral y, por tanto, les negó sin razón, la reparación a que tenían derecho por ese específico concepto".

Termina pidiendo que se case la sentencia y que se fije para cada uno de los demandantes la suma de $1.000.000, tope actual del *petitum doloris* .

4. Acerca del "goodwill", dice que el Tribunal también cometió error de hecho pues no vio lo testificado por María Inés de Cuevas sobre la pérdida de imagen o buen nombre de la empresa, al igual que la de clientes tan importantes como "Carulla". Y que tampoco se percató de lo expuesto por Luis Angel García V. en torno al mismo punto.

Deduce que "al dejar de ver el Tribunal que el buen nombre de los productos de la granja Gonely, se deterioró gravemente a causa de la contaminación que sufrieron los huevos de codorniz y estas propias aves, lo que comporta un perjuicio real para los demandantes, con ello cometió evidente yerro fáctico. Si el *adquem* no hubiera caído en error y desde luego que es cierto que no se determinó el valor del daño, habría condenado, en abstracto, al pago de esos perjuicios o habría ordenado su previo avalúo, para fulminar condena en concreto como lo dispone hoy el artículo 307 del C. de P. Civil.

Se considera

1. El razonamiento del recurrente, en lo que tiene que ver con el valor unitario de las codornices, parte de afirmar que el Tribunal "no vio las pruebas que demuestran los valores verdaderos, según la etapa de desarrollo de cada ave", y, además, porque tomó

como precio el promedio ($135.00) de los que la demandante había señalado en su interrogatorio de parte, cuando los mismos ($130.00 y $140.00) corresponden es a "las codornices polluelos para iniciar levante".

En cuanto a las pruebas que tienen como no vistas, llama la atención acerca de la diligencia de inspección judicial practicada el 12 de diciembre de 1984 y de lo que a la sazón expusieron los peritos en cuanto al precio de las codornices, manifestando, como se sabe, que ese dictamen tiene el carácter de indicio, según lo declaraba el anterior artículo 300 del C. de P.C.

Pero sucede que el Tribunal sí vio el dictamen, tanto, que dijo que no tenía el valor de plena prueba. Y como quiera que, por tal causa, no lo tuvo en cuenta para la determinación del precio, el ataque ha debido presentarse desde la perspectiva del error de derecho, motivo por el cual la Sala no se ocupa del punto.

Relativamente a los testimonios de Alirio Valdés R. y Lilia Marlene Camargo, quienes dicen que las codornices muertas eran ponedoras, ningún error pudo haber cometido el Tribunal al dejar de considerarlos puesto que tal dato aparece como insuficiente para establecer el precio por unidad de las aves.

En lo tocante con las declaraciones de Guillermo Salamanca Alba y Mauricio Zubieta Vega, recibidas dentro de este proceso, la del primero a instancias de los demandantes, y la del segundo por virtud de decreto *ex officio* del *a quo*, debe, ante todo, observarse que fueron ellos los autores del dictamen extraprocesal, dejado de lado por el Tribunal por no ser plena prueba.

¿Tenía, entonces, el Tribunal que haberlas visto como prueba testimonial? El análisis de la cuestión carece por completo de relevancia: en lo que concierne a lo expuesto por Salamanca Alba, puesto que tal persona realmente no aporta ningún dato acerca del valor de las codornices, pues como un poco antes se anotó en relación con los testimonios de Valdés y de Lilia Marlene, la afirmación sobre el número de codornices ponedoras no da la medida para fijar el valor de las mismas. Y en lo referente a Zubieta, al consistir lo suyo en una ratificación de lo que había expuesto como perito, no se puede ver más que como un procedimiento completamente exótico dentro del esquema legal previsto para la producción de las pruebas: Si actuó como perito, ninguna razón existía para ordenar después la ratificación de lo consignado por él en la condición referida. Desde luego, otro cariz podrían tener las cosas si el juzgado, en lugar de decretar esa ratificación, dispone la recepción del testimonio, sin sujetarlo a una prueba anterior cuya práctica se encontraba ya legalmente suprimida para el momento en que se tomó la decisión respectiva. Pero aún así, o sea, no obstante que se hubiera ordenado y se le hubiera recibido una declaración como testigo, quedaría por verse cuál sería el mérito probatorio que se le podría asignar a algo que no recaería propiamente sobre hechos sino que, rigurosamente, atañería a un juicio de valor, materia propia de una peritación.

Por eso, pues, el Tribunal ningún error cometió al dejar de tomar en cuenta estos otros dos medios como demostrativos del precio unitario de las codornices muertas.

En cuanto a la preterición de la declaración de parte del demandante Jose Gonzalo Sánchez C., quien habla de un precio de compra de las codornices de $150.00, ninguna

razón se advierte para que, en vez de tomarse la declaración de su cónyuge como punto de referencia del valor en cuestión, éste se derivara de la suya, tanto menos cuanto que su estimación aparecería como más favorable a sus propios intereses y a los de su *litis* consorte. De modo que aquí tampoco existió el error de hecho atribuido al sentenciador.

2. Pasando a los errores por la no apreciación de las pruebas demostrativas del perjuicio moral, es de señalarse que el *ad quem* observó que éste "es cuestión eminentemente sentimental o afectiva, aun cuando algunas veces trascienda a la órbita material", y que, en tal orden de ideas, ha de entenderse que "los sentimientos y las relaciones compartidas son la base de esta clase de perjuicios y por eso no se dan sino entre personas naturales y no entre estas y las cosas".

Semejantes conceptos, entonces, están dando a comprender a las claras que aquél sí se ocupó del asunto, y que si bien lo hizo en el sentido de desestimar las pretensiones deducidas por los actores, no lo fue sobre la base de creer que no estaba probado, sino de estimar que él mismo no podía surgir sino por virtud de las relaciones entre personas naturales y no de las que éstas pudieran tener con las cosas, razonamiento que el censor no combate y que, como es natural, le brinda todo su apoyo a la decisión tomada. Es más, a su amparo no es posible aseverar, como lo hace el impugnante, que el Tribunal ignorase las pruebas aportadas para establecerlo dentro del proceso: por el contrario, él está indicando que sí las vio, sólo que por considerar que apuntaban a una relación entre los demandantes como personas naturales y cosas, resultaban irrelevantes. Por lo tanto, el cargo, en el punto, ha debido encerrarse por la vía directa; por tal causa, además la Sala se abstiene de abordar el análisis del punto, según los términos en los que el Tribunal lo trató.

3. Para desestimar la pretensión tocante con la indemnización por la pérdida del "good will", el *ad quem* manifestó que los demandantes habían dejado de aportar la prueba de las utilidades y de los activos tangibles.

El recurrente, de su lado, denuncia la sentencia por haber preterido aquellas declaraciones que hablan de la pérdida de la imagen sufrida por la empresa, de la de clientes importantes y de la dificultad para recuperar un mercado conquistado con tan grandes esfuerzos. Y, conforme se ha visto, argumenta que si el Tribunal no cae en ese error, habría condenado al pago de esos perjuicios en abstracto, o habría ordenado su previo avalúo para producir una condena en concreto como lo dispone el artículo 307 del C. de P.C.

Pero, así vista la impugnación resulta desviada por cuanto aunque se dijera que el Tribunal no se percató de las susodichas pruebas, su juicio relacionado con las que echa de menos continuaría en pie, y la Sala, en sede de casación, no lo puede remover por su propia iniciativa. El recurrente, por su parte, se abstiene de demostrar que sea erróneo tal entendimiento de la cuestión, vale decir, que para cuantificar la pérdida del "good will" sea indispensable contar con la presencia de los elementos demostrativos de las utilidades y de los activos tangibles, lo cual, entonces, torna en innecesario el examen de los errores denunciados respecto de este otro concepto.

El cargo, por lo tanto, es impróspero.

DECISION:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo del veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por José Gonzalo Sánchez Castro y Elizabeth Barrera de Sánchez en frente de la sociedad "Purina Colombiana S.A.".

Sin costas en el recurso por la no prosperidad de ninguna de las dos demandadas.

Notifíquese.

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

Acción Resolutoria

Tratándose desde luego de obligaciones recíprocas de simultánea ejecución, existe justificación clara para el deudor demandado que se resiste a realizar las prestaciones a su cargo, sentándose así un criterio general que por cierto deriva de una arraigada tradición doctrinaria en el país, de suyo orientada a evitar que la acción resolutoria pueda llegar a convertirse en un medio puesto en manos de maliciosos incumplidores para sustraerse con ventaja al vigor normativo que a los contratos válidamente celebrados les es consustancial./ En caso de que todas las partes que celebran un contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2° del artículo 1546 del C.C./ El titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge el cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.

Contrato Sinalagmático / Acción Resolutoria / Resiliación / Mutuo Disenso

Entre la disolución de un contrato sinalagmático por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y la que acontece como consecuencia de la resiliación por mutuo disenso, existen radicales diferencias que nunca los jueces de instancia pueden ignorar, para, a su talante, modificar pretensiones deducidas en juicio que con la claridad necesaria aparecen fundadas en uno u otro instituto.

Violación Norma Sustancial - Vía Directa e Indirecta / Error de Hecho / Interpretación de la Demanda

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, 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; por el contrario, la indirecta tiene lugar cuando el fallador deje de aplicar una norma que regula el caso o le aplica una que le es extraña al haber incurrido en errores en la apreciación de la demanda o la estimación de las pruebas.

Cuando uno o varios hechos afirmados en la demanda incoactiva del proceso, ya sea que los considera aisladamente o ya en conjunto con otros para su definición jurídica, ofrecen dos o más interpretaciones lógicas o aceptables, porque ninguna de las cuales resulta ser arbitraria o absurda, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que en tal evento incurra en yerro de facto manifiesto, evidente o que brille al ojo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Referencia: Expediente número 4022.

Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

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

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por José Antonio Bello Mesa contra Libardo Casanova Silva, Jorge Hernando Pinzón y Jorge Hernández Rincón.

1. ANTECEDENTES

1. Con fecha dieciocho (18) de enero de 1988 y actuando por intermedio de apoderado, el recurrente promovió ante el Juzgado Veintinueve (29) Civil del Circuito de Bogotá proceso ordinario de mayor cuantía contra los demandados, para que en sentencia de mérito se declare resuelto el contrato de promesa de compraventa del inmueble ubicado en la calle 52A Nº 27A-28 de esta ciudad, celebrado entre el actor como promitente vendedor y los demandados como promitentes compradores, aduciendo como razón de dicha solicitud el "...no haberse pagado el precio en la forma y dentro de los plazos estipulados". En consecuencia, solicitó se ordene a los demandados la restitución del inmueble referido en dicha promesa dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y el pago, por concepto de perjuicios derivados del incumplimiento, de:

a) Dieciséis millones doscientos cincuenta mil pesos ($16.250.000) por lo que ha dejado de producir el inmueble desde el 15 de marzo de 1985 y el 30 de noviembre de 1987;

b) Seis millones setecientos cuarenta y cuatro mil pesos ($6.744.000), "por incremento del UPAC desde el 15 de marzo de 1985 y el 11 de noviembre de 1987)";

c) Los intereses convencionales moratorios causados desde el 16 de marzo de 1987 hasta la fecha del pago total a la rata del 42%; y, en fin, se les imponga a los mismos demandados la obligación de pagar las costas del proceso.

En subsidio, solicitó el demandante que se condene al cumplimiento de las obligaciones contraídas por razón el contrato de promesa de compraventa, en cuanto al pago del saldo por compra de inmueble ubicado en la calle 52A No. 27A-28 de Bogotá; e igualmente, al pago del valor de los perjuicios sufridos en razón del incumplimiento, los intereses comerciales moratorios del 42% desde el 16 de marzo de 1987 hasta la fecha de pago, y las costas del proceso.

El actor apoya las pretensiones así resumidas en que el 15 de marzo de 1985 celebró un contrato de promesa de compraventa sobre el inmueble localizado en la calle 52A No. 27A-28 de Bogotá, con Liborio Casanova Silva, Jorge Hernando Pinzón y Jorge Hernández Rincón, contrato en el cual se determinó como precio del inmueble la suma de diez millones de pesos ($10.000.000) que los compradores se comprometieron a pagar: i) un millón de pesos ($1.000.000) a la firma del contrato a título de arras y el cual se imputó al precio de la venta; ii) Dos millones de pesos ($2.000.000) el 15 de marzo de 1986; iii) Un millón setecientos cincuenta mil pesos ($1.750.000) el 15 de septiembre del mismo año, fecha en la cual se debería correr la escritura; y, iv) Cuatro contados de $1.750.000 cada uno que deberían entregarse el 15 de marzo, el 15 de septiembre de 1987 y el 15 de marzo de 1988. Los prometientes compradores incumplieron con su obligación de cancelar en forma oportuna sus pagos en las fechas señaladas, por cuanto el último abono se hizo en forma parcial, con cargo a la cuota prevista para cancelarse el 15 de marzo de 1987, razón por la cual las partes acordaron el aplazamiento del otorgamiento de la escritura pública destinada a perfeccionar el contrato de venta prometido, incumpliendo nuevamente en la fecha convenida, dejando la cuota fraccionada lo que liberó al prometiente vendedor de la obligación legal y contractual de comparecer a la Notaría en el día y hora fijado, no obstante lo cual la parte actora afirma que "se allanará a otorgar escritura pública en cuanto que el señor Juez decrete el cumplimiento del contrato, previa cancelación del precio del inmueble".

2. Admitida a trámite la demanda y surtido el traslado correspondiente, actuando también por intermedio de procurador judicial, los demandados dieron oportuna respuesta a todas las súplicas deducidas, oponiéndose a su reconocimiento, negando los hechos en que el actor basa sus pretensiones pues alegan que pagaron las cuotas y que quien incumplió fue el actor al no comparecer a suscribir la escritura pública correspondiente, actuación que afirman ya no podrá realizarse por cuanto sobre el inmueble prometido en venta pesan varios embargos. Como defensas propusieron las que denominaron "ilegitimidad en la persona del demandante" por cuanto en marzo de 1986 vendió el inmueble prometido en venta a la sociedad "Inversiones Jabell S.A., "inexistencia de incumplimiento por parte de los demandados", e "imposibilidad del demandante para el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa".

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 que por entonces conocía del asunto dictó sentencia el dieciséis (16) de noviembre de 1989, en la cual: 1) Declaró probada la excepción de falta de legitimación en causa por activa; 2) Denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar absolvió a los demandados y 3) Condenó en costas al demandante.

4. Contra lo así resuelto interpuso apelación la parte actora, motivo por el cual subió el expediente al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y así, luego de rituada la segunda instancia, por sentencia del veintinueve (29) de abril de 1992 el *ad quem* revocó el numeral 1° del fallo apelado, confirmó los numerales 2° y 3° y condenó en costas de esta instancia al apelante en un 50% por haber prosperado parcialmente el recurso.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Luego de resumir los antecedentes procesales y de advertir la presencia de los requisitos que conforman la relación jurídico-procesal, señala el *ad quem* que la defensa de los demandados se basó en dos hechos estrechamente relacionados entre sí y de los cuales el primero se refiere a la facultad otorgada al prometiente vendedor para cancelar la garantía hipotecaria que soportaba el inmueble y la de "trasladar" el dominio sobre el mismo, evento en el cual "el nuevo propietario se subrogaría" en todos los derechos y obligaciones que le correspondían al vendedor, situación que aceptaron desde la firma de la promesa los prometientes compradores y que efectivamente se dio por cuanto quedó registrada la venta que del inmueble en litigio hizo el actor a una sociedad denominada Inversiones Jabell S.A.

Frente a este primer aspecto y criticando la apreciación que sobre el tema tuvo por conveniente hacer el *a quo* en el fallo apelado, juzga el tribunal que, por no haberse dado la notificación a los contratantes cedidos, no puede aceptarse que haya existido "cesión de crédito" tratando de darle mayores alcances a una simple autorización que no puede confundirse con la cesión misma ni con la notificación requerida para que un acto de tal naturaleza produzca la plenitud de los efectos que le son propios; en verdad, afirma el *ad quem* en su providencia, "...se confundió inexplicablemente la autorización a una de las partes en la relación precontractual (sic) con la cesión misma dado que ninguno de los pasos que demanda la figura -aludiendo a la cesión de créditos personales- se cumplió en la especie de esta litis. Podía el prometiente vendedor traspasar el bien objeto del convenio y ese negocio era previamente aceptado por los presuntos compradores, pero nada más podía deducirse de tal autorización, menos que se entendieran estos notificados de una cesión que no se sabe si ocurriría...", luego al entenderlo de otro modo el juzgado de primera instancia se equivocó y por eso la revocatoria contenida en la parte resolutiva de la sentencia, toda vez que la llamada excepción de falta de legitimación en causa por activa, formulada por los demandados, carece por completo de fundamento.

Y sentada esta primera premisa, refiriéndose a continuación a las pretensiones deducidas en la demanda, estima la corporación sentenciadora, apoyándose en algunas referencias de doctrina jurisprudencial, que en la promesa de contrato bilateral es aplicable el artículo 1546 del Código Civil en el cual aparece claramente la demanda en la principal pretensión que contiene, y por lo tanto se torna forzoso averiguar si antes del incumplimiento de los demandados el actor, de su parte, cumplió las obligaciones que para él generó el contrato, "...esto es si compareció al perfeccionamiento del acuerdo prometido traducido en el otorgamiento de la pertinente escritura pública de compra venta...", cuestión a la que responde en forma negativa luego de examinar la evidencia disponible en los autos, en particular las manifestaciones efectuadas por los litigantes en los escritos rectores del proceso -demanda y contestación- y la carta de 30 de septiembre

de 1986 visible a folio 7 del cuaderno principal del expediente. Según estos elementos, dice el tribunal, "...es irrefragable que (...) ni uno ni otro de los contratantes cumplió el convenio. No los demandados por cuanto omitieron cancelar la cuota correspondiente el 15 de octubre de 1986 como lo admiten en el cuerpo de la respuesta a la demanda. Tampoco el demandante al eximirse de concurrir a la Notaría el día y hora señalados para el otorgamiento de la escritura...", agregando a renglón seguido que ese recíproco incumplimiento carece de justificación por cuanto "...no es aceptable ni podía serlo la circunstancia que se refiera por el actor para considerarse desligado de cumplir la correlativa obligación de comparecer al despacho notarial fundado en el incumplimiento de la cuota (sic) prevista para el 15 de septiembre, por la simple razón de que ésta, por efecto de la prórroga acordada, también se debía cumplir ese día, es decir el 15 de octubre siguiente. Tampoco es admisible la explicación de los demandados en el sentido de que su incumplimiento se justifica al no poder localizar al vendedor (...) ya que de haber comparecido a la Notaría estaban en capacidad de satisfacer esa parte de la obligación...", de donde se sigue, entonces, que el actor no estaba facultado para incoar la acción que al proceso le dio origen y en ello radica la verdadera razón para desestimar aquellas pretensiones en su integridad.

III. DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia impugnada, ambos acudiendo a la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y los cuales, por requerir de similares consideraciones para su despacho, la Corte pasa a examinar en su conjunto.

Cargo primero

Apoyándose en la primera de las causales consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia de violar directamente, por indebida aplicación, el artículo 1546 del Código Civil, y por falta de aplicación los artículos 1495, 1496, 1502, 1594, 1602, 1603, 1609, 1615, 1625, 1818, 1857, 1858 del Código Civil y el 89 de la Ley 153 de 1887.

Y en punto de explicar su tesis, señala el recurrente que ni en la demanda ni en la contestación se hizo referencia al artículo 1546 del Código Civil y, sin embargo, *el ad quem* enfoca su estudio a establecer si es posible resolver el contrato por incumplimiento de una de las dos partes contratantes siempre y cuando aparezca demostrado el cumplimiento de la otra; sobre el particular estima el censor que el fallo así proferido "mirando las cosas a la ligera" se acomodaría a la ley sustancial "sin embargo -agrega- cómo la finalidad última del juzgador es impartir justicia, y lograr una convivencia social acomodando el derecho a las realidades humanas, la interpretación a que debe conducir un contrato de promesa de compraventa inerme después de 7 años, es sin lugar a dudas convertirlo en algo cierto y posible en la vida social".

Añade el recurrente que "la norma aplicable no era el artículo 1546 del Código Civil, cuya aplicación sólo encuentra cabida en cuanto al negocio jurídico, pero no, referente al hecho de incumplir mutuamente las partes; no es la norma que regula o soluciona esta situación, las de recibo son las otras disposiciones legales mencionadas

al comienzo de este cargo que se dejaron de aplicar y que la jurisprudencia ha interpretado para responder a conflictos como el presente, que por cuestiones metodológicas me permito tratar en cargo separado", apreciación que en opinión del casacionista implica como "...conclusión evidente", que el tribunal enmarcó un supuesto de recíproco incumplimiento en el artículo 1546 del Código Civil, precepto que por consiguiente vino a ser quebrantado por aplicación indebida, lo que impone la infirmación del fallo para en sede de instancia, "...resolver el contrato por mutuo disenso tácito..." regresando las cosas a su estado anterior.

Cargo segundo

Invocando igualmente la causa primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente endilga a la sentencia violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 1495, 1496, 1502, 1594, 1602, 1603, 1609, 1611, 1615, 1625, 1818, 1857, 1858 del Código Civil y el 89 de la Ley 153 de 1887, ello sobre la base de que "...bien aprecia el Tribunal cuando concluye que el incumplimiento fue recíproco...", pues claro resulta "...el deseo del demandante de querer deshacer un tortuoso contrato incumplido...".

Inicia el recurrente transcribiendo tanto las normas como la doctrina jurisprudencial referente al mutuo disenso tácito, afirmando como corolario que dicha figura recientemente ha sido interpretada como el modo de disolver los contratos para evitar injusticias por el estacionamiento en la ejecución de los mismos, diferenciándola del incumplimiento aislado que, según dice, no constituye un negocio jurídico y por tanto no tiene cabida la resolución de éste por el artículo 1546 del Código Civil. Y siguiendo esta orientación teórica general, advierte que en el estudio de las pretensiones acumuladas en la demanda el tribunal se "quedó corto. Si bien es cierto se solicitaba la resolución del contrato de promesa de compraventa por el incumplimiento de los demandados al no haber pagado el precio en la forma y dentro de los plazos estipulados, tampoco se pretendía encasillar la relación jurídica en determinada norma legal, como en efecto lo hizo el fallador de segunda instancia", aludiendo de nuevo sin duda a la falsa aplicación que a su juicio se hizo en la sentencia del artículo 1546 del Código Civil.

Sostiene el censor que de los hechos el tribunal concluyó, como en efecto sucedió, que frente a la promesa existió tanto por parte del promitente vendedor como de los promitentes compradores un "sistemático y reiterado" incumplimiento que, según el recurrente, "se tradujo en últimas en un abandono por las partes en realizar el contrato celebrado".

A continuación se refiere a las pruebas y a la actuación procesal adelantada por los demandados para hacer énfasis en que no sólo hubo incumplimiento por parte de ambas partes sino que su actitud de abandono frente al proceso no demostró, según el impugnador, "su deseo de seguir atados a un vínculo convencional", haciendo visibles los elementos fácticos del mutuo incumplimiento de las partes que, según dice, indican que el *ad quem* "no totalizó su estudio jurídico" dejando de aplicar las normas que se refieren a tal situación de hecho.

Por lo anterior y a modo de síntesis, concluye que "es necesario desligar el vínculo contractual sin indemnización de perjuicios como en principio se había solicitado,

simplemente ordenar la restitución del inmueble y compensar las sumas de dinero recibidas por mi representado con el valor del usufructo del bien obtenido por los demandados". En efecto, puntualiza la demanda sustentatoria del recurso de casación en estudio, "...no hay fundamento jurídico para denegar la resolución del contrato de promesa de compraventa ...y, sino que muy por el contrario "...está demostrada en los cargos anteriores la existencia de mejor interpretación y jurisprudencia al respecto, por lo que se debe concluir que es necesario desligar el vínculo contractual sin indemnización de perjuicios...", decisión ésta que vuelve las cosas a su estado primigenio y restablece el derecho de manera justa sin lesionar los intereses enfrentados por las partes en el proceso, "...a través de la teoría del mutuo disenso tácito...".

Se considera

I. En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien esa facultad ejercita, habida cuenta que como lo ha advertido la Corte muchas veces (G.J. Tomo CLII, pág. 87), el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante culpable, utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones contraídas. Lo natural es entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra a su vez en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, ello por cuanto ante una eventualidad con estas características y tratándose desde luego de obligaciones recíprocas de simultánea ejecución, existe justificación clara para el deudor demandado que se resiste a realizar las prestaciones a su cargo, sentándose así un criterio general que por cierto deriva de una arraigada tradición doctrinaria en el país, de suyo orientada a evitar que la acción resolutoria pueda llegar a convertirse en un medio puesto en manos de maliciosos incumplidores para sustraerse con ventaja al vigor normativo que a los contratos válidamente celebrados les es consustancial, y de conformidad con el cual esta Corporación tiene dicho que "...en caso de que todas las partes que celebran un contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil...", lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido escrupulosamente con sus deberes, al paso que sea la otra quien de modo a ella imputable no haya hecho lo propio, de donde se sigue que "...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor..." (G.J. Tomo CLIX, págs. 309 y siguientes).

En este orden de ideas y de configurarse a cabalidad el supuesto de hecho en que ninguno de los contratantes cumple sin tener al propio tiempo la debida justificación, forzoso es descartar el derecho legal de resolución que cualquiera de ellos pretenda invocar con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, pero es necesario así mismo, hacer ver, como en la especie en estudio lo pregona el recurrente en casación, que por obra de aquella circunstancia no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometida en consecuencia "...a la indefinida expectativa de que -en algún tiempo- pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través de la prescripción...". (G.J. Tomo CXLVIII, pág. 246). A la disolución de dicho nexo es posible llegar por el camino del mutuo disenso o "distracto contractual" que la doctrina científica de inspiración francesa acostumbra a denominar "resiliación", refiriéndose así, con vista sin duda alguna en los textos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, a la prerrogativa de la que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que como se sabe, puede tener origen una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido -caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso- o bien en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de aprobar su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito; se trata, pues, de una figura singular cuyos perfiles institucionales, muy precisos por cierto dentro de la variada suma de circunstancias que pueden dar lugar a la extinción sobreviniente de relaciones jurídicas de fuente contractual dotadas de plena validez, no permiten mezclarla en ninguna forma con la resolución ex artículo 1546 del Código Civil, toda vez que en tanto esta última se produce por razón del cumplimiento de una condición a la cual el ordenamiento positivo le atribuye ese alcance, vale decir por una causa legal, en la hipótesis del mutuo disenso, por definición, esa causa radica exclusivamente en la voluntad coincidente de las partes interesadas, expresada ella en el abandono recíproco de las prestaciones debidas, fruto de un acuerdo expreso o tácito en el sentido de consentir la disolución que de semejante estado de cosas se desprende, es decir, emergente de una auténtica convención extintiva con contenido negativo y por lo mismo contrario al del contrato desatendido, convención que al tenor de cuanto se dejó apuntado líneas atrás, puede hacerse explícita o venir determinada por la actitud displicente de los contratantes frente al cumplimiento de sus respectivas obligaciones y rotunda por lo tanto en poner de presente, valga reiterarlo, el querer implícito y recíproco de ellos enderezado a no impedir la frustración definitiva de dicho contrato.

Resumiendo, entre la disolución de un contrato sinalagmático por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y la que acontece como consecuencia de la resiliación por mutuo disenso, existen radicales diferencias que nunca los jueces de instancia pueden ignorar para, a su talante, modificar pretensiones deducidas en juicio que con la claridad necesaria aparecen fundadas en uno u otro instituto. A través del primero y dada su naturaleza estudiada de vieja data por los doctrinantes, se pide de manera unilateral por el contratante libre de culpa que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir la prueba de aquella

convención extintiva en cualquiera de las dos modalidades en que puede ofrecerse, el acto jurídico primigenio se tenga por desistido sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase ya que, como es bien sabido, este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora (artículo 1615 del Código Civil) y en el supuesto de incumplimiento recíproco objeto de análisis, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 ibidem. *Y por lo que respecta al mutuo disenso tácito, desprovisto en realidad de regulación orgánica en la codificación civil pero no por eso menos importante desde el punto de vista práctico según lo ha puntualizado esta Corporación (G.J. Tomo CLXXX, pág. 130), es imperioso hacer hincapié en que no siempre que medie culpa de ambos agentes y por consiguiente el artículo 1546 del Código Civil no sea el pertinente para regir una hipótesis fáctica de tal índole, es permitido echar mano de la mencionada figura; "...es menester que los actos o omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato..." (G.J. Tomo CLVIII, pág. 217) o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de "desistencia" que constituye su sustancia y que obviamente no se verifica si, como sucedió en la especie de la que estos autos dan cuenta, una de ellas, a pesar de su propio incumplimiento de la obligación de concurrir al perfeccionamiento del contrato de venta prometido, entiende que ese proceder está justificado por la conducta negligente anterior observada por la otra y, con esta única e indubitable perspectiva, hace uso en su demanda de la acción alternativa que otorga el segundo inciso del artículo 1546 del Código Civil, reclamando la resolución del contrato de promesa celebrado y, en su defecto, que a los prometientes compradores demandados se les condene a cumplir los compromisos contraídos, indemnizando en ambos casos los perjuicios causados, enunciados estos de cara a los cuales es ostensible que ninguna posibilidad existe, sin caer en el grave defecto de cambiar oficiosamente los términos pedidos del escrito rector en cuestión, de atribuirle al actor en este proceso el propósito de desistir del contrato sin otras secuelas diferentes a las que, con carácter restitutorio, constituyen materia propia de la relación legal de liquidación que de ordinario surge de la extinción de los contratos que no pudieron llegar a alcanzar su finalidad normal.*

2. De otro lado, resulta pertinente recordar la diferencia existente entre una censura en sede de casación por violación de la ley, formulada por la vía directa y una por la indirecta, así como los requisitos que la ley exige para formular este último tipo de censuras cuando se plantean por error de hecho: El numeral 1° 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 fuzgador 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. Tomo CXLVI, pág. 60); por el contrario, la indirecta tiene lugar cuando el fallador deja de aplicar una norma que regula el caso o le aplica una que le es extraña al haber incurrido en errores en la apreciación de la demanda o 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.

Y frente a la interpretación equivocada de la demanda como constitutiva de error de hecho esta Sala ha dicho: "...en cumplimiento de la labor de interpretación que le corresponde al juzgador, bien puede incurrir en error de hecho, como ocurre cuando tergiversa de modo evidente su texto, o lo hace decir lo que no expresa o, también cuando cercena su real contenido. En cualquiera de estas hipótesis el sentenciador incurre en yerro de facto, pues no se puede olvidar que la demanda, no sólo constituye una pieza con la cual se inicia el proceso, sino que a la vez asume el carácter de elemento o medio de convicción. Empero, tal como lo ha destacado reiteradamente la jurisprudencia, cuando uno o varios hechos afirmados en la demanda incoactiva del proceso, ya sea que los considera aisladamente o ya en conjunto con otros para su definición jurídica, ofrecen dos o más interpretaciones lógicas o aceptables, porque ninguna de las cuales resulta ser arbitraria o absurda, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que en tal evento incurra en yerro de facto manifiesto, evidente o que brille al ojo. Por tal virtud, ha enseñado la doctrina que, 'es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo'. (G.J. Tomos LXVII, 434; CXLII, 200)". (Sentencia del 22 de agosto de 1989).

3. Puestas en este punto las cosas, se sigue de la lectura de los cargos formulados que lo pretendido por el recurrente es, en el fondo, que la Corte deje de lado el contenido de las pretensiones de la demanda inicial y, en aras de perseguir fines de "justicia", declare como existente un mutuo disenso tácito de la promesa objeto del litigio y por ese mismo rumbo, case la sentencia del *ad quem* por no haber efectuado esa interpretación frente a la realidad demostrada dentro del proceso, omisión que lo condujo a quebrantar, por indebida aplicación, el artículo 1546 del Código Civil (cargo primero) y por inaplicación, los artículos 1602 y 1625 del mismo estatuto (cargo segundo).

Dicho planteamiento en casación debió formularse, entonces, por la vía indirecta, fase segunda de la causal primera, por cuanto lo que se censura es que supuestamente el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de la realidad de lo sucedido, pues, según dice, no tuvo en cuenta el desarrollo de la negociación cuya resolución se depreca,

omisión que lo llevó a no interpretar con la adecuada amplitud el escrito de demanda y, por lo tanto, a hacer actuar en su fallo una norma que, como ocurre con el artículo 1546, no abarca la totalidad de la situación fáctica demostrada. Es claro, pues, que la discrepancia del impugnador no radica tan sólo en los alcances de las normas que denuncia como violadas sino en que, en su concepto, la actuación surtida en el proceso da cuenta de una situación fáctica mucho más compleja de la observada por el juzgador a la cual se aplican normas diferentes de las que éste tuvo en cuenta, argumentación que, como se dejó explicando en los párrafos precedentes, no es propia de la vía directa de la causal primera de casación.

Se sigue de lo anterior que los cargos formulados en el recurso, por no venir planteados del modo debido, no pueden abrirse paso.

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, *no casa* la sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el 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.

NULIDAD PROCESAL - Principios

Las nulidades en que pueda incurrirse en la tramitación del proceso, se encuentran establecidas y sometidas a los principios de la especificidad o taxatividad, la protección a la parte agraviada con el vicio, la legitimación para alegarlas, la trascendencia de la irregularidad y la convalidación o saneamiento de la actuación afectada inicialmente de invalidez.

NULIDAD PROCESAL / PROVIDENCIA EJECUTORIADA / REVIVIR PROCESO / PRETERMITIR INSTANCIA

Sólo puede alegarse esta causal de casación -artículo 368 numeral 5 C.P.C.- en presencia de nulidades absolutas, insaneables y, en ningún caso, respecto de aquéllas en relación con las cuales hubiere operado alguna de las circunstancias de saneamiento señaladas por la ley. / Las causales de nulidad a que se refiere el numeral 3 del artículo 140 *ibidem*, por disposición legal pertenecen a la categoría de las que son insaneables, pues se encuentran establecidas para hacer efectivas la organización jerárquica de la rama judicial, el respeto a la cosa juzgada y el derecho de defensa.

RESPONSABILIDAD / CULPA

Constituye una especie particular de la culpa aquiliana, en la que puede incurrirse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencional.

MEDIDA CAUTELAR / ABUSO DEL DERECHO / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Si el embargo y secuestro es excesivo es abusivo, genera responsabilidad civil a cargo del ejecutante con relación a los daños ocasionados con las medidas cautelares practicadas a iniciativa dolosa o culposa en forma grave atribuida a aquél. Si embargo se trata de una responsabilidad civil extracontractual especial, que, no obstante, encontrarse sujeta a la estructura de dicha responsabilidad, tiene un doble tratamiento: uno especial y otro ordinario.

Error de Hecho y de Derecho

El error de hecho y el de derecho en que puede incurrir el fallador en la apreciación de las pruebas son de naturaleza y contenido diferente, como quiera que el primero atañe a la prueba como elemento material del proceso, en tanto que el segundo se refiere a equivocación judicial en torno a las normas procesales que regulan lo atinente a la admisibilidad, decreto, práctica y valoración de las pruebas, el legislador ha sido especialmente exigente en que la acusación de violación de normas sustanciales por la vía indirecta, ha de realizarse precisando con toda claridad sobre cuáles pruebas se produjo el yerro, así como en la especie de éste y su influjo en la decisión que se combate, todo lo cual ha de demostrarse.

Violación Norma Sustancial.- Vía Directa e Indirecta / Técnica de Casación

Resulta contrario a la lógica jurídica atacar simultáneamente una sentencia por violación indirecta de normas sustanciales por supuesto error de hecho y de derecho respecto de las mismas pruebas, a más de que semejante forma de acusación torna inane el cargo, pues su propia contradicción lo destruye a sí mismo y hace imposible su intelección.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Referencia: Expediente número 4159.

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

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

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 Bucaramanga -Sala Civil- el 28 de agosto de 1992, en el proceso ordinario iniciado por la Sociedad Carlomack Ltda. contra el Banco Popular.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, la sociedad Carlomack Ltda., domiciliada en esa ciudad, convocó a un proceso ordinario al Banco Popular, con domicilio principal en Cali y sucursal en Bucaramanga, para que cumplida su tramitación legal se declarase que el Banco demandado "está obligado a pagar a Carlomack Ltda. todos los daños y los perjuicios ocasionados por aquél a esta sociedad, dentro del proceso ejecutivo singular (acumulado) de mayor cuantía", que se inició por el establecimiento bancario mencionado contra la sociedad aquí demandante, en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bucaramanga; y para que, como consecuencia de esa declaración, se condenase a la parte demandada a pagar a la actora: a) la suma de quinientos diecisiete millones ochocientos setenta y cinco mil pesos ($517.875.000.00) "por concepto de lucro cesante por la inmovilización y consecuente inexplotación económica de 25 (veinticinco) tractores

marca Pascuali", embargados por el Banco Popular durante "1.381 días" (folio 133 vuelto, C-1); b) "la suma de $100.000.000 (cien millones de pesos moneda corriente) por la pérdida del *good will* o buen nombre de la empresa, con créditos por más de US$5.000.000 (cinco millones de dólares americanos), retirados por los eventuales acreedores como consecuencia de los procesos a que se refiere esta acción" (folio 133 vuelto, C-1). También solicita la actora que "se declare que el Banco Popular Sucursal de Bucaramanga, debe devolver a Carlomack Ltda. la suma de $38.412.669,54", retenidos ilegalmente "en la cuenta corriente numero 482-12144-9" agencia de San Francisco, de Bucaramanga, más sus intereses corrientes y corrección monetaria, "todo desde el 30 de junio de 1980, fecha sobre la que se hizo certificar un sobregiro inexistente en tal cuenta, hasta cuando el pago se produzca" (folio 133 vuelto, C-1).

2. Apoya las pretensiones anteriores la demandante en los hechos que se sintetizan así:

2.1. El Banco Popular inició dos procesos ejecutivos singulares contra la sociedad Carlomack Ltda., cuyo trámite correspondió a los Juzgados Cuarto Civil del Circuito y Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, respectivamente. En el primero de estos procesos, se adujo como título ejecutivo, por la suma de seis millones ochenta y cuatro mil trescientos noventa y ocho pesos con veintisiete centavos ($6.084.398,27), "certificado expedido por la Superintendencia Bancaria en agosto 3-82 y como supuesto saldo insoluto de un sobregiro en la cuenta corriente 482-12144-9 del Banco Popular, Sucursal de Bucaramanga, Agencia San Francisco" (folio 133 vuelto, C-1); y en el segundo, se acompañó como título de ejecución una certificación expedida por la Superintendencia Bancaria el 14 de febrero de 1983, según la cual, Carlomack Ltda. adeudaba a ese establecimiento bancario la suma de US$300.000, "como saldo insoluto de la carta de crédito sobre el exterior 36-80-480 Bug" (folio 134, C-1).

2.2. En el primero de los procesos ejecutivos en mención se decretó el embargo y secuestro de "25 tractores para uso agrícola, marca Pascuali", de propiedad de la sociedad allí demandada, medidas cautelares que se hicieron efectivas mediante diligencia practicada el 14 de junio de 1983 por la Inspección Novena Civil de Policía de Bucaramanga.

2.3. A petición del Banco demandante se desató la acumulación de los referidos procesos de ejecución por el adelantados contra Carlomack Ltda. y, por ello, continuó su trámite común ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga desde el 20 de marzo de 1984, bajo radicación numero 7.243.

2.4. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia confirmada luego por el Tribunal Superior de ese distrito judicial el 25 de septiembre de 1986, declaró probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, pero omitió condenar al Banco ejecutante al pago de los daños y perjuicios sufridos por aquélla "con las acciones temerarias".

2.5. Entre las excepciones halladas fundadas por la jurisdicción del Estado en los procesos ejecutivos acumulados ya mencionados, se encuentran la doble contabilidad y la modificación unilateral de plazos por parte del ejecutante para hacer exigibles y claras las obligaciones, así como la de "alteración" de los registros contables relaciona-

dos con la cuenta corriente número 482-12144-9, "sobre cuya base espuria" y "con maniobra fraudulenta" la Superintendencia Bancaria "también certificó el 3 de agosto de 1982 la existencia de una obligación por pagar de Carlomack Ltda." al "Banco Popular" de $6.084.398.27" (folio 135 vuelto, C-1).

2.6. Conforme con las verdaderas operaciones bancarias realizadas en la cuenta corriente número 482-12144-9 de la agencia de San Francisco, del Banco Popular, sucursal de Bucaramanga, la demandante tenía a su favor la suma de $38.412.669.54, que Carlomack Ltda. se vio en imposibilidad absoluta de retirar "como consecuencia directa de la maniobra fraudulenta del Banco Popular" (folio 136, C-1).

3. Admitida que fue la demanda y corrido traslado de la misma a la entidad bancaria aquí demandada, ésta dio contestación, como aparece a folios 184 a 193 del cuaderno uno. En ella, se opone "a todas y cada una de las pretensiones" de la parte actora. Acepta que el Banco Popular adelantó contra Carlomack Ltda. los procesos ejecutivos singulares a que alude la actora, posteriormente acumulados y fallados por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga y por el Tribunal Superior de ese distrito judicial, con la aclaración de que la omisión de condena al pago de los daños y perjuicios que ahora reclama la sociedad demandante, se explica porque Carlomack Ltda. no lo solicitó así al proponer sus excepciones entonces. Anota además, que el movimiento contable de la cuenta número 482-12144-9 señalado por la actora en el hecho 9 de la demanda (folio 134 vuelto, C-1), "no es cierto en la forma como está presentado" y afirma que "los comprobantes empleados por el Banco para obtener la certificación tienen valor jurídico-contable pleno y se acomodan a lo establecido en los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio y a la ley bancaria" (folio 185, C-1). En relación con los demás hechos de la demanda, asevera el banco demandado que no son tales, sino apreciaciones subjetivas de la parte actora y de su apoderado.

En cuanto a excepciones de mérito, propuso la parte demandada, las que denominó "inexistencia de todas las obligaciones que pretende deducir la sociedad demandante a cargo del Banco"; "no ser la demandante titular de ninguno de los derechos que persigue con las acciones incoadas"; no reunir las pretensiones los supuestos de hecho para su prosperidad; "caducidad" de las acciones; "prescripción"; "nulidad" por revivir proceso ya concluido; la que resulte del ejercicio de "facultad legítima" ejercida por el Banco al formular las demandas ejecutivas aludidas y, sin que ello implique reconocimiento de ninguna obligación para con Carlomack Ltda., la excepción de "compensación". Propuso el banco demandado, además, las excepciones previas de "falta de competencia", "trámite inadecuado de la demanda", "cosa juzgada" y "caducidad de la acción".

4. Enviado el expediente para fallo al Juzgado Civil del Circuito de Zapatoca (Santander) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en virtud de las "normas transitorias dictadas para descongestionar los despachos judiciales", se dictó sentencia de primera instancia el 2 de marzo de 1992 (folios 288 a 305, C-1), en la cual se denegaron las pretensiones de la parte demandante.

5. Apelado el fallo de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga desató la apelación, mediante sentencia dictada el 28 de agosto de 1992 (folios 31 a 49, cdno. del tribunal), que confirmó la decisión del *a quo*.

6. Recurrida la sentencia de segunda instancia en casación por la parte actora en este proceso, de la decisión de este recurso extraordinario se ocupa ahora la Corte.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Inicialmente, el tribunal hace una síntesis del litigio y de la actuación surtida en este proceso durante la primera instancia, luego de lo cual resume las razones expuestas por la parte actora para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del *a quo* (folios 31 a 42, cdno. tribunal).

2. Seguidamente, asevera el tribunal que por encontrarse acreditados los presupuestos procesales y la inexistencia de causal de nulidad de lo actuado, habrá de dictarse sentencia de mérito.

3. A continuación expresa el sentenciador que, "de conformidad con lo que en la época en que se profirieron los fallos de primera y segunda instancia en dicho proceso, preceptuaba el numeral 4º del artículo 510 del Código de Procedimiento Civil si la sentencia de excepciones resultaba favorable al demandado, a fuer de dar por terminado el proceso y de ordenar el levantamiento de las medidas cautelares, el juez debía imponerle al ejecutante la condena al pago de las costas procesales y de los perjuicios que hubiere sufrido el ejecutado con ocasión de las cautelas, para cuya liquidación debía seguirse el trámite dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, en la versión de los Decretos 1400 y 2019 de 1970" (folios 43 y 44, cdno. tribunal).

4. Tras anotar que, efectivamente, ni el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial con sede en esa ciudad se pronunciaron sobre los perjuicios causados a la parte demandada en los procesos ejecutivos acumulados a que se refiere la demanda introductoria de este proceso, expresa que tal omisión imponía a Carlomack Ltda., solicitar la adición de la sentencia (artículo 311 del C.P.C.), o interponer de manera directa el recurso de apelación (artículos 350 y 351 del C.P.C.), o, en últimas, "adherir al recurso de apelación que a su turno había introducido, contra la sentencia, la parte ejecutante (Banco Popular)" (folio 44, cdno. tribunal).

Ese momento procesal -prosigue el tribunal-, "era único según lo preceptúa el artículo 118 del Código de Procedimiento"; y, como quiera que la actora guardó silencio entonces, ello comporta una "aceptación tácita" de la sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga en los procesos ejecutivos aludidos, lo que significa que "no se pueda pretender revivir la oportunidad que en su debido momento procesal se le otorgó, dada su naturaleza accesoria o consecuencial del desembargo de los bienes, porque el principio de la preclusión se impone con fuerza de verdad legal (artículo 118 del C. de P. C.) (folio 45, cdno. tribunal) y por ello, no pueden prosperar las dos primeras pretensiones.

5. En cuanto a la tercera pretensión, manifiesta el tribunal que ella se pretende edificar sobre la existencia de "un incumplimiento del contrato de cuenta corriente bancaria número 482-12144-9 suscrito entre las partes, por la ilegal retención de treinta y ocho millones cuatrocientos doce mil seiscientos sesenta y nueve pesos con cincuenta y cuatro centavos ($38.412.669.54)".

6. A continuación, recuerda el sentenciador que el contrato de cuenta corriente bancaria se encuentra regulado por los artículos 1382 a 1392 del C. de Co. y asevera que el Banco Popular dio estricto cumplimiento a tales normas legales en cuanto al contrato a que alude la demanda, sin que se hubiese presentado ninguna alteración en la contabilidad respecto de la misma, como fue establecido en el curso del proceso por dictamen pericial, en el cual los auxiliares de la justicia manifestaron, en resumen, que: "1. Todas las consignaciones, efectivamente realizadas por Carlomack Ltda. fueron abonadas en su cuenta corriente en las fechas que éstas se realizaron. 2. Los cargos por concepto de intereses, gastos y demás accesorios efectuados a la cuenta corriente tienen autorización y aceptación del cuentacorrentista. 3. En los libros del banco no figura ninguna suma a favor de la firma Carlomack Ltda. 4. El sistema de registro utilizado por el banco, es único y no presenta ninguna alteración por duplicado" (folio 47, cdno. tribunal).

7. Agrega el sentenciador que la prueba pericial a que se ha hecho referencia, "supera en un todo lo decidido en la sentencia que el 25 de septiembre de 1986" profirió ese tribunal, la cual, por otra parte, "sólo guarda estrecha y directa relación con las conclusiones jurídicas extractadas del material probatorio allí recaudado en ese proceso, es decir, la sentencia en mención carece de efecto general obligatorio de conformidad con el principio consignado en el artículo 17 del Código Civil, lo que permite entonces la aportación de nuevas pruebas para desvirtuar también lo plasmado en dicha providencia, porque ésta no puede repercutir en el nuevo proceso para privar a la parte demandada de la oportunidad de suministrar pruebas de manera regular y oportuna al proceso, habida cuenta que las sentencias judiciales no consagran una presunción *juris et de jure* en materia de conclusiones jurídicas" (folio 48, cdno. tribunal).

8. Finalmente, expresa el tribunal que, en conclusión, por no compartir los argumentos de la parte demandante al sustentar el recurso de apelación, habrá de confirmar, como en efecto lo hace, la sentencia impugnada, sin que sea necesario "el análisis de las excepciones, habida cuenta de la improsperidad de las súplicas de la parte demandante" (folio 49, cdno. tribunal).

III. LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario de casación. De ellos, el primero con apoyo en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y los otros dos, en su orden, por violación directa e indirecta de normas de derecho sustancial.

Cargo primero

Acusa el censor en este cargo la sentencia, con apoyo en la causal quinta de casación consagrada por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, a su juicio, se halla "incursa en la nulidad prevista en el numeral 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, al haberse proferido contra providencia ejecutoriada del honorable Tribunal Superior de Bucaramanga" (folio 15, cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo expresa el recurrente que, como aparece en el expediente, el Banco Popular propuso como previas las excepciones de "falta de

competencia", "trámite inadecuado de la demanda", "cosa juzgada" y "caducidad de la acción", las cuales "se despacharon favorablemente al demandante" (folios 15 y 15 vuelto, edno. Corte). Así, la Corte Suprema de Justicia, en providencia de agosto 11 de 1989, dirimió un conflicto de competencia suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali y, sobre las restantes excepciones -dice el censor-, se pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 20 de octubre de 1989, en el sentido de negar su prosperidad. Y -prosigue la censura- "no obstante la decisión del honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, debidamente ejecutoriada, el *a quo* niega al demandante el derecho a accionar pretendiendo una condena por perjuicios causados con las medidas cautelares en una ejecución fallida, alegando que tal derecho sólo aflora con la "condena preceptiva" en "un lugar, un procedimiento y una oportunidad predeterminados". Es decir, deja de lado la providencia de octubre 20/89 del honorable Tribunal Superior de Bucaramanga y abiertamente la de prosperidad a las excepciones previas de "trámite inadecuado de la demanda", "cosa juzgada" y "caducidad de la acción", "resumidas en el 3.3. (folio 14) de la sentencia", con lo cual el fallo incurre en "la nulidad alegada, no saneable, prevista en el numeral 3 del artículo 140 del C. de P. C." (folio 16, edno. Corte), sentencia irregular que, sin embargo, fue confirmada por la de segunda instancia que, por lo mismo, "también es nula" (folio 16, edno. Corte).

De otro lado -argumenta el recurrente- el tribunal, al sostener que "la condena por perjuicios con ocasión de las medidas cautelares, sólo era posible en la sentencia prevista en el entonces vigente numeral 4º del artículo 510 del C. de P. C., liquidable en los términos del artículo 308 de la misma obra", contraría su propia decisión anterior sobre la excepción previa de trámite inadecuado que declaró imprósperа entonces, pues a ello equivale su razonamiento en la sentencia acusada, que imprimió a la demanda el trámite establecido en el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, en criterio del recurrente, la aseveración del tribunal en el sentido de que la parte demandante "al no interponer recursos ni solicitar adiciones a la sentencia", la consintió "tácitamente", por lo que no puede "pretender revivir la oportunidad que en su momento procesal se le otorgó", equivale a "declarar probada la excepción de 'cosa juzgada' propuesta por el Banco demandado, que, como se dijo, había sido fallada desfavorablemente a él" (folio 16, edno. Corte).

Consideraciones

1. Como es ampliamente conocido en orden a la protección eficaz del derecho fundamental del debido proceso y el derecho de defensa que a todos garantiza la Constitución Nacional, el Código de Procedimiento Civil consagró en su integridad el Capítulo II del Título 11 (hoy artículos 140 a 148, redacción imprimida por el Decreto 2282 de 1989) a regular las nulidades en que pueda incurrirse en la tramitación del proceso, las cuales se encuentran establecidas y sometidas a los principios de la especificidad o taxatividad, la protección a la parte agraviada con el vicio, la legitimación para alegarlas, la trascendencia de la irregularidad y la convalidación o saneamiento de la actuación afectada inicialmente de invalidez.

2. En atención a tales principios, por regla general, la decisión sobre las irregularidades eventualmente constitutivas de nulidad, ha de adoptarse durante el curso del

proceso y, por ello, el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, fija con absoluta claridad la oportunidad para proponerlas "en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella, norma que guarda estrecha relación y perfecta armonía con lo dispuesto por el artículo 145 del mismo código, que impone al juez, antes de dictar sentencia el deber jurídico de "declara de oficio las nulidades insanables que observe", así como el de poner en conocimiento de las partes las que fueron sanables, en procura de su saneamiento y por economía procesal.

3. No obstante lo anterior, para mayor abundamiento en la protección a los asociados en su derecho de defensa y al debido proceso, el legislador colombiano, tanto en el régimen procesal de la Ley 105 de 1931 como en el actual Código de Procedimiento Civil, autorizó como causal específica de casación el haberse incurrido en nulidades procesales de carácter insanable (artículo 520, numeral 6° C. Judicial; artículo 368, numeral 5ª, C. P. C. vigente). Es decir que, tanto entonces como ahora, sólo puede alegarse esta causal de casación, en presencia de nulidades absolutas, insanables y, en ningún caso, respecto de aquéllas en relación con las cuales hubiere operado alguna de las circunstancias de saneamiento señaladas por la ley, como hoy acontece (artículos 368, numeral 5°; 140 y 144, C. P. C.).

5. Las causales de nulidad a que se refiere el numeral 3 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por disposición legal pertenecen a la categoría de las que son insanables, pues se encuentran establecidas para hacer efectivas la organización jerárquica de la rama judicial, el respeto a la cosa juzgada y el derecho de defensa pues sería motivo de la más grave incertidumbre y anarquía el permitir a los jueces inferiores desconocer lo resuelto en concreto sobre un asunto determinado por sus superiores, o autorizarlos a revivir un proceso legalmente concluido o a tramitarlo pasando por alto toda una instancia procesal.

6. En el caso *sub lite*, se duele el censor de que la sentencia que combate se encuentra incursa en nulidad por el primero de los motivos señalados en el numeral 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pues, según su expresión, se dictó contrariando "providencia ejecutoriada del honorable tribunal" (folio 15, cdno. Corte), lo que se produjo al confirmar la de primera instancia, que desconoció lo resuelto al decidir mediante auto de octubre 20 de 1989 del mismo tribunal, la apelación respecto de la providencia que denegó prosperidad a las excepciones de trámite inadecuado de la demanda, cosa juzgada y caducidad de la acción, propuestas por la parte demandada.

7. Examinado el cargo así erigido contra la sentencia aquí combatida por el recurrente, salta a la vista que no puede prosperar. En efecto:

7.1. Es evidente que las excepciones previas propuestas por la parte demandada, fueron resueltas por el *a quo* mediante auto de 25 de abril de 1988, en forma desfavorable al incidentante (folios 89 y 90, C-2), providencia esta que -luego de decidido por la Corte un conflicto de competencia suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali-, fue confirmada por el tribunal mencionado, mediante auto de 20 de octubre de 1989 (folios 33 y 34, C-6).

Consecuencia obvia de la improsperidad de tales excepciones, fue el auto de noviembre 23 de 1989 (folio 38, cdno. citado), que ordenó cumplir lo resuelto por el

superior y, por ello, continuó el proceso su trámite hasta culminar con la sentencia. Siendo ello así, cae por su base la acusación, como quiera que, decididas negativamente las excepciones previas, el proceso debía continuar su curso, como en efecto ocurrió.

7.2. De otra parte, en manera alguna encuentra asidero la argumentación del recurrente en el sentido de que la sentencia del tribunal por él impugnada contraría lo resuelto por ese organismo judicial al decidir la apelación sobre las excepciones previas, como quiera que, ni se desconoce, como el impugnador lo asevera, cosa juzgada anterior entre las mismas partes, y sobre el mismo asunto, ni es cierto como lo afirma el censor que el tribunal en la sentencia afirma que el trámite impartido a este proceso hubiese sido inadecuado. Simplemente, el sentenciador, al decidir el litigio planteado y tramitado como un proceso ordinario de mayor cuantía, adujo las razones que estimó pertinentes en derecho para denegar las pretensiones de la parte actora, razones que así no sean compartidas por la parte vencida, no pueden invocarse ahora para deducir de ellas lo que no ha dicho el tribunal y sobre ese supuesto deleznable edificar un cargo, por ello, deviene en completa inanidad, pues ni el fallador dijo como lo supone y colige el censor que el proceso adolece de trámite inadecuado, ni tampoco se pronunció sobre la existencia de cosa juzgada, ni sobre incompetencia para conocer del proceso.

7.3. Es claro por lo dicho, que el recurrente, ni por asomo cumplió al censurar la sentencia en la forma que lo hizo con la carga procesal de combatirla por su contenido sino que optó por imaginar uno distinto a base de inferir razones que en este fallo no existen y, en tales condiciones, el cargo no puede prosperar como, en efecto, no prospera.

Cargo segundo

Invoca el censor para proponer este cargo la primera de las causales de casación y, con fundamento en ella, acusa la sentencia del tribunal, "respecto de las pretensiones primera y segunda de la demanda", por haber incurrido en "violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 1494, 1613, 1614, 2341, 2342 y 2343 del Código Civil, 822 y 830 del Código de Comercio" (folio 16 vuelto, cdno. Corte).

Para sustentar el cargo, expresa el recurrente que conforme a lo dispuesto por los artículos 510, numeral 2, letra d) y 687, último inciso del Código de Procedimiento Civil, la práctica de medidas cautelares posteriormente levantadas por carecer de causa legal para pedirlas ocasiona perjuicios a quien es víctima de ellas y que, en este caso, "es evidente" que la parte aquí demandante sufrió perjuicios por "la inmovilización de 25 tractores durante 1.381 días" (lucro cesante), a los que ha de agregarse el daño emergente ocasionado por "la pérdida del '*good will*', por la misma causa".

A renglón seguido manifiesta que, la denegación de las pretensiones primera y segunda, implica violación de las normas sustanciales que denuncia como infringidas, por falta de aplicación.

A continuación señala que la omisión del juzgador al dictar sentencia de excepciones en el proceso ejecutivo en relación con la condena al ejecutante fallido al pago de daños y perjuicios ocasionados con las medidas cautelares al ejecutado y el silencio de éste al respecto, no puede entenderse como "una tácita renuncia al derecho de reclamar sus perjuicios por otra vía procesal. Simplemente el ejecutado renuncia a su reclamación dentro del ejecutivo, y no es ni medianamente jurídico -prosigue- el pretender una

soterrada cosa juzgada con fundamento en la ejecutoria de una providencia que nada dijo del hecho cuyo juzgamiento se predica. Distinto sería que la providencia absolviera al ejecutante vencido de los perjuicios causados al ejecutado, porque, ahí sí, su silencio en la ejecutoria de la sentencia, le daría a éste fuerza de cosa juzgada respecto de la condena excusada" (folios 16 vuelto y 17, edno. Corte).

De esta suerte, a juicio del censor, las razones expuestas en la motivación de la sentencia atacada, son "válidas sólo para el evento de una tardía reclamación de perjuicios en el mismo proceso ejecutivo en donde se causaron, pero de bulto ineficaces para enervar la acción ordinaria", como fue ejercida en este proceso máxime que "ni siquiera la no oportuna liquidación de la condena *in genere* en favor del ejecutado daría al traste con su derecho a reclamar en concreto en proceso ordinario separado, pues sólo se habría caducado la acción mediante el trámite especial para su reclamación en el ejecutivo en donde se causaron" (folio 17, edno. Corte).

En virtud de lo dicho, concluye el impugnador, la sentencia acusada debe ser casada por la Corte y, en sede de instancia, pide "se revoque la del juez *a quo* y en su lugar se disponga condenar al Banco Popular a pagar a la sociedad demandante los perjuicios causados, en los términos planteados en la demanda y previa su liquidación, como lo dispone el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, incisos primero y segundo" (folio 17, edno. Corte).

Consideraciones

1. Aceptada como se encuentra universalmente la relatividad de los derechos subjetivos como uno de los principios generales del derecho contemporáneo, se impone admitir igualmente que el ejercicio de aquéllos ha de realizarse con sujeción estricta al fin social para el cual fueron establecidos por el sistema jurídico vigente, y dentro de los precisos límites que por él se señalan. De tal suerte que, si so pretexto de ejercerlo se pone en actividad un derecho con un fin ilícito, o para causar daño a otro "vanamente alegárase que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido, como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho general o el derecho objetivo, con lo que él y otros autores llaman juridicidad, o conjunto de la regla social", abuso que, comprendido así, "constituye una especie particular de la culpa aquiliana", en la que puede incurrirse "desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, animus nocendi, *hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada", nociones estas a las que dio amplia acogida en el derecho colombiano la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de 21 de febrero de 1938 (G. J. tomo XLVI, página 60), a la que pertenecen los apartes citados.*

1.1. Como es suficientemente conocido, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2488 del Código Civil, el acreedor de una obligación personal se encuentra facultado por la ley para perseguir los bienes del deudor en ejercicio de su derecho a reclamar coactivamente el pago de aquélla, derecho este que, sin embargo, no es absoluto pues el artículo 2492 del Código Civil, lo limita a lo que fuere indispensable para la satisfacción del crédito, incluidos desde luego los intereses causados y los gastos de

cobranza, norma que guarda armonía con lo prescrito por el artículo 513, inciso 8 del Código de Procedimiento Civil y respecto de las cuales, cuando a petición del acreedor se embargan bienes del ejecutado en cuantía que exceda los límites legales, o cuando el actor, "pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida", se incurre en responsabilidad para con el deudor; "porque en tal caso, es abusivo el ejercicio de la facultad que al acreedor concede la ley para lograr la tutela del Estado, con el fin de que su obligación insatisfecha se le pague con el producto de la subasta de bienes del obligado, como lo dijo esta Corporación en sentencia de 11 de octubre de 1973" (G. J. tomo CXLVII, números 2372 a 2377, páginas 81 y 82).

1.2. Siendo ello así, forzoso es concluir que, si el embargo y secuestro es excesivo es abusivo, genera responsabilidad civil a cargo del ejecutante con relación a los daños ocasionados con las medidas cautelares practicadas a iniciativa dolosa o culposa en forma grave atribuida a aquél. Sin embargo, reitera la Sala de que se trata de una responsabilidad civil extracontractual especial, que, no obstante, encontrarse sujeta a la estructura de dicha responsabilidad, tiene un doble tratamiento: uno especial y otro ordinario.

1.2.1. En efecto, es evidente que el legislador, tanto al expedir el Código de Procedimiento Civil en 1970 (Decreto 1400) y 2019 de ese año), como al reformarlo posteriormente (Decreto 2282 de 1989), impuso al juzgador el deber jurídico de condenar al demandante a pagar al demandado triunfante en las excepciones propuestas en proceso ejecutivo, los perjuicios sufridos con ocasión de las medidas cautelares decretadas y practicadas a petición del primero, perjuicios cuya liquidación, durante la vigencia del artículo 510, numeral 4 del Código de Procedimiento Civil en su redacción original, habría de realizarse con sujeción a lo dispuesto por el artículo 308 del mismo código. Pero también lo es que la legislación procesal civil patria, ni antes ni ahora, restringió en manera alguna el derecho del perjudicado con medidas ejecutivas practicada en proceso adelantado en su contra y terminado por resultar victorioso en las excepciones propuestas, a reclamar luego, en proceso ordinario, que su pretendido acreedor fuese condenado al pago de tales perjuicios, que encuentran su fuente en la responsabilidad aquiliana derivada del abuso del derecho a litigar.

Por lo que, entonces, se trata de dos alternativas procesales para la reclamación de perjuicios por embargo y secuestro excesivo, la del proceso ejecutivo y la del proceso ordinario, que traen como consecuencia lógica ineludible lo siguiente: si el ejecutado hace uso pleno de la vía procesal que se le otorga en el proceso de ejecución y obtiene, como debe serlo, providencia condenatoria al pago de perjuicios en su favor, y de igual manera aprovecha la oportunidad y el trámite especial para la liquidación de los perjuicios comprobados, no hay la menor duda de que, por haber empleado plenamente este medio procesal excepcional, carece, en consecuencia de acción ordinaria para replantear controversias sobre perjuicios no alegados o comprobados en esa ocasión, por estimarse definitiva la decisión final de dicho trámite especial y adicional a la sentencia de excepciones. Lo contrario, sería desconocer la intención de la ley de obtener en forma especial y breve una definición por medio de esta vía, sustitutiva de la ordinaria, a elección del interesado: pero que de ninguna manera tiene un carácter

acumulativo administrativo, que, por lo demás, resultaría contrario a la economía procesal.

Pero no puede decirse lo mismo, cuando no ha habido condena preceptiva al pago de los perjuicios, porque en tal evento, como se dijo, aún se goza de la acción ordinaria correspondiente.

1.2.2. Con todo, la Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que se trata de alternativas procesales de un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, en sentencia del 12 de julio de 1993 (Cas. en proceso de Guillermo A. Salazar contra la Soc. Cial. Franco Hermanos Ltda. aún sin publicar) dijo esta Corporación: "Nada distinto de 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".

"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 estructura. Empero, es de ver que aun si se admitiera en gracia de discusión que la imposición de dicha condena es forzosa, al presumir la ley la ocurrencia de perjuicio 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 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".

"Dígase, pues, una vez más que la condena preceptiva consagrada en el artículo 510 del C. de P. C. no sólo no está 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".

2. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite* y analizado el cargo propuesto, encuentra la Corte que está llamado a prosperar por las razones que van a expresarse:

2.1. Ante todo, observa la Sala que la decisión del *ad quem*, aquí impugnada, es la de denegatoria de las dos primeras pretensiones sobre reclamación de perjuicios sufridos por el demandante por la práctica de embargo y secuestro abusivo, se sustentó en la preclusión de la única oportunidad que para tal efecto, se tenía en el proceso de ejecución, esto es, en la instancia de excepción y su liquidación posterior, de acuerdo con el artículo 510, numeral 4, del C. de P. C. en armonía con el artículo 118 del mismo estatuto. Por su parte, la censura, al paso que señala que el citado artículo 510 del C. de P. C. no consagra extinción del derecho de reclamar en proceso ordinario los perjuicios no decretados en la sentencia favorable de excepciones, también pone de manifiesto que, por tal motivo, la sentencia fue absolutoria, violando entre otros los artículos 2341, 2342 y 2343 del C. C. De allí que, habiéndose combatido derechamente el fundamento jurídico central del fallo con indicación además (artículo 2341 C. C.) de una norma sustancial aplicable al caso debatido y estando cobijado por el actual régimen de descongestión (artículos 51 y 62 del Decreto 2651 de 1991), pasa ahora la Corte a su estudio de fondo, centrándolo por ahora en dicha fundamentación jurídica.

2.2. Precisado lo anterior, resulta evidente que asiste razón al recurrente en cuanto acusa el fallo impugnado de quebrantar el artículo 2341 del Código Civil, dado que el Banco Popular como demandante en proceso de ejecución adelantado contra la sociedad Carlomack Ltda., que terminó por prosperidad de las excepciones propuestas, es responsable, extracontractualmente, de los perjuicios ocasionados con el decreto y práctica de las medidas cautelares por él solicitadas en el proceso ejecutivo que cursó entre las partes en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, al cual se acumuló el iniciado por esa entidad financiera contra el mismo demandado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad.

2.2.1 Si tanto el juzgador de primera instancia como el tribunal en los procesos ejecutivos acumulados ya referidos, omitieron imponer al banco entonces demandante la condena preceptiva en perjuicios a favor de la sociedad allí demandada como lo ordenaba para la época el artículo 510, numeral 4 del Código de Procedimiento Civil y si en contra de esa omisión del juzgador no reclamó entonces la parte demandada, de ahí no puede deducirse que le quedó vedado a ésta acudir a la rama judicial del Estado para que ésta en proceso ordinario impusiese tal condena. Ello sería contrario a derecho, entre otras razones, porque la preclusión de la oportunidad para pedir adición del fallo de primer grado o para apelarlo ante el Superior, no puede entenderse como una sanción civil de tal magnitud, que reduzca al escaso término legal de la ejecutoria de esa providencia judicial (3 días), el amplio término que para ejercitar la acción ordinaria consagra el artículo 2536 del Código Civil, que como se sabe es de 20 años, sanción que resultaría impuesta sin ley que la determine.

2.2.2. De otra parte, obsérvase que la liquidación de los perjuicios por el trámite señalado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, como lo indica el artículo 510, numeral 4 del mismo código, parte de la base de que la condena a su pago se imponga por el juez, pues de otro modo resulta inaplicable esta norma por sustracción de materia, que es precisamente lo que ocurrió en este caso, en que tal condena, se repite, no se produjo.

2.2.3. Agréguese a lo expresado precedentemente que el debate judicial en proceso ordinario sobre los perjuicios causados con las medidas cautelares a la parte demandada, garantiza en forma plena al aquí demandado el derecho a controvertirlos y permite determinar su cuantía con la más amplia discusión al respecto, lo que significa que en este proceso en nada se ataca sino por el contrario se rodea de garantías el derecho de defensa del banco demandado.

2.2.4. De idéntica manera ha de observarse que no existe en este proceso ordinario cosa juzgada en relación con los perjuicios que hubieren podido causarse a la demandada en los procesos ejecutivos acumulados tramitados en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga a que ya se aludió, como quiera que ni sobre la existencia de tales perjuicios ni sobre su cuantificación ha mediado antes pronunciamiento judicial alguno, ya que, precisamente la ausencia de éste fue la que dio origen a esta nueva controversia cuya decisión se impetra de la jurisdicción del Estado.

2.3. Prospera pues el cargo, limitado como se encuentra a combatir la sentencia impugnada en cuanto deniega las pretensiones primera y segunda de la demanda inicial.

Cargo tercero

Acusa en este cargo el censor la sentencia objeto de su impugnación, en cuanto la denegación de la tercera de las pretensiones del actor se produjo con "violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 48, 49, 50, 51, 53, 55, 59, 68, 70, 72, 74, 822, 1259, 1382, 1385 y 1386 del Código de Comercio, 6 de la Ley 16 de 1936; 26 del Decreto 1789 de 1990; 1494, 1495, 1496, 1497, 1602, 1603, 1605, 1608, 1613, 1614, 1617 (numeral 2), 2240 y 2246 del Código Civil; y, por indebida aplicación, el artículo 17 del Código Civil, todo por haber interpretado erróneamente el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil y por no haber aplicado los artículos 174, 175, 185 y 187" (folio 17, cdno. Corte), todo a consecuencia de errores de derecho y de hecho en la apreciación probatoria.

En desarrollo del cargo, bajo el epígrafe de "errores de derecho" manifiesta el recurrente que si no existieran otras pruebas distintas a la peritación que obra a folios 126 a 130 del cuaderno número ocho, las conclusiones de los peritos en su dictamen "serían indiscutibles" (folio 17 vuelto, cdno. Corte).

Sin embargo, a su juicio, "tal experticio falta gravemente a la verdad", por cuanto -continúa- "la doble contabilidad del Banco Popular está debidamente acreditada frente a la disparidad de las cifras consignadas en los extractos aportados con la demanda y los comprobantes contables, y las cifras y asientos colectados por los peritos y consignados en el controvertible dictamen" (folio 17 vuelto, cdno. Corte), en el cual los auxiliares de la justicia, "sin ninguna facultad legal para hacerlo, analizan y descalifican los extractos aportados por quien demanda señalándolos de 'simples papeles de trabajo no constitutivos de comprobantes contables'" (folio 17 vuelto, cdno. Corte), conclusión inaceptable, ya que tales documentos fueron recogidos durante una inspección judicial a la agencia San Francisco del Banco Popular en la ciudad de Bucaramanga, "llevan los sellos y las firmas de los delegados de la Revisoría y Auditoría fiscales de esa entidad" y, por consiguiente, "se erigen como fuerzas incontrovertibles para el Banco Popular, a quien no se le puede aceptar prueba alguna que tienda a desvirtuar lo que resultó

probado de tales extractos", como ocurre con la citada prueba pericial, "destinada a desdibujar la doble contabilidad" (folio 17 vuelto, cdno. Corte).

De otra parte, expresa el censor que al proceso se anexó como prueba la sentencia proferida por el propio Tribunal Superior de Bucaramanga el 25 de septiembre de 1986 en los procesos ejecutivos acumulados a que alude la demanda con la cual se inició este proceso ordinario, sentencia que "es prueba de todo cuanto en ella se consignó, máxime si lo por probar campea en su parte resolutiva", sin que ello quiera decir que el artículo 17 del Código Civil consagra la "descalificación probatoria de las sentencias" (folios 17 vuelto y 18, cdno. Corte).

El tribunal -prosigue el impugnador-, sólo tuvo en cuenta las conclusiones del dictamen pericial, sin analizar como lo prescribe el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, "los demás elementos probatorios que obran en el proceso".

Si bien es cierto que la agencia de San Francisco del Banco Popular en Bucaramanga "no está autorizada para llevar su propia contabilidad", de ello no puede concluirse que "la contabilidad y los comprobantes de contabilidad en poder de la agencia carezcan de valor probatorio, por presumirse su elaboración por parte del tenedor sin facultad legal para hacerlo", pues esos documentos fueron "producidos por la oficina autorizada para el fin" (folio 18, cdno. Corte), a más de que nada se opone a que esa agencia bancaria "produzca la contabilidad relacionada con su clientela, mediante la elaboración de los comprobantes que alimentarán la centralizada contabilidad de la sucursal" (folio 18, cdno. Corte).

Así pues, tales comprobantes tienen "toda la fuerza y consecuencia jurídicas que conlleva su existencia e incontrovertibilidad a la luz de los artículos 51, 74 del Código de Comercio y 271 (inciso final) del Código de Procedimiento Civil a pesar del acomodado peritazgo" (folio 18 vuelto, cdno. Corte).

A continuación, manifiesta el recurrente que el tribunal incurrió además en errores de hecho en la apreciación probatoria, pues "desconoció las notas crédito y recibos de consignaciones, el oficio 108-(febrero 24-82) de la Superbancaria y su anexo, cuyas cifras debieron afectar la cuenta corriente 482-12144-9, aportados con la demanda"; las "actas de las diligencias de las inspecciones judiciales cumplidas en las oficinas del Banco Popular, agencia de San Francisco de Bucaramanga" en el ejecutivo 7243 del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esa ciudad, en las cuales se obtuvieron "los extractos de la cuenta corriente 482-12144-9, aportados con la demanda de este proceso" y "la declaración del señor Francisco Segundo Ruiz Castro, gerente de esa agencia, informando que tales extractos correspondían a una extractación (sic) del verdadero movimiento de la cuenta, con el propósito de que la Superintendencia certificara el sobregiro así obtenido"; los demás extractos de la referida cuenta corriente bancaria, distintos de los recogidos en las aludidas inspecciones judiciales, "relacionados en la letra 'h' del numeral 1º del acápite de pruebas"; el "extracto del Acta número 481 del Comité de Crédito del Banco Popular, celebrado en noviembre 21 de 1980" la "solicitud de apertura de la Carta de Crédito 36-80-480 Bug de junio 6/80", la cual "riñe con lo consignado en el extracto del Acta número 481 del Comité de Crédito del Banco Popular y con la solicitud que, adulterada, presentó el precitado banco a la Superbancaria para hacerse certificar el saldo por US$300.000 de tal crédito, antes de su vencimiento" (folios 18 vuelto a 19 vuelto, cdno. Corte).

Si el tribunal hubiese apreciado tales documentos, no le habría dado "pleno e incontrovertible valor probatorio al peritazgo de los folios 126 a 130 del cuaderno ocho, contrario a la realidad que muestran las pruebas no consideradas y a las conclusiones que, con fundamento en las mismas probanzas omitidas, llegó ese mismo tribunal en sentencia de septiembre 25-86, soportada, valga la repetición, en las pruebas que en la sentencia en casación no se quisieron considerar" apartes de la cual transcribe el impugnador (folios 19 vuelto, 20 y 20 vuelto, cdno. Corte), a la cual ha de agregarse que sin necesidad de "peritazgo alguno", con una simple "operación aritmética" si se adicionan a los extractos recogidos en las inspecciones judiciales de octubre 31 y noviembre 21 de 1983, los créditos consignados por $44.497.067.81 y se restan luego $6.084.398.27 se obtiene como saldo a favor del cuentacorrentista "la cantidad de $38.412.669.54 a que se contrae la tercera pretensión de la demanda" (folio 19 vuelto, cdno. Corte).

De todo lo anterior concluye el censor que, "como consecuencia de los anteriores errores de derecho y de hecho del honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, éste declaró no probados los hechos de la demanda, cuando la realidad probatoria comentada es exactamente la contraria", errores sin los cuales se "habría accedido a las pretensiones de la demanda" (folio 21, cdno. Corte).

Consideraciones

1. Como es ampliamente conocido, el recurso extraordinario de casación, a partir de la acusación formulada contra la sentencia impugnada y dentro de los precisos límites de la misma, tiene como fin principal la realización del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia, para lo cual ha de confrontarse el fallo objeto del recurso con la normatividad vigente para concluir luego si la sentencia se dictó conforme a derecho o, por el contrario, violó normas de carácter sustancial o incurre en errores ***in procedendo*** *específicamente erigidos como causales de casación.*

2. Dentro del ámbito propio de la primera de las causales establecidas por la ley para interponer este recurso extraordinario, en países como el nuestro, en que rige un sistema ecléctico al respecto, puede ocurrir de dos maneras: ya en forma directa, cuando la transgresión de las normas sustanciales se produce independientemente de la cuestión fáctica debatida en el proceso, ora en forma indirecta, es decir, cuando al quebranto de esas normas se llega por equivocación del juzgador en la apreciación probatoria, ya sea por yerro de hecho o de derecho en el ejercicio de su función como tal.

3. Dado que el error de hecho y el de derecho en que puede incurrir el fallador en la apreciación de las pruebas son de naturaleza y contenido diferente, como quiera que el primero atañe a la prueba como elemento material del proceso, en tanto que el segundo se refiere a equivocación judicial en torno a las normas procesales que regulan lo atinente a la admisibilidad, decreto, práctica y valoración de las pruebas, el legislador ha sido especialmente exigente en que la acusación de violación de normas sustanciales por la vía indirecta, ha de realizarse precisando con toda claridad sobre cuáles pruebas se produjo el yerro, así como la especie de éste y su influjo en la decisión que se combate, todo lo cual ha de demostrarse.

4. Acorde con lo expuesto, forzoso es concluir que resulta contrario a la lógica jurídica atacar simultáneamente una sentencia por violación indirecta de normas sustanciales por supuesto error de hecho y de derecho respecto de las mismas pruebas, a más de que semejante forma de acusación torna inane el cargo pues su propia contradicción lo destruye así mismo y hace imposible su intelección como lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia en sentencia que aparece publicada en la Gaceta Judicial, tomo LXXVIII, página 313, en la cual expresó que de las diferencias existentes entre ellos "se infiere que el mismo error en la apreciación de la prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho. Esto, desde un punto de vista intrínseco, que por lo que concierne a la tramitación del recurso, a qué se atiene el opositor para combatir el cargo: ¿al de hecho o al de derecho? Y el juez en casación ¿qué rumbo sigue? ¿los dos? Imposible. El uno o el otro. No habría razón para seguir éste y descartar aquél".

5. En el caso de autos, el cargo propuesto no puede prosperar pues, como de su simple lectura aparece de bulto, el censor, en forma simultánea, sostiene que la sentencia impugnada incurrió en errores de derecho y de hecho en la apreciación probatoria del dictamen pericial que obra a folios 126 a 130 del cdno. número 8. En efecto:

5.1. A folio 17 vuelto del cuaderno de la Corte, expresa el recurrente que el tribunal cometió error de derecho en la apreciación de la prueba mencionada, porque acogió las conclusiones de los peritos íntegramente, las que "serían indiscutibles", "si dentro del proceso no existieran otras pruebas calificadas, legal y oportunamente aportadas al proceso, como las que en el reposan", entre las cuales menciona "los extractos de la cuenta corriente 482-12144-9" recogidos en inspección judicial practicada a la agencia San Francisco del Banco Popular en Bucaramanga y la "sentencia de septiembre 25 de 1986", proferida por el tribunal en los procesos ejecutivos seguidos entonces contra la sociedad demandante ahora en este proceso ordinario, con lo cual se demuestra la conducta ilícita de esa entidad financiera en cuanto llevaba una "doble contabilidad" de la cuenta corriente de la parte actora, con perjuicio para ésta.

5.2. Al propio tiempo, a folios 18 vuelto y 19 del cuaderno de la Corte, el recurrente enumera como pruebas no tenidas en cuenta por el sentenciador de segundo grado y por ello constitutivas de error de hecho, las mismas inspecciones judiciales ya mencionadas, las notas crédito y recibos de consignación de la cuenta corriente 482-12144-9 y otros documentos relacionados con la contabilidad del Banco Popular sucursal Bucaramanga, todo lo cual, a su juicio, condujo al Tribunal a dar "pleno e incontrovertible valor probatorio al peritazgo a los folios 126 a 130 del cuaderno ocho, contrario a la realidad que muestran las pruebas no consideradas y a las conclusiones que, con fundamento en las mismas probanzas omitidas, llegó ese mismo honorable Tribunal en su sentencia de septiembre 2586" (folio 19 vuelto, cdno. Corte).

5.3. Como puede observarse, en definitiva el recurrente, bajo la convicción de que la prueba pericial que aparece a folios 126 a 130 del cuaderno ocho, se duele de que en su apreciación se produjeron, al mismo tiempo, error de hecho y de derecho por no haberlo apreciado con las otras pruebas obrantes en el proceso, acusación que resulta abiertamente contraria a la lógica jurídica por cuanto no puede predicarse la comisión de tales yerros respecto de la misma prueba, sin que pueda ahora la Corte, oficiosamente, enmendar la equivocación del recurrente al plantear y sustentar el cargo, pues, como se

sabe, a esta Corporación le está vedado replantear la acusación propuesta sin acierto y para decidir en casación ha de situarse dentro de los términos de la censura y en congruencia con ellos.

Por lo dicho, y en consideración a que la decisión de la pretensión tercera aquí combatida es autónoma e independiente de las pretensiones primera y segunda, la improsperidad de este cargo tercero queda limitada a ella.

Finalmente observa la Corte que dada la prosperidad del cargo segundo en relación con la decisión adversa a las pretensiones primera y segunda de la demanda, ha de dictarse sentencia sustitutiva, pero antes de ello y para el más acertado pronunciamiento, habrán de decretarse pruebas de oficio.

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, *Casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 28 de agosto de 1992, en el proceso ordinario iniciado por Carlomack Ltda. contra el Banco Popular y, obrando en sede de instancia, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 375, inciso 2°, 37, numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, decreta como prueba la práctica de un dictamen pericial para que en él, a costa de las partes por igual y, conforme a lo pedido y a las demás pruebas que obran en el expediente, se establezca:

1. El valor comercial que tenían los 25 tractores, marca Pascuali con motor diesel 988 y demás características reseñadas en los folios 106, 107, 108, 109 a 115 del cuaderno número 1, a la fecha del 14 de junio de 1983 en que, según la demanda, se perfeccionó el embargo y secuestro sobre los mismos, decretados sobre la Sociedad Carlomack Ltda.

2. Para la práctica de esta prueba, solicítase a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, la designación de dos (2) peritos, quienes deberán rendir el dictamen que se les solicita dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que tomen posesión de sus cargos como auxiliares de la justicia en este proceso.

Para el efecto, ofíciese por secretaría a la entidad mencionada, para que se designen los funcionarios que habrán de rendir el dictamen aludido, conforme a lo previsto por el artículo 243 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil y, en el mismo oficio solicítese a la Caja Agraria informar a este despacho el valor de lo que fuere necesario para viáticos, transporte y demás costos de la pericia, para dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 243 inciso 6° del C. de P. C.

Sin costas en casación por la prosperidad del recurso.

Cópiese y notifíquese.

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

Error de Derecho

El fallador incurre en error de derecho cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las avalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere.

Casación - Naturaleza / Principio Dispositivo / Presunción de Acierto

El recurso de casación no constituye una instancia adicional del proceso, ni ocasión apropiada para intentar el libre examen de la cuestión litigiosa, toda vez que cuando se trata del motivo primero del artículo 368 del C. de P. C., ha de partirse de la base de que, mediando demanda de parte interesada, tan sólo puede quedar planteado el enfrentamiento entre estos dos extremos, llegue o no a la infirmación de aquélla. / La Corte debe cumplir con sujeción rigurosa y estricta al principio dispositivo, en términos tales que la sentencia recurrida no puede ser enjuiciada por ella sino dentro de los términos que el recurrente indique como materia de su juzgamiento, lo que se explica porque esa sentencia llegue a la Corte cobijada por una presunción de acierto, de suerte que sólo en cuanto el recurrente demuestre lo contrario puede ella ser invalidada.

Error de Hecho / Técnica de Casación

Hablar de la comisión de error de hecho en la apreciación de una serie de testimonios, sin individualizarlos y sin poner de presente qué es lo que dice cada uno de ellos y cómo los vio o los ha debido ver el Tribunal, estableciendo la evidencia del desacierto, es algo que, como sin esfuerzos se palpa, contraría las más

elementales reglas de técnica en el recurso de casación. / La actividad del recurrente cuando formula su ataque por defectos de apreciación probatoria, no puede limitarse a hacer un enfoque global de la prueba para concluir, con base en él, que la decisión del Tribunal, por ser diversa es errónea, puesto que la casación no es una tercera instancia abierta para que las partes ensayen un análisis más lógico, o más completo y profundo de las pruebas, sino un remedio procesal contra los yerros fácticos protuberantes del sentenciador. Por lo mismo, cuando de esta acusación se trata, la labor del casacionista debe centrarse, dado el carácter formal y dispositivo del recurso, a indicarle a la Corte cuál o cuáles son los yerros cometidos en este campo por el juzgador y, luego de demostrarlos, cuál su incidencia en lo dispositivo del fallo, para que se allane el camino a una resolución de fondo sobre el ataque.

Mejoras / Prestaciones Mutuas / Derecho de Retención

Cuando esta norma -artículo 339 C. de P. C.- considera el supuesto consistente en que el valor de las mejoras no fuera regulado en concreto en la sentencia, no quiere decir que tal cosa pudo obedecer a un olvido del juez -idea inaceptable vistos los claros términos y tajantes en que se encuentra concebido el artículo 307 anterior-, sino que el legislador tuvo presente que existen hipótesis como la que en este caso se examina, en que, por fuerza de la naturaleza del derecho previsto en las normas de índole sustancial, no es posible darle en la sentencia una dimensión dineraria al crédito del que se viene hablando. Lo anterior quiere decir que existe una nota correlación entre los artículos 966 del C. C. y 339 del C. de P. C., sin que, parejamente, surja oposición con el artículo 307 *ib*.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

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

Radicación: Expediente número 3774.

Provee la Corte en relación con el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia que data del veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario instaurado por los menores María Adelina y Abel Elías Cuervo Morales, representados por su madre María Magdalena Morales C., en frente de Julia Rosa Ruiz.

ANTECEDENTES

1. Al Juzgado 2º Civil del Circuito de Itagüí (Antioquia), le correspondió asumir el conocimiento de la demanda presentada por intermedio de su representante legal por los menores nombrados, tendiente a obtener que, previo el trámite de un proceso

ordinario de mayor cuantía, se condenase a la demandada a la restitución de un bien inmueble con una edificación de tres pisos, situado en el Municipio de Itagüí, en la calle 84A, manzana "R", barrio Santa María número 3, de Itagüí, y al pago de los frutos civiles percibidos por aquella desde tres años antes a la presentación de la demanda, más el valor del costo de las reparaciones de los deterioros que por culpa de la poseedora hubiere sufrido el inmueble.

2. Esa pretensión se apoyó, sintéticamente, en que el inmueble les fue adjudicado a los menores en la sucesión de su padre Abel Elías Cuervo, según sentencia que data del 11 de julio de 1988, protocolizada por medio de la Escritura Pública número 3738 del 5 de septiembre de 1988, de la Notaría 18 del Círculo de Medellín, inmueble que el causante había adquirido por compra a Gonzalo Mesa, como consta en la Escritura Pública número 1135 del 30 de junio de 1971, de la Notaría 9 de Medellín.

Que los menores demandantes, quienes son los únicos titulares del dominio, tanto de los tres pisos del edificio, como del lote sobre el cual éste se levanta, se encuentran privados de su posesión, detentada por Julia Rosa Ruiz, quien ocupa uno de los apartamentos y recibe el producto del arrendamiento de los dos restantes, siendo su posesión de mala fe.

3. Notificada la demandada del auto admisorio de la demanda, la respondió oportunamente con oposición a las pretensiones en ella deducidas.

En cuanto a los hechos, los niega en los términos presentados por la actora. Y pone de presente que Abel Elías Cuervo adquirió el lote, sin casa ni construcción alguna, y que en su sucesión se les adjudicó a los dos hijos, sin aludir a la construcción, mejoras y anexidades nombradas en el hecho 1º. Las construcciones no fueron objeto de la partición y adjudicación mencionadas.

Que los hijos del causante Abel Elías Cuervo "no son dueños de la construcción o del edificio construido en el lote de marras".

Como excepciones de mérito propuso las que denominó "carencia de título de propiedad por parte de los demandantes" y "título insuficiente y/o carencia de causa", las que apoyó en lo ya señalado, o sea, en que a los demandantes lo único que se les adjudicó en el sucesorio fue el lote de terreno, mas no la construcción en él levantada, lo que de por sí implica un reconocimiento de dominio ajeno en relación con tal construcción, dominio ajeno que se desconoció meses después del registro de la sentencia aprobatoria de la partición.

4. En escrito separado, Julia Rosa Ruiz propuso demanda de reconvención para que en frente de los menores demandantes, se le declarase dueña exclusiva del primero y del segundo piso del edificio construido sobre el lote pretendido por aquéllos, y, además, se dijese que pertenece a ella y a Abel Elías Cuervo C., o a quien represente sus derechos, el tercer piso del mismo edificio.

Tal pretensión la apoyó, en resumen, en que si bien Abel Elías Cuervo, con quien ella hacía vida marital, compró el lote, el primero y el segundo piso que luego allí se levantaron, lo fue con dinero que a ella le pertenecía exclusivamente, lo que relata de una manera circunstanciada que, en cuanto a la construcción del tercer piso, sí se cumplió con la colaboración económica de Abel Elías. Que el mantenimiento y conservación del edificio ha corrido siempre por cuenta exclusiva de la demandante en reconvención.

Los contrademandados, por medio de su representante, replicaron esta demanda impugnando la declaratoria de dominio, para lo cual negaron los hechos que le sirven de fundamento. De manera particular, dijeron que era falso que la construcción se hubiese adelantado sin la participación de Abel Elías.

5. Adelantada la primera instancia, el *a quo* le puso término con la siguiente determinación:

"A. Declárase que pertenece en dominio pleno y absoluto a los demandantes María Adelina y Abel Elías Cuervo Morales..., el inmueble especificado en los hechos de la demanda...

"B. Conforme a la parte motiva, se reconoce a los actores los frutos civiles que hayan podido percibir a partir de la contestación de la demanda estimados en la suma de $ 2.760.000.00. Así mismo se le reconoce a la demandada... el valor de la edificación construida en el lote, por la suma de $21.050.000.00; declarándose, entonces, una compensación parcial quedando un saldo a favor de la señora Julia Rosa de $18.290.000.00, por el cual se le reconoce el derecho de retención sobre el inmueble aludido anteriormente, y hasta tanto no se le pague tal suma.

"C. Declárase inhibido el Despacho para decidir la demanda de reconvención...".

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Apelada esa decisión por los demandantes y adherido a la apelación la demanda, el Tribunal a vuelta de despachar la segunda instancia, dispuso:

"I) *Confírmase* la providencia objeto de apelación, relacionada al comienzo, en cuanto declara la restitución, mediante re vindicación del inmueble y su edificación relacionado en los numerales A) y B) de la resolutiva, al igual que el monto de las indemnizaciones a favor de la demandada.

"II) ...

"III) ...".

2. La parte considerativa de su fallo la inicia el Tribunal con alusión a los elementos estructurales de la acción reivindicatoria, y, deteniendo su atención en el dominio, dice:

"En cuanto al derecho de dominio del predio controvertido, ajeno a la mejora de edificación allí construida, no sólo no hay controversia, sino que la titulación está ceñida a la legalidad vigente, por lo que se satisface el primer requisito de la pretensión restitutoria; como también la posesión del demandado en dicho predio, según lo admite éste en el libelo de oposición ... y en el de reconvención. Así mismo son evidencias procesales que unidas, facultan al actor para intentar la acción reivindicatoria".

3. Recuerda que sobre el predio se construyó una edificación constante de tres apartamentos, construcción que los actores reclaman como suya, pero que también discute la demandada. Cita el principio conforme al cual el dueño del predio lo es también de lo que a él accede, y se refiere a la previsión normativa del inciso 2º del artículo 739 del C. C., para señalar que en tal supuesto se confiere la acción reivindicatoria al propietario del terreno, pagándole al poseedor el valor del edificio.

Trae a cuento textos jurisprudenciales y concluye que "el actor dentro de este proceso, como titular que es del predio en que se halla construida la edificación multicitada se hace propietario del todo, satisfaciendo previamente desde luego el valor de la edificación en el monto y proporción en que se demuestre en el plenario...".

4. Analiza la prueba recaudada, confrontando las versiones suministradas por los declarantes de cada parte, y expresa que los testigos citados por la poseedora demandada denotan mayor conocimiento de los hechos, en razón de tratarse, en uno de los casos, de uno de los arrendatarios, y, en los dos restantes, de personas vecinas y amigas, testigos inmediatos todos, de la labor por aquélla desplegada para levantar la construcción con la cual mejoró el inmueble y en la que invirtió el fruto de su trabajo.

En cuanto a los testimonios pedidos como prueba por los menores demandantes, dice que "adolecen de falta de información y conocimiento de los hechos que se tratan de establecer", toda vez que únicamente expusieron sobre la convivencia entre la demandada y el causante y las condiciones económicas de éste. Que hay un contraste "en favor de los declarantes ofrecidos por la demandada, abundantes en detalles y circunstancias de modo, tiempo y lugar, para brindar una versión coherente, completa y persuasiva en beneficio de la citada Ruiz, como propietaria de la construcción". Que, también, de la versión de la demandada es de donde se deduce "que el apartamento del tercer piso se costeó con auxilio y esfuerzo económico del causante y de ella en igual proporción, lo que se tendrá en cuenta para deducir la copropiedad sobre este piso...".

Desestima el argumento de los demandantes en el sentido de atacar como sospechosa la prueba testimonial recibida a instancia de la poseedora demandada por provenir de personas amigas y allegada, para anotar que, por el contrario, esos factores le deparan mayor credibilidad, máxime si se les relaciona con otros hechos del proceso como es el consistente en que los herederos de Abel Elías Cuervo se abstuvieron de relacionar las mejoras en el sucesorio, protocolizando las declaraciones pertinentes sólo en fecha posterior.

Concluye entonces que se debe mantener sin modificaciones la decisión del *a quo* en cuanto al reconocimiento de la autoría de las mejoras por parte de la poseedora, el valor dado a las mismas y la indemnización a cancelar. En cuanto a los frutos dice que se sostiene la condena a favor de la parte demandante en aplicación del principio elemental conforme al cual "las cosas producen para su dueño; y si la edificación se incorpora al predio del demandante, los frutos respectivos entran al haber patrimonial de éste".

LA DEMANDA DE CASACION

Ocho cargos se enderezan en ella en contra de la sentencia anterior, siete de los cuales sustentados en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C. y uno, el séptimo, fincado en la causal segunda del mismo precepto. La Sala comenzará su estudio por este último. En segundo término despachará el octavo, que contiene un ataque frontal a la sentencia, y luego los restantes, que se refieren a impugnaciones parciales a la misma considerando en último término el sexto, llamado a abrirse paso.

Cargo séptimo

En él se acusa la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda.

A fin de sustentarlo, dice la impugnante que en la demanda se pretende la restitución del bien inmueble allí mencionado. Pero que al observar el fallo de segunda instancia, se encuentra la confirmación del literal A) de la sentencia de primera instancia, el cual reproduce, para entonces expresar que la inconsonancia salta a la vista comoquiera que habiéndose pretendido la restitución ("petición lógica tratándose de reivindicación"), la sentencia "declara el dominio pleno (precisión propia de un proceso de pertenencia)".

Se considera

1. No se puede negar que, en efecto, el literal A) de la sentencia de primera instancia se encuentra concebido en los términos descritos por la recurrente, y que ellos, en consecuencia, estarían dando a comprender que lo debatido fue una pretensión relacionada con una declaratoria de dominio.

Sin embargo, tampoco es posible silenciar que en la sentencia de segunda instancia, si bien se dijo que se confirmaba "la providencia objeto de apelación", se añadió que ello era en cuanto declaraba, la restitución, mediante reivindicación del inmueble y su edificación.

2. Es posible que el método de tal modo adoptado por el Tribunal no sea el más ajustado a la técnica con la cual deben producirse las resoluciones judiciales, desde luego que preferiblemente hubiera sido la revocación de la decisión de primera instancia para, en su reemplazo, darle cabida a la reivindicación que, hallada próspera, fue lo pedido por los demandantes.

Mas aunque no fuese ese el camino seguido, ello no significa que la sentencia sea incongruente por cuanto, como es palmar, el *ad quem*, al introducirle a la resolución del *a quo* la susodicha puntualización, situó la cuestión dentro del marco que realmente le correspondía y borró cualquier equívoco que, en los meros términos de aquélla, hubiera podido suscitarse.

3. Como se dice, sin que al proveimiento del Tribunal pueda presentársele como un dechado de claridad y de precisión en él se comprende con facilidad que lo ordenado fue la reivindicación, pero que, parejamente, también a la demandada se le reconocieron unas indemnizaciones, todo con sujeción a los literales a) y b) de la decisión de primera instancia.

Por lo tanto, no existe la incongruencia alegada en este cargo, el cual, entonces, no prospera.

Cargo octavo

1. Se le imputa en él a la sentencia la transgresión del artículo 946 del C. C.

2. Con miras a sustentarlo, la recurrente vuelve sobre los presupuestos de la acción reivindicatoria, y señala que a la parte demandante, en ambas instancias, se le negó su condición de propietaria del lote con la construcción anexa pues que "a ella solo

pertenecía el lote en tanto que a la demandada le correspondía la construcción", razón por la cual no hay identidad entre lo pretendido y lo poseído, por lo que lo procedente era el proferimiento de un fallo inhibitorio y no de uno de mérito.

Se considera

1. El Tribunal, en ningún momento, dijo lo que en este cargo se sostiene.

En efecto, fueron sus palabras textuales:

"Así las cosas, tenemos que si el reivindicante como propietario que es de la cosa principal; el tenedor, se hace dueño de la cosa accesoria que a él se incorpora: la edificación; sólo que para reivindicar la totalidad, debe pagar el valor de las mejoras a quien demuestre la construcción que, en el *sub judice* estableció la demandada como producto de su esfuerzo personal y pecuniario, excluyendo la mitad del tercer piso por haberlo realizado en comunidad con el padre de los actores, que es a quienes corresponde en esa proporción...".

Conforme con esos términos, entonces, es obvio que el *ad quem* no disgregó el dominio entre los actores y la demandada, para reconocerles a aquéllos el correspondiente al suelo y a ésta el de la construcción, sino que en recta aplicación de la ley, estimó que los primeros pasaban a ser dueños de la construcción; y también con arreglo a las disposiciones pertinentes, juzgó que la demandada era titular de un derecho de crédito amparado con la retención del predio, por haber encontrado que, en su sentir, las pruebas respectivas así lo representaban.

2. Obviamente, la apreciación del Tribunal entraña que la demandada se halla en posesión del lote perteneciente a los actores, el cual ocupa con la edificación levantada a sus expensas. Por eso, pues, la relación de identidad entre lo que éstos reclaman y lo que aquélla posee resulta perfecta.

Pero suponiendo que fuera viable darle cabida al dislate que la recurrente prohija en este cargo y, por lo tanto, juzgar que al ser dos cosas distintas la posesión del lote y la de la edificación no se configura la relación de identidad entre lo reclamado por el demandante y lo poseído por el demandado, no por tal circunstancia podría adoptarse la decisión inhibitoria de la que habla el recurrente porque, como de modo inamovible lo ha expuesto la doctrina de la Corte, la falta de uno de los elementos propios de la acción reivindicatoria, no puede conducir más que a una absolución del demandado, por corresponderle al actor la carga de la prueba de todos y cada uno de ellos.

El cargo, pues, es improspero.

Cargo primero

1. En él se acusa la sentencia por violación de los artículos 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970 y 971 del C. Civil, "como consecuencia de error de derecho por violación de normas probatorias", siendo éstas los artículos 174 y 177 del C. de P. C.

2. Con miras a demostrar el cargo, la impugnante empieza a reproducir el literal B) de la sentencia de primera instancia, confirmado por el numeral 1 de la de segunda instancia, diciendo que, entonces, a la demandada se le reconocieron mejoras y se fijó el valor de las mismas. Manifiesta que con tal proceder los juzgadores transgredieron los

artículos 961 a 971 del C. C., como consecuencia de error consistente en haberse dejado de lado los artículos 174 y 177 del C. de P. C., que transcribe.

Dice entonces que analizará lo ocurrido con las mejoras, destacando por delante, estos aspectos: Que en la contestación de la demanda nada se dijo sobre mejoras, de las cuales únicamente se habló en el escrito de reconvención, respecto del cual se profirió una decisión inhibitoria. Y que si dentro del proceso principal la parte demandada nada reclamó sobre mejoras, "esta sola circunstancia haría tambalear el fallo atacado por cuanto es extraño el asunto de las mejoras a los puntos en litigio".

3. Se pregunta después si las mejoras existen y quién las realizó. Anota que "en el debate probatorio se encuentran tres grupos de declarantes respecto de las mejoras". Un primer grupo que afirma que la construcción se realizó por cuenta y riesgo de Abel Elías Cuervo. Otro que dice que la construcción se hizo en comunidad entre éste y la señora Julia Rosa Ruiz. Y uno más que afirma que quien la levantó fue esta última.

De allí concluye que es cierto que en el terreno se levantó una construcción de tres pisos, de la cual se acepta que tiene el carácter de mejora. Que no hay certeza acerca de la persona que ejecutó las mejoras porque existen tres posiciones encontradas, siendo necesario dudar de las declaraciones del tercer grupo por ser tendenciosas y contradictorias con las afirmaciones de la misma demandada.

Respecto de los otros grupos de testimonios afirma que se debe transcribir lo dicho en el memorial de alegaciones ante el Tribunal, al cabo de lo cual expresa que es la propia demandada quien da la razón sobre no haber sido ella quien levantó la construcción, sino Abel Elías quien lo hizo con su propio peculio; alude la impugnante a la que denomina confesión libre y espontánea de Julia Rosa Ruiz el 17 de enero de 1989, en inspección judicial extraproceso, sin que se explique "como la falladora de instancia haya pasado por alto tan fundamental prueba".

Vuelve un poco después sobre los testimonios recibidos a instancia de la propia demandada; y afirma que "son amañados como recitación de versos transmitidos por quienes organizan el manejo de la prueba...", y que si se hace un análisis concienzado de los mismos "da como resultado que doña Julia Rosa nunca estuvo en condiciones para soportar los infinitos gastos que demanda una construcción de la naturaleza de la que es objeto del litigio".

Reclama luego la atención sobre la prueba pericial donde consta que la construcción "no se realizó a traguitos", lo que se ve "por la uniformidad de ventanerías, puertas y demás materiales que ésta demoró mucho... y que su elaboración fue realizada por los mismos trabajadores".

Hace después otros comentarios sobre incidencias de la diligencia de inspección judicial y dice, a manera de conclusión de este aparte, que "para reafirmar el hecho de que fue Abel Elías Cuervo quien construyó el edificio, es también necesario... que nos remitamos a la prueba documental de incalculable valor... como es la licencia de construcción y los planos de la edificación... que figuran a nombre del causante".

4. Se interroga sobre si fueron justipreciadas las mejoras, para señalar que en el dictamen pericial se dijo que no era posible avaluar mejoras. Que "el avalúo se contrajo al valor del terreno y de cada uno de los pisos porque así fue pedido pero que en ningún caso porque los peritos hayan afirmado que cada piso constituía mejoras...".

Afirma, finalmente, que la sentencia violó los artículos 174 y 177 del C. de P. C. y que por ello transgredió las normas sustanciales ya citadas.

Se considera

1. La parte recurrente, como se ha visto, le enrostra a la sentencia la comisión de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, y como normas de disciplina probatoria transgredidas cita los artículos 174 y 177 del C. de P. C.

Empero, es de observarse que, conforme lo ha enseñado incansablemente la jurisprudencia de la Corte, el fallador incurre en error de derecho "cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las avalúa por estimar erradamente, que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere" (Cas. Civ. 25 de sept. de 1973, no publ.).

Viene, por lo visto, a ser claro que en el desarrollo del cargo la impugnante no propone ninguna de las hipótesis acabadas de enunciar como constitutivas del error de derecho, puesto que se limita a confrontar su punto de vista con el del Tribunal en relación con el mérito que se le pueda asignar al material probatorio, parte del cual incluso no individualiza, según sucede, en efecto, con la prueba testimonial. En cambio y notado como el denunciado fue un error de derecho, brilla por su ausencia la comparación entre lo que el Tribunal hubiera expuesto acerca de esas pruebas y las normas legales reguladoras de su producción y eficacia, con miras a dilucidar si, realmente, éstas fueron desconocidas por aquél. Y no se diga que, cabalmente, a ello atiende el análisis que lleva a cabo, pues que a su término concluye que se transgredieron los artículos 174 y 177 del C. de P. C., en razón de que, por una parte y como se acaba de observar, esa exposición no es más que un enfoque donde no se han desglosado, a fin de determinarlas, las distintas pruebas que supuestamente se apreciaron de un modo indebido. Por otro lado, si en la casación al tratamiento que la recurrente le ofreció a la cuestión se le pudiera brindar alguna significación, ésta tendría que ser ubicada dentro del ámbito propio del error de hecho y no del de derecho, conforme fue propuesto, lo que se dice porque lo discurrido por la impugnante apunta es hacia una inadecuada apreciación de las pruebas, estimadas desde el ángulo de su objetividad y no desde el de su legalidad. Amén de que los preceptos de carácter probatorio que la recurrente tiene como violados, son básicos dentro de la estructura toda de la disciplina probatoria, sin que por lo tanto y por sí solos den pie para pensar que una eventual transgresión suya pueda ser catalogada como un error de derecho, ya que cualquier conducta del juez que se salga de los hitos que en ellos se trazan incide de manera previa y necesaria, o sobre otras reglas que, de modo específico, se ocupan de graduar la actividad probatoria o la eficacia asignable a ciertos medios, o sobre la dimensión material del acervo probatorio.

Mas por lo restante, es palmar que la recurrente no se ha ocupado de demostrar que la decisión del *ad quem* hubiera estado apoyada en pruebas que no fueron regular y

oportunamente allegadas al proceso, ni que la misma se hubiese tomado con violación del principio distributivo de la carga de la prueba.

2. Y es que, frente a la orientación general del cargo resulta tempestivo recordar que, como en incontables oportunidades lo ha expuesto esta Corporación, "...el recurso de casación no constituye una instancia adicional del proceso, ni ocasión apropiada para intentar el libre examen de la cuestión litigiosa...", toda vez que cuando se trata del motivo primero del artículo 368 del C. de P. C., ha de partirse de la base de que, mediando demanda de parte interesada, tan sólo puede quedar planteado el enfrentamiento entre estos dos extremos, se llegue o no a la infirmación de aquélla. Es que, dentro de esta órbita, mientras la Corte de Casación no se transforme en tribunal de instancia en los supuesto previstos por el artículo 375 del C. de P. C., los litigantes.... pasan a un segundo plano para, en su lugar, darle cabida a un fallo acusado de ilegalidad y a la propia ley de conformidad con la cual dicho proveimiento se le examinará..., función de control que, al decir de la doctrina jurisprudencial, "...la Corte debe cumplir con sujeción rigurosa y estricta al principio dispositivo, en términos tales que la sentencia recurrida no puede ser enjuiciada por ella sino dentro de los términos que el recurrente indique como materia de su juzgamiento, lo que se explica porqué esa sentencia llega a la Corte cobijada por una presunción de acierto, de suerte que sólo en cuanto el recurrente demuestre lo contrario puede ella ser invalidada..." (Cas. Civ. 15 de febrero de 1990, sin publ.).

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

Cargo segundo

1. En este se le imputa a la sentencia la violación de los "artículos 961 a 971 del Código Civil colombiano", como consecuencia del error de hecho manifiesto cometido en la apreciación de la inspección judicial de carácter extraprocesal practicado al inmueble reivindicado.

2. Al fundamentar el cargo, la recurrente reproduce apartes del testimonio recibido en esa oportunidad a la señora Gloria Ruiz, para decir después que se incurrió en el error de no apreciar la prueba mencionada, por lo que se violan todas las normas sustanciales que regulan el derecho de mejoras, al tenerse estas como hechas por un persona que realmente no las puso.

Cargo tercero

1. Aquí se acusa la sentencia por la infracción de los "artículos 961 a 971 del Código Civil colombiano", como resultado del error de hecho manifiesto cometido en la apreciación de la prueba pericial obrante a los folios 77 a 79 del cdno. ppal.

2. Con el propósito de sustentar el cargo, la recurrente acude a lo manifestado a la sazón por los peritos, y dice que en las instancias se incurrió en error al apreciar el dictamen "por cuanto se tuvo como referencia para avaluar las mejoras cuando expresamente los peritos dijeron que no habían avaluado mejora alguna", error que condujo a la transgresión de las normas sustanciales ya citadas.

Cargo cuarto

1. En este también se le enrostra a la sentencia la violación de los "artículos 961 a 971 del Código Civil colombiano", como secuela del error de hecho manifiesto cometido en la apreciación del ya mencionado dictamen pericial.

2. En la sustentación vuelve a reproducirse el mismo concepto de los peritos transcrito en el cargo anterior, para entonces sacar igual conclusión a la ya extraída en ese mismo cargo.

Cargo quinto

1. Del mismo modo que en los anteriores, en este otro cargo se le adjudica a la sentencia la violación de los "artículos 961 a 971 del Código Civil colombiano". Esta vez como resultado del error manifiesto de hecho cometido en la apreciación de la prueba conformada por la declaración rendida por la demandada en el curso de la inspección judicial extraproceso, y de los testimonios obrantes a folios 1 a 12 del cuaderno de pruebas de la parte demandada.

2. Arguye la recurrente que en el proceso se demostró que las mejoras fueron realizadas conjuntamente por Abel Elías Cuervo y la demandada poseedora; que el propietario del inmueble fue Abel Elías y que la posesión de la demandada se inició solo un poco antes del fallecimiento de éste, invirtiendo la suma de cien mil pesos, ya que las mejoras se realizaron a expensas de Abel Elías, quien era la persona encargada de velar por el sustento económico de toda su familia y de la de Julia Rosa.

Se considera

1. Relativamente al cargo segundo, su planteamiento resulta inadecuado e incompleto. Lo primero porque si en lo atañedero a la inspección judicial de carácter extraprocesal y a lo dentro de ella sucedido algún tipo de error cometió el Tribunal, no pudo haber sido hecho, tal como la recurrente lo propone, sino de derecho, ya que con toda nitidez, manifestó no poder considerarla "dada su idoneidad probatoria, acorde con la previsión legal del artículo 183 del C. de P. C...". Y lo segundo, porque si la demandante en casación se duele porque no se tuvo en cuenta el testimonio de Gloria Ruiz, también ha debido impugnar el fallo por haber acogido las declaraciones que señalaron a la demandada como la autora exclusiva de la construcción, salvo la del tercer piso, y en las cuales el *ad quem* basó su decisión, sin que se pueda decir que, a tal propósito, este cargo resulta acumulable con el primero donde la sentencia es atacada bajo tal aspecto, en razón de que, como en su momento se vio, allí el ataque también se encuentra inadecuadamente planteado, sobre todo por haberle atribuido al sentenciador un error de derecho reñido con las más elementales reglas de su postulación.

2. En cuanto a los cargos tercero y cuarto, entre los cuales no se advierte ninguna diferencia, la Sala se permite observar que si bien es cierto que los peritos manifestaron lo que la impugnadora destaca, también lo es que a renglón seguido procedieron a avaluar por separado cada uno de los tres pisos integrantes de la construcción, habiendo sido los correspondientes guarismos los que el *ad quem* tuvo presente en orden a determinar el precio de las mejoras, sin que esto envuelva ninguna contradicción o insuficiencia en los términos del razonamiento, puesto que la autoría de la construcción en cabeza de la demandada la dedujo el juzgador de otras pruebas cuya apreciación no fue combatida en tales cargos.

3. Acerca del cargo quinto, cuando la recurrente alude al documento del folio 23 del cuaderno principal, se está refiriendo a la diligencia de inspección extrajudicial practicada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Itagüí al inmueble en litigio,

prueba acerca de la cual, aquí también el ataque se extravía porque, como se advirtió un poco antes, el *ad quem* le sustrajo todo valor demostrativo a esa inspección por estimarla contraria al artículo 183 del C. de P. C., lo que para la recurrente significaba que no era sobre el error de hecho, sino el de derecho que ha debido montar el cargo.

Por otro lado, hablar de la comisión de error de hecho en la apreciación de una serie de testimonios, sin individualizarlo y sin poner de presente qué es lo que dice cada uno de ellos y cómo los vio o los ha debido ver el Tribunal, estableciendo la evidencia del desacierto, es algo que, como sin esfuerzo se palpa, contraría las más elementales reglas de la técnica en el recurso de casación. A este propósito, y de modo similar a como se expuso en relación con el cargo primero, viene al caso reiterar la invariable jurisprudencia de la Corte, la cual ha dicho:

"...La actividad del recurrente cuando formula su ataque por defectos de apreciación probatoria, no puede limitarse a hacer un enfoque global de la prueba para concluir, con base en él, que la decisión del Tribunal, por ser diversa es errónea, puesto que la casación no es una tercera instancia abierta para que las partes ensayen un análisis más lógico o más completo y profundo de las pruebas, sino un remedio procesal contra los yerros fácticos protuberantes del sentenciador. Por lo mismo, cuando de esta acusación se trata, la labor del casacionista debe centrarse, dado el carácter formal y dispositivo del recurso, a indicarle a la Corte cuál o cuáles son los yerros cometidos en este campo por el juzgador y, luego de demostrarlos, cuál su incidencia en lo dispositivo del fallo, para que se abra el camino a una resolución de fondo sobre el ataque" (Cas. Civ. 12 de marzo de 1992, sin publ.).

Ninguno de los anteriores cargos, por consiguiente, está llamado a tener éxito.

Cargo sexto

1. En este cargo se le enrostra a la sentencia, por la vía directa, la transgresión del artículo 966 del C. C., en su inciso 3º.

2. Al fundamentarlo, la recurrente manifiesta que de no prosperar ninguno de los cargos precedentes, solicita el acogimiento del actual, para lo cual anota que el precepto mencionado establece una alternativa en favor del reivindicador condenado al pago de mejoras, por cuya virtud se le permite escoger entre dos sumas de dinero. En el caso *sub judice*, manifiesta, no se le dio aplicación a la norma citada, y, por el contrario, no sólo se impuso una condena, sino que se limitó el derecho a elegir que tenía respecto del pago de mejoras.

Pide, entonces, que se case la sentencia de segunda instancia, se revoque lo pertinente de la de primera instancia y, en su lugar, previa designación de peritos, se "señale las sumas correspondientes al valor de las mejoras y al mayor valor del bien para que el reivindicante pueda ejercer la opción del artículo 966 del Código Civil".

Se considera

1. El artículo 966 del C. C., en sus tres primeros incisos es del siguiente tenor:

"El poseedor de buena fe, vencido, tiene así mismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda.

"Solo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa.

"El reivindicador elegirá 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.

"...".

Es, entonces, de la más completa claridad que el derecho del cual es titular el poseedor y que consiste en que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, según el entendimiento que la jurisprudencia de esta Corporación le ha dado al precepto en razón de que no existe obligación propiamente tal de dar respuesta al escrito de apertura del proceso, ese derecho del poseedor, repítese, queda, de cierto modo, interferido por la elección que el inciso 3º del precepto le atribuye al reivindicador. Este, de conformidad con la norma, a efectos de cubrir el importe del crédito, puede optar entre:

a) El valor que tengan las obras constitutivas de las mejoras al tiempo de la restitución.

b) El mayor valor adquirido por la cosa por causa de las mejoras, también al tiempo de la restitución.

2. Ahora bien, para lo que al despacho del presente cargo interesa, aspecto de la mayor importancia es el que consiste en determinar cuál sea el momento tempestivo para que el reivindicador pueda escoger entre esas dos maneras de pagar las mejoras, cuestión esta que debe ser mirada a la luz de un obvio pero también ineludible presupuesto, cual es el de que al poseedor demandado se le reconozca el correspondiente derecho, lo que, dentro de un proceso reivindicatorio, no puede hacerse más que en la sentencia: Es allí donde, por razón de la prosperidad de la pretensión reivindicatoria, se hace indispensable proveer sobre las "prestaciones mutuas", lo que entre otras cosas entraña, por un lado, calificar la conducta del poseedor como de buena o mala fe, y por el otro, decir si ha probado el establecimiento de mejoras, al igual que la clase de éstas.

Aclarados todos estos puntos, surge la oportunidad para cuantificar el valor de esas mejoras, valor que, cuando son útiles, tienen que ser fijado con sujeción a los dictados del artículo 966, inciso 3º, o sea, tasándolo tanto por el valor de las obras en el tiempo que subsigue al de la sentencia y que es, justamente, el de la entrega, como por el mayor valor adquirido por la cosa a raíz de las mejoras incorporadas a ella, también al tiempo de la entrega.

Ello, por lo tanto, conduce a decir que la tasación de esas mejoras verificada con desconocimiento de las posibilidades que el mencionado precepto le brinda al reivindicante no se ajusta a los dictados de la norma y, en consecuencia, este puede impugnarla válidamente.

3. Mas como el anterior punto de vista representa que, en el plano procesal, la condena al pago de mejoras debe ser producida de una manera abstracta, se podría objetar que semejante entendimiento de la cuestión choca de frente con el texto del actual artículo 307 del C. de P. C., pues allí se dispone todo lo contrario.

Sin embargo, y aun cuando no se puede desconocer que en la aludida regla dícese que, entre otras la condena al pago de mejoras debe ser hecha en la sentencia por cantidad y valor determinados, tampoco se ha de perder de vistas que de conformidad con el artículo 339 ib. *dispónese lo siguiente:*

"...

"Si el valor de las mejoras no hubiere sido regulado en la sentencia se liquidará mediante incidente, el cual deberá promoverse dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de aquélla o del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, según fuere el caso.

"Vencido este término sin que se haya formulado la solicitud, se procederá a la entrega y se extinguirá el derecho al pago de las mejoras.

"...".

Entonces, cuando esta norma considera el supuesto consistente en que el valor de las mejoras no fuera regulado en concreto en la sentencia no quiere decir que tal caso pudo obedecer a un olvido del juez -idea inaceptable vistos los claros y tajantes términos en que se encuentra concebido el artículo 307 anterior-, sino que el legislador tuvo presente que existen hipótesis como la que en este caso se examina, en que, por fuerza de la naturaleza del derecho previsto en las normas de índole sustancial, no es posible darle en la sentencia una dimensión dineraria al crédito del que se viene hablando.

Lo anterior quiere decir que existe una neta correlación entre los artículos 966 del C. C. y 339 del C. de P. C., sin que, parejamente, surja oposición con el artículo 307 ib.

4. Asumiendo las cosas el cariz acabado de describir, se concluye que, conforme en el cargo se plantea, el Tribunal quebrantó el artículo 966 del C.C., en su inciso 3º, en tanto que allí se erige un derecho para el reivindicador de escoger, para el pago de las mejoras, entre las dos formas señaladas, por lo cual la sentencia debe ser casada en ese punto específico, manteniéndose incólumes las restantes determinaciones, incluida la que toca con el reconocimiento de mejoras en favor de la demandada, tal como fue hecha en las sentencias de primera y de segunda instancia, o sea, la construcción de los dos primeros pisos de la edificación y la mitad del tercero. Al quedar por fuera del alcance de la casación tales determinaciones, serán reproducidas por la Sala con arreglo a los propios términos de los que el ad quem se valió para confirmar la decisión del a quo, de la cual, obviamente, se revocará lo que tiene que ver con la fijación del valor de las mejoras.

DECISION

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del presente recurso, y, en su lugar,

RESUELVE:

"1) *Confírmase* la providencia objeto de apelación, relacionada al comienzo, en cuanto declara la restitución, mediante reivindicación del inmueble y su edificación relacionado en los numerales A) y B) de la resolutiva.

Revócase la misma providencia en tanto que señala un valor de $21.050.000.00 a las mejoras reconocidas en favor de la demandada. En su reemplazo, *Se dispone* que las mismas sean tasadas con sujeción a lo previsto en el inciso 2º del artículo 339 del C. de P. C., en armonía con el inciso tercero del artículo 966 del C. C.

"II) *Revócase* el ordinal C) de la misma sentencia en cuanto omite la condenación en costas a la reconveniente; en su lugar la condena en costas en ambas instancias". (sic.).

"III) *Revócase* el numeral D) en cuanto condena en un 50% de las costas a la demandada en la principal, y en su lugar dispone la condenación de las costas en un (100%) ciento por ciento".

Sin costas en el recurso de casación.

Notifíquese.

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

SENTENCIA SUSTITUTIVA / CAPACIDAD PARA SER PARTE / HEREDERO - Calidad / SENTENCIA INHIBITORIA

La capacidad para ser parte viene a ser cualidad (aptitud) que tenga la persona para ser titular (sujeto) de la relación jurídico-procesal, para concluir, con base en ello, que a la misma se le cataloga como un presupuesto procesal, o sea, como una condición para que el juzgador pueda proferir una decisión de mérito. Cuando a esa regla general de la capacidad que tiene toda persona para comparecer a juicio, se le agrega la invocación adicional de la calidad de heredero, pues en un evento tal el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte requiere, a efectos de que quede cabalmente perfilado, de la prueba de la condición agregada. En el presente caso, nada se logró en cambio con la relación a la prueba que demostrara la condición de herederos en los padres del causante y que habría de consistir en la copia de las providencias judiciales que les hubiese reconocido como herederos de aquél, o en los registros civiles de nacimiento del de *cujus* junto con el de matrimonio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

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

Referencia: Expediente número 3027.

Profiere la Corte sentencia sustitutiva de la de segunda instancia dentro del proceso ordinario seguido por Rosa Stella Moncada Zapata, en representación de su hija Catalina Moncada, en frente de Jaime Pareja, Alicia Vélez y personas indeterminadas, citados todos en su calidad de herederos de Jaime Pareja Vélez.

ANTECEDENTES

1. En escrito introductorio que correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil de Circuito de Itagüí, la actora formuló las siguientes pretensiones:

"1. Que el señor Gabriel Jaime Pareja Vélez es padre natural de la menor Catalina Moncada, nacida en la ciudad de Medellín, el día 24 de abril de 1985, de las relaciones habidas con la señora Rosa Stella Moncada Zapata.

"2. Que se ordene el registro de esta decisión, ante las autoridades respectivas".

2. La causa petendi quedó fundamentada en los hechos que a continuación se sintetizan:

a) Rosa Stella Moncada Zapata y Gabriel Jaime Vélez iniciaron relaciones sentimentales en el año de 1978, las que a partir de 1980 se tornaron en íntimas y perduraron así hasta el óbito de aquél ocurrido el 3 de junio de 1985.

b) Esas relaciones sexuales fueron continuas y estables y de su existencia se enteraron todos los amigos personales y comunes de la pareja.

c) Como fruto de esa relación íntima, la pareja Moncada-Pareja procreó a Catalina Moncada, haciendo pública la condición de padre de ésta, el señor Gabriel Jaime Pareja.

d) A raíz de su embarazo, Rosa Stella tuvo problemas con sus progenitores por lo que abandonó el hogar paterno, para residir en un apartamento que costeó Gabriel Jaime y a donde aquél acudía regularmente.

Con posterioridad al nacimiento de la menor demandante, Gabriel Jaime sufragó los costos de parto y de hospitalización.

e) En virtud de la muerte "súbita" de Pareja, la menor no alcanzó a ser reconocida.

f) "El señor Gabriel Jaime Pareja Vélez era soltero y por lo tanto sus herederos conocidos son sus padres legítimos".

Con la demanda se allegó registro civil de nacimiento de Catalina Moncada, donde consta que nació en Medellín el 24 de abril de 1985, y el de defunción de Gabriel Jaime Pareja Vélez ocurrido, como se dijo, el 3 de junio de 1985.

Notificados los demandados y el curador *ad litem* de los herederos indeterminados del auto admisorio de la demanda así como prendada, la respondieron diciendo no constarles los hechos en ella expuestos; se opusieron, además, los demandados determinados, a las pretensiones planteadas y agregaron que a Gabriel Jaime Pareja no se le conoció compañera alguna, siendo su único domicilio la residencia que compartía con sus padres.

Cumplidas las ritualidades propias de la primera instancia, el Juzgado, a vuelta de desestimar las excepciones de fondo propuestas por el curador *ad litem*, acogió las súplicas formuladas por la parte actora en fallo impugnado en apelación por la parte demandada.

Para tomar la decisión sustitutiva de la segunda instancia, la Sala se apoya en las siguientes

CONSIDERACIONES

En la sentencia de casación, que quebró el fallo proferido por el Tribunal, la Corte tuvo oportunidad de puntualizar lo relacionado con la ausencia del requisito procesal de la capacidad para ser parte, trazando en primer término sus lineamientos generales, para luego concretarlos al evento aquí planteado, relacionado con la convocatoria que en su calidad de herederos se hizo a los demandados.

Dijo entonces la Sala, que la capacidad para ser parte "viene a ser la cualidad (aptitud) que tenga la persona para ser titular (sujeto) de la relación jurídico-procesal", para concluir, con base en ello, que: "a la misma se le cataloga como un presupuesto procesal, o sea, como una condición para que el juzgador pueda proferir una decisión de mérito. De hecho, si la sentencia, por su propia esencia, hállase orientada a definir y regular una cierta relación jurídica de índole sustancial entre quienes aparecen como partes (sujetos) del proceso en el que ella se emite, desde el punto de vista jurídico absolutamente incomprensible sería que al juez, no obstante la constatación de la ausencia de la capacidad para ser parte del proceso, le fuera dable calificar de mérito la cuestión debatida, pues si se tiene advertido que falta este presupuesto, no sería posible decir que el sujeto cuya existencia procesal no ha quedado fijada, sí lo puede ser, en cambio, de la relación sustancial materia del pronunciamiento jurisdiccional, entre otras razones, porque la capacidad para ser parte debe aparecer o ser verificable en todos los supuestos en que esté de por medio una relación jurídica, la cual no puede configurarse más que entre sujetos, es decir, entre términos a los cuales el Derecho dota de aptitud o de capacidad para desempeñarse como tales".

Se refirió luego al matiz especial que la cuestión suscita cuando a esa regla general de la capacidad que tiene toda persona para comparecer a juicio, se le agrega la invocación adicional de la calidad de heredero, "pues en un evento tal el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte requiere, a efectos de que quede cabalmente perfilado, de la prueba de la condición agregada".

Fue entonces, precisamente, con base en ello, y por no encontrarse la referida prueba en el proceso, que se concedió un nuevo término probatorio, decretado de oficio, tendiente a acreditar esa calidad de herederos en los demandados. Sin embargo, ni la parte demandante, ni los demandados cumplieron con la carga procesal de tal forma impuesta.

En esas condiciones, en el proceso se probó únicamente, mediante el aporte de los respectivos registros civiles, el nacimiento de la menor demandante y el fallecimiento del pretenso padre. Nada se logró en cambio con relación a la prueba que demostrara la condición de herederos en los padres del causante y que habría de consistir en la copia de las providencias judiciales que los hubiera reconocido como herederos de aquél, o en los registros civiles de nacimiento del de *cujus* junto con el de matrimonio de los demandados.

En frente de tal omisión probatoria, la Corte tropieza con la imposibilidad de poder estudiar de fondo el asunto debatido, del cual conoce en sede de instancia, toda vez que a pesar de haberse acudido a los remedios legalmente previstos para encontrar el perfil adecuado del presupuesto procesal de la capacidad para ser parte en los demandados, finalmente no obtuvo la prueba que acreditara en forma alguna la calidad por la cual aquéllos fueron convocados al proceso.

Así pues, y como preámbulo a la decisión inhibitoria que habrá de adoptarse, la Corte reitera lo que con relación al tema tiene dicho desde vieja data:

"A partir del fallo de 21 de junio de 1959 (G. J. XCI) la Corte, acogiendo en este punto la tesis expuesta por Enrico Redenti, viene enseñando insistentemente que quien

actúa apoyado en su calidad de heredero, no obra en nombre propio, ni lo hace en representación de otra persona, puesto que la sucesión no es sujeto de derechos y de obligaciones, por carecer de personalidad jurídica; quien así actúa, obra autónoma y exclusivamente en virtud de la calidad de heredero de que está envestido. Ello demuestra que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal de la capacidad para ser parte, la cual se ofrece cuando se obra en nombre propio o en representación de otra persona, sino en ejercicio de un cargo o de una calidad como la de heredero... desde la sentencia citada, invariablemente la Corte ha sostenido que las cuestiones atinentes a la demostración de su calidad de heredero en quien dice obrar como tal, 'pertenecen al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso, y no a una de las condiciones de la acción civil, como se había venido sosteniendo por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal y no de sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material' (Cas. Civ. 21 de mayo de 1971, G. J., t. CXXXVIII, pág. 356)".

En conclusión, la Corte revocará la sentencia proferida por el *a quo*, para, en su lugar, inhibirse de fallar y condenar en costas a la parte demandante.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sede de instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí, en el proceso seguido por Rosa Stella Moncada Zapata, en nombre de la menor Catalina Moncada, en frente de Jaime Pareja, Alicia Vélez y personas indeterminadas, para, en su lugar, *inhibirse* de fallar sobre la controversia planteada.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante.

Notifíquese.

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

Competencia Territorial / Fuero Contractual / Fuero Concurrente

Si se consideran las reglas de distribución de la jurisdicción por razón del territorio -factor territorial de competencia-, como una garantía que el Estado brinda a los asociados para facilitarles el ejercicio de sus derechos procesales, el artículo 23 numeral 5 del C. de P. C. encuentra plena justificación en que debido al poder vinculante del contrato, el cual se asimila al de la propia ley, bien pueden las partes determinar el lugar de cumplimiento de las prestaciones adeudadas, sometiendo de tal manera su libertad al designio del convenio, o en su defecto a las disposiciones supletorias que contienen las normas positivas. En el asunto *sub judice* se observa que el ejecutante aporta un documento que contiene las cláusulas de un contrato de mutuo celebrado entre las partes y en virtud del cual las demandadas se comprometieron a pagar en esta ciudad las sumas adeudadas que ahora el actor reclama. Luego resulta plenamente aplicable el foro concurrente del que se ha hablado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de diciembre de 1993.

Referencia: Expediente número 3908.

Decide la Corte el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Trece Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Suacha dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario adelantado por el Banco Central Hipotecario frente a Anaís Hortensia y Aída Cecilia Lozano Valbuena.

ANTECEDENTES

Correspondió al Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad aprehender conocimiento de la demanda ejecutiva hipotecaria por medio de la cual el acreedor depreció, frente a las deudoras y propietarias del inmueble gravado en garantía, la venta en pública subasta del mismo y el consecuente pago de la cantidad equivalente en moneda liberatoria a 937.8722 Upacs.

Si bien mencionó en el libelo incoativo que las demandadas recibían notificaciones en la Carrera 4A Este número 13-44 Bloque A-9 Sector A, apartamento 101 del conjunto

residencial San Carlos, lo cierto es que atribuyó la competencia para conocer del asunto al Juez del Circuito de Santafé de Bogotá "...por el lugar pactado para el cumplimiento de la obligación (C. de P. C., artículo 23 numeral 5) y por ser la parte demandante sociedad de economía mixta...", además de que estimó la cuantía en más de $743.500, dijo en la misma demanda que el domicilio de las demandadas era esta ciudad capital.

Una vez admitida la demanda y practicadas las medidas cautelares solicitadas por el actor, se ordenó la notificación de las demandadas, para cuyo efecto se ordenó librar despacho comisorio al Municipio de Soacha, localidad en la cual se dijo que podían ser notificadas.

Cuando regresó el comisorio advirtió el Juzgado de conocimiento que no tenía competencia para conocer del litigio puesto que, tratándose de la ejecución para el cobro de "un título valor", dijo la Corte en "sentencia" de octubre 9 de 1992, el Juez competente es el del domicilio del deudor. Por tal razón dispuso la remisión del expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha, despacho éste que se abstuvo de asumir el conocimiento del mismo porque el artículo 23 numeral 5 del C. de P. C., faculta al demandante para demandar también en el lugar de cumplimiento del contrato, como sucedió en este evento.

Una vez realizada la elección por el actor, agrega, se radica en forma definitiva la competencia "...sin que sea posible posteriormente acudir a otro juez que inicialmente también hubiera podido conocer". (Sic). En esos términos planteado el conflicto dispuso el envío del expediente a esta Corporación a la que estimó competente para dirimirlo por suscitarse entre dos juzgados de distintos distritos judiciales.

CONSIDERACIONES

Dispone el artículo 23 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil que "...de los procesos a que diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado...". Se trata pues, de la consagración del foro por cuya virtud se faculta al actor para elegir entre el juez del lugar de cumplimiento del contrato y el del domicilio del demandado, cuando el proceso halla su génesis en una relación contractual.

Si se consideran las reglas de distribución de la jurisdicción por razón del territorio -factor territorial de competencia-, como una garantía que el Estado brinda a los asociados para facilitarles el ejercicio de sus derechos procesales, el precepto que se comenta encuentra plena justificación en que debido al poder vinculante del contrato, el cual se asimila al de la propia ley, bien pueden las partes determinar el lugar de cumplimiento de las prestaciones adeudadas, sometiendo de tal manera su libertad al designio del convenio, o en su defecto a las disposiciones supletorias que contienen las normas positivas.

Vale decir, los contratantes que adoptan un determinado lugar para el cumplimiento de las prestaciones propias del convenio, permiten, con ello, que se les dé aplicación, en su momento, a las normas procesales que en el punto reglamentan la competencia en los términos ya indicados.

En el asunto *sub judice* se observa que el ejecutante aporta un documento que contiene las cláusulas de un contrato de mutuo celebrado entre las partes y en virtud del cual las demandadas se comprometieron a pagar en esta ciudad las sumas adeudadas que ahora el actor reclama. Luego resulta plenamente aplicable el foro concurrente del que se ha hablado.

Debido a una equivocada apreciación de la realidad objetiva del susodicho documento y de la demanda, entendió el Juez 13 Civil del Circuito que se demandaba con base en un pagaré, caso en el cual, según lo ha entendido la Corte, el ejercicio de la acción cambiaria originada en el título valor no admite el foro concurrente que se comenta. Sin embargo, se insiste, el título que se aportó no es de ninguna manera un pagaré, ni en la demanda se anuncia como tal, sino simplemente la prueba de un contrato de mutuo celebrado entre las partes, razón por la cual goza el demandante de la facultad de elegir dónde demandar.

De otro lado, no se entiende la razón por la cual el mencionado funcionario hubiese ordenado la remisión del expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha si, de todas formas, el actor afirmó en el libelo introductorio que el domicilio de las demandadas era esta ciudad capital y no aquélla. Parece que confunde el domicilio de las partes con el lugar donde éstas reciben notificaciones, conceptos que son absolutamente distintos.

En consecuencia, se infiere que es competente para seguir conociendo de este asunto el Juez 13 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

DECISION

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

RESUELVE:

Es el Juzgado 13 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá el competente para seguir conociendo del proceso ejecutivo con título hipotecario adelantado por el Banco Central Hipotecario frente a Anaís Hortensia y Aída Cecilia Lozano Valbuena.

Envíesele la actuación y ofíciese al Juzgado Promiscuo de Soacha informándole esta decisión.

Notifíquese.

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

NULIDAD PROCESAL / PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD / ANALOGÍA

Todo el régimen de las nulidades procesales, siguiendo en el punto el principio de la especificidad, según el cual sólo tiene el carácter de nulidad adjetiva el vicio que expresamente señala la ley como tal. De ahí que la jurisprudencia venga afirmando que por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora se trate de las generales para todo proceso o ya de las especiales para algunos de ellos, son pues limitativas y por consiguiente no es posible extenderlas a informalidades diversas.

NULIDAD PROCESAL / TRÁMITE INADECUADO

Solo se estructura cuando ciertamente a la pretensión se le da un trámite diferente del indicado por la ley, como cuando debiéndose imprimir el rito del proceso ordinario se le da el del especial, o también cuando ocurre lo contrario. Empero, respecto de esta última hipótesis se debe tener en cuenta que es posible su saneamiento, al establecer la actual legislación procedimental que la nulidad se considerará saneada, "cuando un asunto que debía tramitarse por el proceso especial se tramitó por el ordinario, y no se produjo la correspondiente adecuación del trámite en la oportunidad debida".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de diciembre de 1993.

Referencia: Expediente número 3908.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por Carmen Ligia Guzmán contra la sentencia de 2 de febrero de 1989, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Santos Darío Sánchez Guarín contra la recurrente y Nelly Rojas de Lacroix.

ANTECEDENTES

I. Por demanda de 6 de febrero de 1984, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, solicitó el mencionado

demandante que con audiencia de las referidas demandadas, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

"*Primera.* Que pertenece en pleno dominio y posesión al demandante Santos Darío Sánchez Guarín, por haberlo adquirido con justo título y buena fe, el inmueble cuya ubicación, cabida y linderos se expresan en el hecho primero de esta demanda.

"*Segunda.* Que, como consecuencia de la declaración anterior, las demandadas Carmen Ligia Guzmán R. y Nelly Rojas de Lacroix deben restituir, inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia, el inmueble referido en el punto anterior, junto con todas sus mejoras, anexidades, dependencias, instalaciones y servicios, sin reserva alguna.

"*Tercera.* Que las mismas demandadas Carmen Ligia Guzmán Roldán y Nelly Rojas de Lacroix deben restituir al demandante Santos Darío Sánchez G., los frutos naturales y civiles percibidos del inmueble referido, desde cuando entraron en posesión de él, o en su defecto, desde la notificación de esta demanda, y hasta cuando se verifique la restitución, y no sólo los percibidos sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido el bien en su poder, según tasación hecha por peritos.

"*Cuarta.* Que las demandadas deben pagar las costas de este proceso".

II. El demandante apoyó sus pretensiones en los hechos que a continuación se compendian:

a) El demandante Santos Darío Sánchez G. es dueño del bien raíz descrito en el hecho primero de la demanda, por haberlo adquirido de Benjamín Poveda Reina, según Escritura Pública número 584 de 31 de agosto de 1979, de la Notaría Unica del Círculo de Acacías, registrada el 9 de octubre del mismo año en el folio de matrícula inmobiliaria número 050-0252061.

b) El vendedor y tradente Poveda Reina a su vez había adquirido el bien raíz de María del Carmen Vaca de Novoa mediante Escritura Pública número 247 de 11 de mayo de 1979, también de la Notaría Unica del Círculo de Acacías y, ésta lo había adquirido de Inés Castro Castro, por Escritura Pública número 2528 de 27 de abril de 1971 de la Notaría Sexta del Círculo de Santafé de Bogotá.

c) El registro del acto escriturario mediante el cual adquirió el demandante "se encuentra vigente aún, como se demuestra con el certificado de tradición" que se adjunta a la demanda.

d) La entrega material del bien inmueble que aquí se persigue se hizo por el vendedor Poveda Reina al comprador demandante, encontrándose el bien raíz en poder de terceros, "quienes lo ocupaban como arrendatarios del tradente", y agrega el demandante que la "tenencia material del inmueble objeto de esta reivindicación ha estado últimamente y lo está en este momento en poder de la demandada Carmen Ligia Guzmán R., quien tácitamente ha reconocido a mi poderdante como a su arrendador, a quien le paga la suma de $13.000.00 moneda corriente mensuales como precio del arrendamiento, según giros bancarios hechos por ella a la ciudad de Villavicencio, a favor del demandante Santos Darío Sánchez, hasta febrero 1º de 1983".

e) Con motivo de no existir por escrito contrato de arrendamiento entre el demandante y la demandada Carmen Ligia Guzmán, el primero pidió como prueba anticipada que la segunda rindiera interrogatorio de parte el 10 de febrero de 1982, y al efecto la interrogada "negó rotundamente ser arrendataria de don Santos Darío Sánchez, pero confesó inequívocamente lo siguiente: ...a) Que sí está ocupando personalmente el inmueble objeto de esta reivindicación pero "...en calidad como posesionada..." porque así se lo dejó la también demandada Nelly Rojas de Lacroix, mientras ésta viajaba al exterior; y, b) que sí hace giros bancarios por valor de $13.000.00 mensuales a favor de Santos Darío Sánchez, a la ciudad de Villavicencio, pero por orden de la demandada Nelly Rojas de Lacroix".

f) Que el demandante no conoce a la demandada Nelly Rojas, ni le ha arrendado a ésta propiedad inmueble alguna. Por consiguiente, la demandada Carmen Ligia Guzmán niega su calidad de arrendataria del demandante, "para asumir la actitud de poseedora del inmueble en nombre de la demandada Nelly Rojas de Lacroix" o sea que la demandada Carmen Ligia Guzmán "se niega a reconocer al demandante como arrendador y como propietario del inmueble especificado en esta demanda, y se niega a restituirlo a su legítimo dueño".

III. Enteradas las demandadas de las pretensiones del demandante, aconteció que en lo que toca con Nelly Rojas de Lacroix, quien estuvo asistida de curador *ad litem*, éste declinó responder la demanda. Y en lo que tiene que ver con la otra demandada, ésta respondió en el sentido de oponerse a las súplicas de la demanda, de atenerse a lo que se pruebe en la mayoría de los hechos y de infirmar otros para sostener que ella es poseedora y no arrendataria, para culminar con la formulación de excepciones que denominó de "inexistencia de contrato" y derecho de posesión.

IV. En escrito separado la demandada Carmen Ligia Guzmán Roldán formuló demanda de reconvención, en procura de que con audiencia de su demandado reconvenido Santos Darío Sánchez Guarín se le reconociera el derecho y pago de su posesión y de las mejoras introducidas en el inmueble, fundada en que el bien raíz lo tiene en la calidad de poseedora de buena fe desde el día 15 de enero de 1978, derivada su posesión de Nelly Rojas de Lacroix; que los actos posesorios han consistido en el pago de servicios y en la realización de mejoras, que se encuentran relacionadas en las súplicas de la demanda. Que su posesión no ha sido perturbada.

V. El contrademandado Santos Darío Sánchez Guarín replicó la demanda de mutua petición en el sentido de oponerse a las súplicas y de negar los hechos de la misma.

VI. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 24 de junio de 1987, mediante la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda principal, se negaron las excepciones propuestas, se negaron las súplicas de la demanda de reconvención, se negó el derecho de retención y se hizo la consiguiente condena en costas.

VIII. Inconforme la demandada Carmen Ligia Guzmán Roldán con lo así decidido, interpuso el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 2 de febrero de 1989, confirmatorio del proferido por el *a quo*, contra el que la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, que por estar tramitado procede la Corte a decidirlo.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Referidos por el Tribunal los antecedentes del litigio, y dando por establecidos los presupuestos procesales, se ocupa a continuación de indicar los elementos estructurales para el buen suceso de la acción reivindicatoria, los que encuentra demostrados así: a) La propiedad en el demandante, con la copia auténtica de la Escritura Pública número 584 de 31 de agosto de 1979, de la Notaría del Círculo de Acacías y el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Santafé de Bogotá; b) los restantes elementos, "con la doble confesión vertida al replicar el libelo como al presentar la demanda de reconvención, como que en estos escritos se confiesa la posesión (artículo 197 del C. de P. Civil) y la identidad plena del inmueble, extremo este corroborado con la diligencia de inspección judicial y el dictamen pericial; por último, existe contra la demandada Nelly Rojas el indicio derivado de su conducta procesal, pues pese a haber sido legalmente emplazada, no compareció personalmente al proceso (artículo 249 *ibidem*)".

Pasa luego el Tribunal a ocuparse de la demanda de reconvención, respecto de la cual expresa que al no alegarse en ella por la reconviniente la posesión ordinaria, y para enervar la pretensión principal reivindicatoria sólo podía invocar la usucapión extraordinaria, esta no se estableció. Y en lo que tiene que ver con las mejoras pedidas, si bien se debe resolver por el Juzgador sobre este punto en las prestaciones mutuas, deben acreditarse su realización y que quien las efectuó es el reclamante, aspectos éstos no demostrados, máxime que no se observaron en la inspección judicial, lo que corroboraron los peritos en su respectivo dictamen.

Finalmente sostiene el *ad quem* que no se observa irregularidad en la práctica de inspección judicial que en asocio de peritos se practicó, pues lo cierto es que la atribución del *a quo* de nombrar a éstos al iniciar aquélla se encuentra respaldada en la ley (artículo 9º del C. de P. C.), por lo que la no asistencia de la parte reconviniente, es un hecho imputable a la misma parte.

LA IMPUGNACION

Aunque la recurrente, en la correspondiente demanda de casación formuló dos cargos contra la sentencia del Tribunal, sólo se admitió uno de ellos, al cual se contrae la Corte, el que viene fundado en la causal quinta de casación, el cual lo hace consistir en que "en este proceso se incurrió en la causal de nulidad consagrada en numeral 4º artículo 152 C. P. C. en lo que respecta a la inspección judicial".

En el desarrollo el cargo, todo lo que afirma es lo siguiente:

"Al folio 63 se pasó un memorial con el fin de que se suspendiera (sic) la diligencia de inspección judicial, vemos que la parte demandada no concurrió a la diligencia y por lo tanto no se le dio oportunidad a Ligia Guzmán de acreditar las mejoras y vemos que el señor juez practicó esta diligencia sin los peritos designados.

"Al no habérsele dado oportunidad a la demandada Carmen Ligia Guzmán de acreditar sus mejoras en estas diligencias, dicha diligencia es nula por desconocer el derecho de defensa y de igualdad de las partes dentro del proceso, nulidad contemplada en la norma ya citada".

SE CONSIDERA

1. La actual legislación procedimental civil se dio a la tarea de reglamentar, de manera clara y concreta, todo el régimen de las nulidades procesales, siguiendo en el punto el principio de la especificidad, según el cual sólo tiene el carácter de nulidad adjetiva el vicio que expresamente señala la ley como tal. De ahí que la jurisprudencia venga afirmando que por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, "los motivos de nulidad, ora se trate de las generales para todo proceso o ya de las especiales para algunos de ellos, son pues limitativas y por consiguiente no es posible extenderlas a informalidades diversas" (Cas. C. de 23 de noviembre de 1972, T. CXLIII, 254). Porque toda irregularidad del proceso, diferente a las señaladas como motivos de nulidad, se tendrán por subsanadas sino se impugna oportunamente por los recursos que establece la ley procesal (artículo 140 del C. de P. C.)

2. Dentro de las causales de nulidades procesales, se encuentra erigida como tal, cuando a la demanda con que se inicia el proceso se le da un trámite diferente del que legalmente le corresponde (artículo 140 del C. de P. C.), causal ésta respecto de la cual sólo se estructura cuando ciertamente a la pretensión se le da un trámite diferente del indicado por la ley, como cuando debiéndosele imprimir el rito del proceso ordinario se le da el del especial, o también cuando ocurre lo contrario. Empero, respecto de esta última hipótesis se debe tener en cuenta que es posible su saneamiento, al establecer la actual legislación procedimental que la nulidad se considerará saneada, "cuando un asunto que debía tramitarse por el proceso especial se tramitó por el ordinario, y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la oportunidad debida" (artículo 144 número 6 del C. de P. C.). De suerte que no es cualquier irregularidad en la sustanciación de un proceso lo que estructura la causal de nulidad, sino uno de la entidad y gravedad del señalado por la misma ley.

3. Ahora bien, al confrontar las reflexiones sentadas con los motivos alegados por la parte recurrente en casación, fácilmente se advierte que lo alegado por ésta no configura la causal de nulidad por trámite diferente. Por tanto, siendo así las cosas, el cargo no se abre paso.

RESOLUCION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este proceso 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, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Congruencia

Adolecen del vicio de incongruencia aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos. / Cuando se trata de incongruencia negativa, para que proceda el cargo la omisión del tribunal de decidir sobre un extremo de la litis debe ser real, producto de olvido o inadvertencia, y no que haya sido resuelto en forma adversa, caso en el cual no puede ser atacada tal resolución con base en la causal segunda puesto que de todas formas implicó un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podía ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. / Es vano el cargo por inconsonancia cuando la sentencia no es acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, si quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica la inconsonancia.

Enriquecimiento Cambiario / Enriquecimiento sin Causa

La acción de enriquecimiento cambiario tiene un fundamento inconfundible que lejos de reducirse a una degradación procesal de las acciones cambiarias de suyo incomprensible, acaba por identificarse en últimas con el que le sirve de soporte a la acción común por enriquecimiento sin causa a expensas de otro. / Siendo la acción de enriquecimiento cambiario una aplicación típica de la doctrina general que prohíbe enriquecerse sin justificación a expensas de otro; visto como queda así mismo que a los fenómenos en los que suele ponerse de manifiesto el riguroso formulismo característico de los títulos valores y de los que es ejemplo el régimen de prescripción y de caducidad a que están sometidas los recursos de cobro que de dichos documentos emergen, se les priva por el ordenamiento del carácter de justas causas para consolidar desplazamientos patrimoniales no obstante que en su producción haya podido jugar papel de alguna importancia la culpa o la voluntad de la víctima. Elementos, requisitos de su ejercicio exitoso y efectos que en términos económicos le son inherentes a la acción de enriquecimiento cambiario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., 6 de diciembre de 1993.

Referencia: Expediente número 4064.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha quince (15) de junio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por el Banco Cafetero contra Lorenzo Pascua García.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el 19 de julio de 1989 por el Banco Cafetero a través de apoderado constituido para el efecto, cuyo conocimiento por reparto correspondió al Juzgado Catorce Civil del Circuito de esta capital, se entabló demanda ordinaria contra Lorenzo Pascua García, para que con su citación y audiencia se declare que se ha enriquecido injustamente a costa del actor por no haber pagado oportunamente el pagaré contenido en la hoja de seguridad número KK-00698193, por valor de ochenta y nueve millones setecientos doce mil cuatrocientos ochenta pesos con cuarenta y siete centavos ($89.712.480.47); como consecuencia de lo anterior y del empobrecimiento correlativo de la entidad demandante, pide se declare que el demandado está en la obligación de pagar al acreedor las sumas incorporadas en el referido pagaré; los intereses estipulados en el mismo a la tasa del 36% anual desde el día de la creación del título hasta el día en que se efectúe el pago final de la obligación, y también se le imponga al demandado la obligación de pagar las costas procesales.

Fundamenta el actor su pretensión en que Lorenzo Pascua García y la sociedad Consorcio de Maquinaria S.A., el 19 de julio de 1984 suscribieron el pagaré contenido en la hoja de seguridad número KK 00698193 declarándose deudores del Banco Cafetero por la suma de ochenta y nueve millones setecientos doce mil cuatrocientos ochenta pesos con cuarenta y siete centavos ($89.712.480.47), obligándose a pagar en caso de mora intereses a la tasa del 36%, suma que a la fecha de la presentación de la demanda no había pagado el demandado o la sociedad suscriptora, encontrándose extinguida por prescripción la acción cambiaria directa emanada de aquel título en favor de su legítimo tenedor que lo es el banco demandante.

2. Notificado el auto admisorio, el demandado dio oportuna respuesta a las pretensiones deducidas, oponiéndose a su reconocimiento y proponiendo como defensas la falta de cumplimiento del Banco Cafetero de sus compromisos adquiridos y la que denominó "petición de modo indebido".

3. Planteada la cuestión litigiosa en los extremos que se dejan resumidos y tramitada la primera instancia con la práctica de pruebas solicitadas por ambas partes, a ella se le puso fin con la sentencia del tres (3) de mayo de 1991, por la cual el juzgado del conocimiento negó las pretensiones de la demanda y condenó al Banco Cafetero a pagar las costas del proceso.

4. Inconforme con lo así resuelto, el actor interpuso recurso de apelación que se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá y fue resuelto mediante providencia del quince (15) de junio de 1992 por la cual se revocó la sentencia de primer grado y, en su lugar, se condenó al demandado a pagar al Banco Cafetero la

suma de ochenta y nueve millones setecientos doce mil ochenta pesos con cuarenta y siete centavos ($89.712.080.47) más los intereses pactados por las partes, imponiéndole a la parte demandada la obligación de pagar las costas causadas en ambas instancias, decisión ésta última de mayoría pues uno de los integrantes de la respectiva Sala dejó a salvo su voto.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

1. Entrando directamente en el estudio de la decisión apelada por la parte actora y suponiendo desde luego que se encuentran satisfechos los presupuestos procesales indispensables para que pueda haber pronunciamiento de mérito, advierte el tribunal que el juzgador de primera instancia "...no acertó en el planteamiento del problema...", ello debido a que el artículo 2512 del Código Civil, al definir la prescripción, no requiere de la existencia de una sentencia judicial que reconozca sus efectos liberatorios "...como resultado de la excepción propuesta por el deudor demandado en el proceso ejecutivo...". Por el contrario y según la descripción que de la figura hace dicho precepto, "...la prescripción extintiva opera por el abandono de las acciones por un tiempo determinado..." y así lo corrobora el texto del artículo 2535 del Código Civil al tenor del cual "...solamente..." son dos los elementos de la prescripción extintiva de las acciones y derechos, el mero transcurso del tiempo señalado por la ley y la inacción del acreedor, de donde se infiere, dice la corporación, que por desconocer estos preceptos la providencia recurrida debe revocarse y en su lugar emprender el estudio "...de las demás condiciones de la acción por enriquecimiento sin causa...".

2. Esa tarea la inicia remontándose a los artículos 831 y 882 del Código de Comercio para hacer ver que en cuanto a este último concierne y a diferencia de lo que acontece en el ámbito civil respecto de las obligaciones extinguidas por prescripción "que sólo sobreviven en el limbo de las obligaciones naturales..." de conformidad con el numeral 2 del artículo 1527 del Código Civil, en materia de títulos valores afectados por la caducidad o por la prescripción "...las obligaciones que de ellos dimanan conservan su fuerza constrictiva...", es decir que estos instrumentos, no obstante incidir sobre ellos la prescripción y por imperativo del referido precepto mercantil, "... están dotados de acción para demandar su cumplimiento...". Esto obedece, explica el tribunal, a que el artículo 882 del Código de Comercio contiene, en la que es su hipótesis normativa pertinente, una verdadera transmutación de la acción que le asiste al tenedor de un título valor prescrito, habida cuenta que en este evento "...la acción cambiaria sufre una metamorfosis para convertirse en *actio in rem verso*" y de ahí, entonces, que sea necesario puntualizar los rasgos que de la primera sucumben para "...así precisar los particulares perfiles de la acción de enriquecimiento sin causa...".

Y situado el razonamiento en este punto concreto, luego de dedicarle al tema algunas apreciaciones en extremo confusas acerca de la manera apropiada de demostrar un enriquecimiento para los propósitos que vienen examinándose, afirma la sala sentenciadora que al actor, para alcanzar éxito en su pretensión, le basta aportar el título valor en tanto constituye un documento apto de suyo en orden a probar la lesión patrimonial sufrida, pues en gracia de esta fuerza evidenciadora del instrumento, "...el antiguo acreedor cambiario traslada la carga de la prueba al demandado a quien corresponderá controvertir para hacer decaer (sic) las declaraciones que el título valor contiene..."; residen, pues, en el título valor especiales atributos para soportar por sí solo

el derecho a la restitución ejercitado por quien entabla la acción de enriquecimiento, toda vez que a este último, según el criterio del tribunal, no se le exige reconstruir todo el itinerario negocial para descubrir el momento y el grado del desbalance patrimonial pues tal desequilibrio se generó como lo dice la ley en el momento mismo en que operó la prescripción pues allí fue cuando la obligación originaria se extinguió y a su vez periclitó la acción cambiaria...". Luego es a la parte demandada a la que le corresponde el peso de "...remontarse al negocio genitivo de la emisión" si su intención es la de desvirtuar la "...declaración que subyace en el título valor...", cosa que por lo demás en el caso presente no sucedió y en consecuencia la demanda debe prosperar.

En síntesis, apoyándose en el concepto teórico de la transformación de las acciones que en superficial esbozo la misma providencia propone, y dando por sentado igualmente que lo implanta como regla positiva de derecho sustancial el inciso último del artículo 882 del Código de Comercio, el fallo impugnado tiene su espina dorsal en los siguientes párrafos que, en procura de reconstruir con absoluta fidelidad el pensamiento del juzgador *ad quem*, son en realidad muy elocuentes: "...Afirma la Sala -a modo de corolario después de haber repetido varias veces lo mismo- que en la emisión de un título valor a la par que el creador está asumiendo una obligación cambiaria, está creando un documento provisto de autenticidad cuya infirmación en cuanto a contenidos (sic) compete al deudor demandado, ya sea como réplica a la acción cambiaria o como reenazo a la acción de enriquecimiento ...", añadiendo a renglón seguido que por consiguiente "...no es labor del demandante la reconstrucción de los dos patrimonios, tarea por demás compleja, para descifrar cómo se produjo el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento pues basta con la evidencia ostensible que muestra el título, pues las declaraciones que en él subyacen son los lazos que unen los dos patrimonios y revelan suficientemente el deterioro de uno de aquellos patrimonios en beneficio del otro por causa de la prescripción...".

3. Por último, estima el sentenciador que por tratarse de una obligación que "... de su forma originaria devino en cambiaria y ahora por enriquecimiento, no varía en nada la solidaridad..." y por lo tanto, en las circunstancias particulares del caso en litigio, podía ser exigida íntegramente a cualquiera de los deudores, siendo en este evento el demandado quien fuera escogido por el banco demandante para proceder contra él, circunstancia que en opinión de los dos magistrados integrantes de la mayoría, es decisiva para obtener la "convicción" buscada acerca de que al demandado, no obstante el carácter solidario de la responsabilidad que le imputan, se le puede exigir "...la totalidad de la obligación que reposa en el pagaré presunto..." porque entre otras cosas, no obró del modo que, en los términos del artículo 1571 del Código Civil, no le está permitido hacerlo a los deudores solidarios, raciocinio disparatado en grado sumo que desde luego contribuye a poner una vez más de manifiesto el precipitado discurrir que caracteriza la sentencia en cuestión.

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia, los tres primeros invocando la primera de las causales consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el último denunciando un presunto defecto de inconsonancia que por su

naturaleza ha de despacharse primeramente. De los restantes prospera el tercero y por ese motivo al estudio de estas dos acusaciones debe reducirse la Corte por disponerlo así el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

Cargo cuarto

Invocando el numeral 2º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 305 del mismo estatuto, sostiene el recurrente que la sentencia adolece de incongruencia "...por dejar por fuera la resolución principal que el demandante pidió..." es decir omitió "...inexcusablemente" hacer un pronunciamiento acerca de lo que en forma enfática y clara se le pidió y también se abstuvo "...de estudiar y analizar las pruebas que condujeron al reconocimiento de las excepciones propuestas o a su rechazo por falta de prueba...", excepciones que como puede observarse a simple vista, no fueron falladas.

Se considera

1. En lo relacionado con el contenido de los pronunciamientos definitivos de las autoridades jurisdiccionales en materia civil, es bien sabido que el principio de la congruencia desempeña un papel de cardinal importancia consagrado expresamente en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, precepto este según el cual se exige una rigurosa adecuación del fallo con el objeto y la causa que identifican la pretensión y la oposición que, eventualmente, contra ella haya podido resultar planteada en el proceso; significa el postulado en referencia, entonces, que se deben resolver todas las cuestiones esenciales que sean materia de litigio y, además, que la decisión ha de guardar consonancia con lo pedido y lo resistido. Así, la causal segunda de casación está instituida para corregir el vicio de construcción formal que surge cuando la sentencia se pronunció sobre puntos ajenos a lo pedido o no cubrió plenamente las pretensiones formuladas por las partes, es decir, "...cuando sus decisiones no guardan conformidad con las pretensiones del demandante, o con las excepciones propuestas por el demandado, o con las que en ella deban ser reconocidas de oficio, ya porque se otorgue más de lo pedido por las partes, era porque se decida sobre asuntos extraños al litigio, o en fin porque se omita proveer sobre alguno de los extremos caracterizadores del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 305..." (G. J. T. CLXXXVIII, págs. 64 y 163); luego, en tesis general, puede decirse que adolecen del vicio de incongruencia aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos.

Así las cosas, la causal de inconsonancia prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, responde a un error *in procedendo*, pues proviene del incumplimiento, por parte del juez, de una norma de procedimiento que le impone un específico comportamiento al emitir su fallo, condicionado por la necesaria conformidad entre el objeto de la petición y la resolución; queda, pues, entendido que la sentencia civil es congruente cuando se ajusta a las peticiones de las partes objetivamente hablando, independientemente si es acertada o errónea, es decir, sin atender al argumento acogido por el juzgador para pronunciarla, pues dicha causal "no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos

determinantes de su fallo" (G. J. Tomo LXXVIII, pág. 882). Y cuando se trata de incongruencia negativa, para que proceda el cargo la omisión del tribunal de decidir sobre un extremo de la litis debe ser real, producto de olvido o inadvertencia, y no que haya sido resuelto en forma adversa, caso en el cual no puede ser atacada tal resolución con base en la causal segunda puesto que de todas formas implicó "un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podía ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable..." (G. J. Tomo CXXXVIII, pág. 36. En otras palabras, no es deficiente un fallo ni en tal concepto se le puede tener para infirmarlo en casación cuando en él hay proveimiento acerca de una cuestión litigada, ello por cuanto si el tribunal se ocupa de estudiar el punto y decidirlo con vista en razones que en todo caso hace explícitas en su providencia, no puede hablarse de deficiencia alguna que determine la procedencia del recurso por la causal segunda.

2. Pasando ahora al asunto que ocupa la atención de la Sala, se tiene que si bien es cierto que en la sentencia no se lee una declaración expresa de enriquecimiento sin causa por parte del demandado, no por eso puede aseverarse que el tribunal no estudió tal pretensión por cuanto precisamente por tenerla como demostrada, resolvió condenar al demandado a pagar la suma en la cual el actor afirmó que se había enriquecido en razón a la prescripción del título bancario por él exhibido, ello aparte de que aun cuando hubiera lugar a entender las cosas de otro modo, la verdad es que el recurrente no tiene interés jurídico para denunciar esa deficiencia pues como lo tiene dicho la Corte desde antiguo, "...Es vano el cargo por inconsonancia cuando la sentencia no es acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, si quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica la inconsonancia..." (G. J. Tomos LXXIX, pág. 855 y CXXXVIII, pág. 37, entre muchas otras).

En cuanto a la supuesta abstención del fallador de apreciar las pruebas que soportan las excepciones propuestas porque no fueran falladas ni reconocidas las que de oficio ha debido tener en cuenta, debe advertirse que, siguiendo los lineamientos dejados en claro líneas atrás sobre la naturaleza de la causal segunda de casación, el supuesto defecto denunciado, como determinante de incongruencia, en el último aparte del cargo, dado su contenido y la disconformidad del censor no con su falta objetiva dentro de la resolución sino con el fondo de la misma, radicado en una abstención del tribunal en el estudio de las pruebas que soportaban las excepciones propuestas, debió denunciarse con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil por cuanto es precisamente por esta vía por la que cabe formular los vicios derivados de la supuesta omisión en "analizar las pruebas que condujeran al reconocimiento de las excepciones propuestas".

Bastan, pues, las anteriores consideraciones para inferir que este cargo debe desecharse.

Cargo tercero

Tomando pie en el numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia del tribunal de violar directamente los artículos 1, 2, 822, 831 y 882 del Código de Comercio.

Y en orden a justificar su tesis, inicia el desarrollo del cargo insistiendo en los argumentos acogidos por el salvamento de voto de la sentencia que impugna, referidos ellos a la necesaria prueba del enriquecimiento y el empobrecimiento correlativo cuando se ejerce una acción del tipo de la que es objeto de este proceso, exigencia normativa que sostiene no fue tenida en cuenta por el *ad.quem* por cuanto "del único hecho cierto y determinado que aparece en el proceso, cual es el de la prescripción del título, presumió automáticamente el enriquecimiento del demandado y de rebote el empobrecimiento del demandante, hasta por la suma señalada en el documento, sin siquiera fundamentar la correlatividad del empobrecimiento", error que tuvo su origen en la desnaturalización que hizo del recto significado atribuible al artículo 882 del Código de Comercio, significado que se desprende de reiterada doctrina jurisprudencial que se ocupa de citar a espacio la censura, y que de paso llevó al tribunal a no vincular al proceso al otro codeudor quien también pudo haberse enriquecido. "Entonces para poder continuar la acción únicamente contra el señor Lorenzo Pascua García, sostiene el casacionista-primeramente el tribunal debió establecer que únicamente él fue el enriquecido, y no también la sociedad codeudora Consorcio de Maquinaria S.A. y luego establecer el monto de dicho enriquecimiento y que éste era correlativo al empobrecimiento del Banco Cafetero; elementos esenciales de esta acción que no aparecen demostrados, sino supuestos, como lo reconoce el tribunal en la providencia impugnada. Requisitos que deben aparecer comprobados para que el demandante pueda iniciar y continuar esta acción...".

En síntesis, la sentencia de instancia viola la ley sustancial "...al reconocer la acción de enriquecimiento contra Lorenzo Pascua, sin que se reunieran los requisitos que se desprenden de la ley y la jurisprudencia para esta clase de acciones...", luego debe casarse en tanto que la corporación *ad quem* "...sólo observó la existencia de una prescripción..." y de ahí, por efecto de haberle cambiado su genuino significado al inciso final del artículo 882 tantas veces citado, tuvo por probado el enriquecimiento del demandado con exclusión del que hubiera podido reportar en su patrimonio la sociedad Consorcio de Maquinaria S.A., el correlativo empobrecimiento del banco demandante, la condición discutible de título de contenido crediticio atribuible a la contragarantía en que se fundan las pretensiones de dicha institución, el origen de este último documento en un acto realizado en función de pago respecto de obligaciones preexistentes y, en fin, la carencia de otras acciones a las que el Banco Cafetero pudiera acudir legalmente ante el hecho de que "...la obligación fundamental no se canceló...".

Se considera

1. Como es bien sabido, junto a las acciones cambiarias en sentido estricto que se ocupa de regular en detalle el capítulo VI del Título 3° del Libro Tercero del Código de Comercio, alude este estatuto a otra acción distinta de naturaleza muy propia que aparece consagrada en el inciso final del artículo 882 ibidem *y a la que se denomina, de acuerdo con bien caracterizados antecedentes que se remontan hasta el artículo 89 de la Ordenanza Alemana de 1848, acción de enriquecimiento cambiario. De ella se predica por lo general que es un* extremun remedium iuris..., *concedido a quien fuere tenedor de un título valor de contenido crediticio para liberarlo de consecuencias injustas que no son insólitas debido al rigor cartular, de modo tal que pueda resarcirse del daño experimentado procediendo contra el librador, el aceptante o el emisor en*

aquellos eventos en que demuestre que por efecto de la prescripción o el perjuicio del instrumento derivado de la caducidad, ellos obtuvieron un provecho indebido; acerca de las controversias de doctrina existentes sobre su naturaleza es en verdad mucho lo que se ha escrito y para los propósitos de este fallo, enmarcados inevitablemente por la necesidad de corregir el cúmulo de desaciertos hermenéuticos contenidos en la sentencia impugnada y que la censura se ocupa de denunciar, basta con señalar los que son rasgos sobresalientes del régimen jurídico de acuerdo con el cual opera la mencionada acción, destinando los párrafos siguientes a definir el significado que ella tiene y las condiciones que desprendiéndose de esa que constituye su concepción normativa básica, han de reunirse para su ejercicio exitoso.

En este orden de ideas, lo primero en que debe hacerse hincapié es que la acción de enriquecimiento cambiario tiene un fundamento inconfundible que lejos de reducirse a una degradación procesal de las acciones cambiarias de suyo incomprensible, acaba por identificarse en últimas con el que le sirve de soporte a la acción común por enriquecimiento sin causa o expensas de otro, acción esta de la que se tiene dicho por la jurisprudencia nacional hace más de medio siglo (G. J. Tomo XLV, pág. 28) que a la manera de los principios generales de derecho, domina los textos positivos como expresión inmediata e imperativa de la noción de equidad aplicable de conformidad con los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, hoy con mayor razón ante el texto del segundo inciso del artículo 230 de la Constitución Nacional, cada vez que se presente un desplazamiento de valores que, produzca un incremento patrimonial en determinado sujeto a costa del patrimonio de otro, consumado de una manera apenas en apariencia conforme a derecho, pero en el fondo desprovisto de justificación, que pueda servirle de base y que, por lo tanto, le atribuye al perjudicado la condigna acción de reembolso. En otras palabras y contra lo que parece dar a entender la sentencia materia de impugnación, no es en modo alguno acertado ver en la acción de la que viene hablándose una especie de sobrante de la acción cambiaria dotado por anadidura de la fascinadora virtud de hacer en buena medida inoperantes la prescripción y la caducidad en el campo de los instrumentos negociables, sino que la perspectiva correcta es la de considerarla como una modalidad peculiar de la acción in rem verso *que con amplitud cada vez mayor se desenvuelve en muchas de las disciplinas jurídicas, puesto que sólo una calificación dogmática semejante, dicen autorizados expositores contemporáneos, "...se corresponde con la finalidad de las normas, puesto que (...) la misma consiste en garantizar una compensación para un desplazamiento patrimonial que el derecho estricto -en este caso las normas sobre prescripción y perjuicio de la letra- establece por razones de protección del tráfico, pero que no tiene justificación en el ámbito de las relaciones causales subyacentes, esta es precisamente la función de las normas sobre enriquecimiento..." (Derecho de los Títulos - Valor. Alfred Hueck y Claus W. Canaris, Cap. 2º, parg. 15).*

No cabe duda, pues, que el remedio subsidiario consagrado en el inciso final del artículo 882 del Código de Comercio se pone de manifiesto en un recurso ...in extremis, arbitrado por el legislador para afrontar un problema de justicia conmutativa que emerge ante situaciones que el propio sistema de regulación implanta, imbuido por exigencia de la severidad formal inherente a la función económica que está llamada a cumplir la circulación rápida y segura de los títulos valores, por manera que cuando

alguien deriva de este rigor excepcional un aprovechamiento injusto a expensas del patrimonio de otro que también ha sido partícipe de las mismas relaciones cambiarias, este último, en la medida de su personal empobrecimiento, cuenta con la posibilidad de obtener la restitución de aquello en que el primero resultó enriquecido, desde luego todo en el bien entendido, se repite, que al ordenamiento en esta materia más le preocupa evitar la consolidación de un beneficio para quien en justicia no podía pretenderlo, que reparar anormalmente el daño experimentado por una persona que al fin de cuentas concurrió a su producción, vale decir por una persona cuyo comportamiento omisivo tuvo injerencia en los hechos que por obra de la prescripción o de la caducidad, impidieron el ejercicio eficaz de acciones cambiarias de cobro o de acciones emergentes de la causa en la emisión o negociación de los títulos de que se trata.

2. Siendo entonces la acción de enriquecimiento cambiario una aplicación típica de la doctrina general que prohíbe enriquecerse sin justificación a expensas de otro; visto como queda así mismo que a los fenómenos en los que suele ponerse de manifiesto el riguroso formalismo característico de los títulos valores y de los que es ejemplo el régimen de prescripción y de caducidad a que están sometidos los recursos de cobro que de dichos documentos emergen, se les priva por el ordenamiento del carácter de justas causas para consolidar desplazamientos patrimoniales no obstante que en su producción haya podido jugar papel de alguna importancia la culpa o la voluntad de la víctima; y en fin, delineada la noción básica de aquella acción haciendo especial énfasis en su finalidad, corresponde ahora separar con claridad los elementos que permiten identificarla y muy sobre el texto del artículo 882 del Código de Comercio, definir los requisitos condicionantes de su ejercicio exitoso, todo ello con el único propósito de hacer ver que a ese precepto en su inciso final, sin quebrantarlo por errónea interpretación, no puede atribuírsele un sentido que cual ocurre con el acogido por el tribunal ad quem *para aplicarlo en este caso particular, conduce a arruinar por completo el orden legal en cuanto a la operancia efectiva de la caducidad y la prescripción de las acciones cambiarias concierne.*

a) En primer lugar, sujeto legitimado por activa para hacer valer el medio del que viene hablándose, lo es por principio quien fuera tenedor del título prescrito o perjudicado, vale decir el primer beneficiario si no hubo negociación, el último endosatario o el obligado de regreso que haya rescatado el documento y asuma así la posición de acreedor cartular, pero siempre y cuando se trate, además de la persona que en razón de haberse producido cualquiera de esos eventos dotados por definición de eficacia liberatoria para los responsables por el pago del título, resulte empobrecida por incidir en detrimento de su patrimonio el desplazamiento de bienes de tal manera ocurrido, condición esta última que es esencial por cuanto se desprende de la naturaleza misma de la acción ejercitada cuyo objeto, valga insistir una vez más en ello, es corregir un enriquecimiento sin causa realmente consumado, lo que se alcanza mediante la restitución específica de la cosa desplazada o de su valor por equivalencia medido en términos monetarios actuales, y no el de malograr las finalidades de interés general que la ley positiva persigue al consagrar la prescripción y la caducidad en materia de títulos de crédito, permitiéndole al tenedor de un efecto de esta clase que, por la vía del "enriquecimiento" y apoyándose únicamente en esa posición, obtenga igual recaudo al que le está vedado por dejar pasar un plazo perentorio de caducidad

o por dar tiempo con su falta de actividad a que transcurra y expire el término de prescripción extintiva.

b) Por lo que hace a la legitimación sustancial para obrar por pasiva, en abstracto también son sujetos posibles de la acción el librador, el aceptante, el otorgante y los endosantes en tanto reporten ventaja del desequilibrio patrimonial que se trata de nivelar, aspecto este del tema que no requiere de comentarios adicionales distintos al de anotar que, como lo indica la doctrina, han de ser personas colocadas de tal manera que entre el enriquecimiento del extremo pasivo y el empobrecimiento del actor exista y se compruebe un vínculo de causalidad estrictamente cambiaria (cfr. Gilberto Peña C. La Letra de Cambio, Teoría y Práctica. num. 85.1).

c) Finalmente, al tenor de la norma que consagra la acción (inciso final del artículo 882 del Código de Comercio) se infiere que desde el punto de vista de los hechos relevantes para su correcta configuración jurídica, son en esencia tres las condiciones indispensables para que sobre ella pueda recaer una decisión judicial estimatoria, condiciones que son las mismas que de acuerdo con jurisprudencia uniforme y reiterada constituyen los presupuestos de la acción in rem verso *común, la cual -ha dicho esta Corporación- "no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurran tres requisitos: Que el demandado se haya enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente y que este desplazamiento patrimonial carezca de causa que lo justifique desde el punto de vista legal..." (G.J. Tomo CXXXVIII, pág. 380, y CC pág. 93). De este modo, son tales condiciones las siguientes:*

i) Que por haber perdido la acción cambiaria contra todos los obligados al pago del título y, además, al no poder ejercitar acción causal contra ninguno de ellos, el acreedor no cuente con otro recurso del que pueda echar mano para enjugar el daño. Se trata, pues, de una pretensión de procedencia subsidiaria cuyo supuesto medular es que la ley no haya previsto otra fuente específica para fundar la obligación de restitución cuyo cumplimiento aquél reclama, a lo que debe unirse naturalmente la existencia de un título valor de contenido crediticio desprovisto de ejecutabilidad en razón del decaimiento de las acciones cambiarias de regreso o por prescripción tanto de éstas como de las directas, situación que por sabido se tiene, también por mandato del artículo 882, inciso tercero, del Código de Comercio entraña la imposibilidad de ejercicio de acciones causales pues a ellas se extienden los efectos obstativos y extintivos de los referidos fenómenos.

ii) Que el responsable por el pago del instrumento y señalado en la respectiva demanda en concepto de demandado, haya obtenido un provecho injustificado con ocasión de su emisión o posterior transferencia. Y es lo cierto que el alcance de este presupuesto no tiene por qué convertirse en factor de inútiles especulaciones teóricas siempre que se tenga presente que, "...en la figura del enriquecimiento sin causa existe un desplazamiento de riqueza a cargo del que se presenta como acreedor y a favor del que ha recibido sin que tal desplazamiento esté apoyado en una causa..." (G. J. num.1930, pág. 803) de donde se sigue que en este campo y siguiendo de cerca las enseñanzas de los tratadistas (A. Von Thur, Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Cap V. num. 51), del enriquecimiento del firmante del documento, beneficiado con la prescripción o la caducidad, cabe afirmar que puede consistir en un incremento

patrimonial -lucrum emergens- *o bien en una pérdida que se evita* -damnum cessans- *como consecuencia, por ejemplo, de la cancelación sin fundamento jurídico de deudas que gravan el patrimonio o del ahorro de gastos.*

iii) La tercera y última condición es la existencia de un empobrecimiento correlativo que, en sentido amplio, equivale al perjuicio que ha experimentado el demandante. En otras palabras, sin mediar esta circunstancia de hecho es lo cierto que el solo enriquecimiento de una persona, procurado por otra, no alcanza a sustentar la acción en estudio por manifiesta ausencia de interés para obrar; necesario es que el enriquecimiento sea a expensas o a costa de otro, "otro" que ha de ser por fuerza el empobrecido y a la vez el actor que sostiene en juicio la pretensión de reembolso, toda vez que de darse en forma distinta las cosas, ningún sentido podría tener aquella acción ordenada de suyo a restaurar determinado equilibrio entre dos patrimonios, quebrantado sin justa causa.

3. Llegados a este punto en el análisis es claro que las ideas recapituladas en los dos apartes anteriores de estas consideraciones son suficientes para identificar, por lo menos en sus rasgos generales, los efectos que en términos económicos le son inherentes a la acción de enriquecimiento cambiario, efectos que como en seguida pasa a verse, nunca pueden enfocarse con la escuálida perspectiva que muestra la sentencia recurrida.

Acaecido el enriquecimiento sin causa, nace en favor de la persona empobrecida una acción restitutoria que en cuanto al monto de sus posibles resultados, tiene dos límites que es imposible rebasar pues representan aplicación concreta de los postulados que están en la base misma de dicha acción. En efecto, dado que su función es en síntesis la de restablecer la integridad de un patrimonio con referencia a otro patrimonio, la acción "in rem verso" en ninguna de sus modalidades puede convertirse en fuente de provecho injustificado para el actor ni tampoco en motivo legítimo de pérdida para el demandado, y es por eso que se dice que aquel monto no puede exceder el enriquecimiento ni superar el empobrecimiento, luego si no llegaren a coincidir ambos extremos en un caso determinado, el límite del reembolso vendrá impuesto por el menor de esos valores que, por lo tanto, en el supuesto contemplado en el inciso final del artículo 882 del Código de Comercio tantas veces citado a lo largo de esta providencia, no puede tenerse por probado a cabalidad apelando exclusivamente a la literalidad del título y de las declaraciones en él incorporadas, haciendo de contera recaer sobre la parte demandada la carga "...por demás compleja...," de remontarse al "...negocio genitivo de la emisión" y "reconstruir todo el itinerario negocial" para desvirtuar esos factores de linaje cartular que en su contra y a pesar de haber caducado o prescrito el instrumento, continúan operando como si nada hubiera pasado.

No. En consonancia con las explicaciones precedentes si algo queda por fuera de cualquier género de duda es que, de atenderse a la fuente de la que nace cada una, a las notas que las individualizan y al régimen jurídico tanto sustancial como procesal que les es aplicable, no son igualables, de una parte, la obligación cambiaria cuyo objeto es el pago del título, mermada considerablemente en su efectividad civil por obra de la caducidad o de la prescripción hasta el punto de pasar a ser apenas una obligación natural que según los términos del artículo 1527 del Código Civil ningún derecho confiere para exigir su cumplimiento, y de otra parte la obligación de reintegro de un

eventual enriquecimiento consumado como consecuencia de uno de esos dos fenómenos, para así moldear sobre semejante equiparación la desacertada inteligencia que en la especie de esta litis el sentenciador de instancia le dio al inciso último del artículo 882 del Código de Comercio y que lo condujo a aseverar que por virtud de esta disposición, al titular de un crédito cambiario perjudicado o prescrito, escudándose además en la letra del documento que lo instrumenta, le basta invocar la regla general y abstracta que dicho precepto legal consagra. Muy por el contrario, en litigios de esta índole cuyo verdadero sentido no es, valga insistir una vez más, el de autorizar la furtiva cobranza de un efecto negociable degradado, sino el de hacer posible la restitución de un enriquecimiento que debe efectuar el demandado en la parte que corresponda a su personal empobrecimiento, ha de entenderse entonces que es al actor a quien le compete establecer la existencia de esta obligación, carga que lejos de poderse reputar satisfecha mediante la exhibición del título del que es tenedor, lo constriñe a justificar probatoriamente, con la precisión adecuada, la concreta procedencia de la acción de enriquecimiento en relación con las particularidades que ofrezca el respectivo desequilibrio patrimonial, es decir las condiciones que de conformidad con la doctrina jurisprudencial imperante en el país, debe reunir la nombrada acción para no pasar de ser un saludable remedio subsidiario de equidad a un foco malsano de grave perturbación.

En suma, el tribunal inquirió con desacierto el recto sentido, la finalidad y el espíritu informador del precepto consagrado en el tercer inciso, in fine del artículo 882 del Código de Comercio y como directa consecuencia de esa equivocación, invirtiendo con menoscabo evidente para la parte demandada las reglas ordinarias sobre la carga de la prueba que en materia de obligaciones prescriben los artículos 1757 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil, la condenó en favor del establecimiento bancario demandante, cuyo supuesto empobrecimiento no se demostró en los autos, a restituir un enriquecimiento expresado en un monto igual al importe de la "contragarantía" presentada en original con la demanda (cfr. folio 26 del cuaderno 1), ello sin tener siquiera en cuenta, como con acierto lo hace ver la ponderada salvedad de voto de la magistrada ponente, que ese instrumento no se extendió "...como consecuencia del contrato de mutuo por igual valor al allí consignado, sino que fue el resultado de varias operaciones sin que en realidad se sepa si la cuantificación allí impuesta corresponde a un real enriquecimiento del demandado..." y pasando por alto, además, que por su propia naturaleza y para los efectos de la acción in rem verso *el sistema de solidaridad entre los suscriptores de un título valor impone la necesidad, palpable a todas luces, de demostrar de manera concluyente el empobrecimiento del acreedor y los correlativos enriquecimientos respecto de cada uno de los deudores a los que por esta vía se demanda.*

Por las razones expuestas, pues, el cargo prospera y en tal virtud la sentencia recurrida ha de ser infirmada.

IV. LA SENTENCIA DE INSTANCIA

En orden a dictar el fallo de reemplazo y con fundamento en las mismas consideraciones ya expuestas para despachar el cargo de fondo que alcanzó prosperidad, basta con advertir, una vez efectuada desde luego la detenida revisión del expediente, que sobre la base de entender en su genuino significado el inciso final del artículo 882 del

Código de Comercio y ante los límites infranqueables que desde el punto de vista fáctico le señaló la institución demandante a la pretensión de pago por ella entablada, no puede quedar alternativa distinta a la de desestimar la demanda, habida consideración que no se probó en el curso del proceso que, en provecho exclusivo del patrimonio del "codeudor autónomo" Lorenzo Pascua García y no de la Sociedad Consorcio de Maquinaria S.A., también suscriptora del pagaré, la cual es ignorada del todo, se haya desplazado un valor que además de pertenecer a los activos patrimoniales de aquella institución financiera demandante, tenga expresión cuantitativa exactamente igual a la cantidad de $89.712.480.47 que aparece registrada en la "contragarantía" y a la cual se contrae aquella pretensión.

Se confirmará por lo tanto y por este motivo específico, la providencia objeto de apelación.

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 quince (15) de junio de 1992 profirió el Tribunal Superior de Bogotá. Y actuando en sede de instancia, atendidas las razones dadas en la parte expositiva de esta providencia, *confirma* en su lugar la decisión desestimatoria de primer grado.

Para lo efectos del artículo 376 del Código de Procedimiento Civil y en tanto la sentencia casada haya tenido cumplimiento, quedan sin valor los actos procesales realizados con tal fin. En consecuencia, el juzgado de primera instancia adoptará en su momento las medidas pertinentes.

En casación no hay lugar a costas ante la prosperidad del recurso. Las de segunda instancia son de cargo del apelante. Tásense en su oportunidad.

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

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

Audiencia de Alegaciones / Nulidad Procesal / Omisión de Términos u Oportunidades para Pedir o Practicar Pruebas

Audiencia de Alegaciones: Constituye ella pues, una nueva oportunidad que la ley brinda a las partes con el propósito de que expongan ante la correspondiente Sala en pleno, sus puntos de vista, y, además, para que dentro de los tres días siguientes aporten los extractos de lo que por ellas manifestado en tal ocasión. Tratándose, por consiguiente, de un momento procesal adecuado en orden a la formulación de alegatos, su omisión por parte del juzgador, cuando la solicitud correspondiente ha sido introducida en tiempo, genera la causal de invalidez procesal prevista en el ordinal 6º del artículo 140 del C. de P. C.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá D. C., diciembre 6 de 1993.

Referencia. Expediente número 3646.

Provee la Corte en relación con el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia, proferida el 10 de diciembre de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, dentro de este proceso ordinario seguido por Ana Beatriz Jiménez de Marín en frente de Cecilia Cano de García, la sociedad en comandita simple "Lozano Vega y Cía. S. en C.", Fruto Eleuterio Mejía Barón y Daniel Rodríguez Zambrano.

ANTECEDENTES

Por demanda que en el reparto correspondió al Juzgado Decimonoveno Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, Ana Beatriz Jiménez de Marín, llamó a proceso ordinario de mayor cuantía a los demandados ya nombrados, para que, con su citación y audiencia, se declarase la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, otorgado mediante la Escritura Pública cada número 1197 de 1º de abril de 1981, aclarada luego por la número 5771 del 9 de noviembre de 1981, corridas ambas en la Notaría Segunda del Círculo de Santafé de Bogotá.

Como medidas consecuenciales pidió, se le restituyera su derecho de cuota y, además de la condena en costas a la parte contraria y la de la inscripción de la sentencia

respectiva, que a los demandados se les declarase responsables de los perjuicios causados por la venta.

Los hechos invocados para sustentar las peticiones enunciadas pueden resumirse de la siguiente manera:

El primero de abril de 1981, la demandante vendió a las personas, que integran la parte demandada, los derechos de cuota que tenía "en común y proindiviso" con Jorge A. Jiménez Aldana sobre un predio rural denominado "Santa Elena" que había adquirido por sucesión de su señora madre Sofía Aldana de Jiménez.

El precio pactado para la transacción referida fue de $5.500.000.00, haciéndolo figurar en la escritura respectiva en $3.000.000.00, de los cuales recibió un primer contado de $3.000.000.00 el día en que se firmó la promesa de venta, y los $2.500.000.00 restantes, se garantizaron con letra de cambio girada para ser pagada el día 27 de septiembre de 1981, sin que hasta el momento de la presentación de la demanda se hubiese cancelado, motivo por el cual cursa proceso ejecutivo para hacerla efectiva.

El precio que se pactó por la venta de las cuotas respectivas, fue inferior a la mitad del que correspondía a éstas para el momento de la venta, por lo cual el patrimonio de la vendedora se vio lesionado.

Admitida la demanda así relacionada, los demandados la contestaron oponiéndose a sus pretensiones, las cuales el *a quo* encontró probadas en la sentencia estimatoria que profirió el 2 de mayo de 1989 y que luego confirmó el Tribunal en la que es objeto del presente recurso.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

A vuelta de encontrar reunidos los presupuestos procesales que le permitían resolver sobre el fondo de la *litis*, el *ad quem* resaltó que la sentencia impugnada había encontrado probada la lesión enorme con el dictamen pericial que avaluó las cuotas de dominio vendidas, en la suma de $24.417.216.

Destacó, a continuación, que la inconformidad de los apelantes radicó en "el mal manejo de la cuestión relacionada con el error grave y deficiente observancia de la cuestión probatoria", procediendo luego a desvirtuar los argumentos dados para objetar el dictamen pericial que fue base del fallo de primer grado, con la cita previa de los apartes pertinentes aducidos en los respectivos alegatos de los apelantes, y concluir con la ausencia de circunstancia que demeritara la veracidad de lo dictaminado.

Planteó, entonces, el Tribunal, que a pesar de contarse con dictámenes diferentes, rendidos por grupos de peritos igualmente diversos, ello no tenía por que afectar la veracidad con que unos y otros fueron rendidos toda vez que todos, agregó, eran depositarios de una sola verdad, desechando, por ende, la presunta existencia de un error grave en experticio base de la sentencia estimatoria, rendido luego de contar los peritos respectivos con "abundante y detallada información... en torno al tema de la cuestión tarifal a ellos encomendada, de donde resulta forzoso admitir que cumple con suficiencia la previsión legal relativa al contenido de la pericia".

Pasa luego a examinar lo relacionado con el precio pactado por la venta cuya rescisión se deprecó, para fijar con base en la declaración rendida por la demandante, que éste ascendió a $10.500.000.00, el que, comparado con el precio justo tasado por los peritos, resulta ser inferior a la mitad de aquél, dándose así el presupuesto normativo que supone la existencia de la lesión enorme invocada.

Concluye, entonces, diciendo que la sentencia de primera instancia debe confirmarse.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos se formulan en ella en contra de la sentencia acabada de compendiar: el primero con base en la causal quinta del artículo 368 del C. de P.C., y el último con fundamento en la causal primera *ib.* La Sala concretará su estudio al primer cargo, por encontrar que éste prospera.

Cargo primero

Se acusa en él la sentencia del Tribunal por haber incurrido en la causal de nulidad consagrada en el ordinal 6 del artículo 140 del C. de P.C., toda vez que, habiéndose solicitado por los apelantes durante el trámite de la segunda instancia la celebración de la audiencia fijada en el inciso segundo del artículo 360 ibídem., la sentencia de segundo grado se profirió sin que previamente el *ad quem* se pronunciase sobre el susodicho trámite.

A raíz de dicha omisión, continúa afirmando el casacionista, el derecho de defensa de los demandados, integrantes de un litis consorcio necesario, se conculcó, por pretermitirse así "la plenitud de las formas para el trámite del proceso en debida forma" configurando una nulidad que no fue posible sanear y sobre la cual advierte tener interés en proponerla.

Tras reseñar comentarios doctrinales sobre el tema, el recurrente pide que se case la sentencia denunciada y se decida de conformidad con lo previsto en el artículo 375 del C. de P.C., inciso tercero.

Se considera

Requisito *sine qua non* para poder alegar la nulidad en casación es el consistente en que la misma no haya sido saneada, según lo prescribe el artículo 360 del C. de P.C., en su ordinal 5.

Acorde con el numeral 1 del artículo 144 *ib.*, la nulidad se considera saneada "cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente".

Con arreglo al inciso 1 del artículo 142 *ib.*, "las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias; antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a éste si ocurrieron en ella".

De tal modo las cosas, emerge diáfanamente que aquí la parte demandada no tenía ante el Tribunal ninguna oportunidad para alegar la nulidad que ahora formula. En

efecto, habiendo elevado tempestivamente su solicitud de audiencia, como puede verse a folios 5 y 16 de la actuación adelantada en el Tribunal, éste entró a proferir sentencia, sin parar mientes en la petición antes mencionada.

Una vez producido el fallo, a la parte afectada entonces s, ya no le era permisible alegar la nulidad ante el propio Tribunal, porque aquél le cerraba la posibilidad de hacerlo allí, lo que con nitidez se infiere de la norma últimamente citada, máxime cuando el vicio no se dio en la actuación posterior.

Y, por otra parte, la nulidad únicamente vino a aflorar cuando el *ad quem* dictó su sentencia pues sólo en ese momento quedó definido, con certeza, que se había omitido la realización de la audiencia con antelación deprecada por varios de los integrantes de la parte demandada.

No habiéndose dado, entonces, el saneamiento de la nulidad, se tiene que el artículo 360 del C. de P.C., prescribe:

"Cuando la segunda instancia se tramita ante un tribunal superior o ante la Corte Suprema, a petición de parte dentro del término para alegar o de oficio, *se señalará fecha y hora para audiencia*, una vez que el proyecto haya sido repartido a los demás Magistrados de la sala de decisión. Las partes podrán hacer uso de la palabra por una vez y hasta por treinta minutos, en el mismo orden del *traslado para alegar*, y presentar resúmenes escritos *de lo alegado* dentro de los tres días siguientes" (Se dest.).

Como obvio resulta decirlo, esa audiencia es de alegaciones. Constituye ella, pues, una nueva oportunidad que la ley brinda a las partes con el propósito de que expongan ante la correspondiente Sala en pleno, sus puntos de vista, y, además, para que dentro de los tres días siguientes aporten los extractos de lo por ellas manifestado en tal ocasión.

Tratándose, por consiguiente, de un momento procesal adecuado en orden a la formulación de alegatos, su omisión por parte del juzgador, cuando la solicitud correspondiente ha sido introducida en tiempo, genera la causal de invalidez procesal prevista en el ordinal 6 del artículo 140 del C. de P. C.

En la especie de esta litis, el traslado para alegar se dio mediante auto que aparece notificado el 13 de octubre de 1989. Los días 31 de octubre y 8 de noviembre de 1989, la parte demandada, en los alegatos de bien probado, pidió, que con fundamento en el inciso 2 del artículo 360 del C. de P.C., se señalara fecha y hora para audiencia.

Esa petición, como ya se dijo, fue desoída por el Tribunal, incurriendo con ello en la causal de nulidad ya advertida, lo que da pie para decir que el cargo se abre paso.

DECISION:

En virtud 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, *declara la nulidad* de lo actuado en este proceso a partir del 10 de diciembre de 1990

y, en su lugar, *dispone* que el Tribunal, al renovar la actuación invalidada, le dé cumplimiento a lo ordenado por el artículo 360 del C. de P.C. en relación con la audiencia solicitada por la parte demandada y recurrente en apelación.

Sin costas en el recurso de casación.

Notifíquese.

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

Sentencia Inhibitoria / Violacion Norma Sustancial.

Una sentencia contentiva de una decisión inhibitoria puede ser combatida en casación dentro de la órbita de la causal primera, ya sea por la vía directa, ora por la indirecta, según el desacierto que se le achaca al juzgador sea eminente y exclusivamente jurídico, y por ende, con absoluta prescindencia de los elementos de convicción, o por el contrario el desacierto que se endilga tenga por yerro los medios de prueba, incluida la demanda con la cual se inició el litigio.

Violacion Norma Sustancial / Vía Directa e Indirecta

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

Error de Hecho

El yerro fáctico se localiza en el plano de la contemplación objetiva de la prueba, vale decir, al constatar el juzgador la existencia material o el contenido de los medios de convicción obrantes en la actuación.

Casacion - Naturaleza

Dado el carácter extraordinario del recurso, él implica limitaciones que no puede sobrepasar la Corte; a ésta le está vedado decidirlo en el fondo cuando la demanda mediante la cual se sustenta no es, por su estructuración formal y técnica, sendero apto para que la conduzca al fin perseguido.

Casacion - Ataque Todas las Pruebas / Tecnica de Casacion

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 hace inevitablemente improspera la acusación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3921.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Ana María Villa de Calvo, Leonor Ester Villa de Fabra y Sol María Villa Tirado frente a las Sociedades "Horacio Martínez y Cía. S.C.A." y "Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C.".

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda repartida al Juzgado Trece Civil del Circuito de Medellín, las mencionadas actoras solicitan que con audiencia de las sociedades demandadas se hagan las siguientes declaraciones:

a) Queda resuelto, "por no haberse pagado el precio al vencimiento de plazo estipulado", el contrato de compraventa celebrado entre Ramón Eduardo Villa Gaviria (q.e.p.d.), como vendedor, y la sociedad "Horacio Martínez y Cía. S.C.A.", como compradora, contenido en la Escritura Pública número 1272 de 20 de mayo de 1974, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, en relación con la finca rural "La Vorágine", situada en la región de "Quebrada Honda" o Corregimiento de Leticia, Paraje Tenerife, en la banda occidental del río Sinú; cuya extensión, identificación, características y linderos se describen en la demanda;

b) Consecuentemente, queda resuelto el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 3249 de 26 de agosto de 1985, corrida en la Notaría Trece de Medellín, en virtud del cual la Sociedad "Horacio Martínez y Cía. S.C.A." enajenó el mismo inmueble a la Sociedad "Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C.".

c) Se ordene la cancelación de las citadas escrituras en las correspondientes notarías y Oficina de Instrumentos Públicos;

d) Se condene a las "sociedades demandadas" a pagar en favor de "los herederos reconocidos y sucesión del señor Ramón Eduardo Villa Gaviria, el valor de los *frutos civiles* y *naturales* producidos por el inmueble denominado "La Vorágine"..., lo mismo que los perjuicios sufridos por ellos con el incumplimiento de "aquellas sociedades, conforme a tasación pericial";

e) Restituyen las "Sociedades demandadas" a los herederos reconocidos y sucesión de Ramón Eduardo Villa Gaviria, el inmueble mencionado, dentro de los 10 días siguientes al fallo, y se les condene al pago de las costas del proceso.

2. Como hechos fundamentales de las anteriores pretensiones, cítanse en la demanda los que a continuación se indican:

a) Se pactó entre el finado Ramón Eduardo Villa Gaviria y la Sociedad "Horacio Martínez y Cía. S.C.A." un precio de venta de $4.500.000, que pagaría ésta al vendedor así: $300.000 a la firma de la escritura, que éste declaró recibidos a satisfacción, y el saldo restante, o sea, la suma de $4.200.000, en el "término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de celebración del acto...", cuyo pago garantizó con hipoteca de primer grado por dicho valor;

b) Ramón Eduardo Villa Gaviria falleció en Medellín el 1° de septiembre de 1976, sin recibir pago alguno por concepto del saldo del precio de venta, pago que la sociedad compradora tampoco ha hecho, "hasta la fecha de hoy", a sus "legítimos y legales herederos...";

c) "Horacio Martínez y Cía. S.C.A." vendió el inmueble a "Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C." en $11.125.000, que ésta se comprometió a pagar así: $6.925.000, cuota que declaró recibida aquélla en la correspondiente escritura de venta, y el saldo, vale decir, la suma de $4.200.000, para que la compradora atendiera el pago de la obligación hipotecaria constituida por la referida escritura 1272, en favor de Ramón Eduardo Villa Gaviria (q.e.p.d.);

d) "A pesar de la subrogación acordada..." entre las Sociedades "Horacio Martínez y Cía. S.C.A." y "Emma María Méndez Gómez S. en C.", ninguna de ellas ha pagado el saldo del precio a Ramón Eduardo Villa Gaviria o a sus legítimos y legales herederos.

e) Las actoras fueron reconocidas como herederas dentro del proceso de sucesión del causante Ramón Eduardo Villa Gaviria, adelantado en el Juzgado Once Civil del Circuito de Medellín.

3. La notificación y traslado del auto admisorio de la demanda se hizo a las sociedades demandadas por conducto de curador *ad litem*, quien se opuso a las pretensiones de las actoras, manifestando respecto de los hechos solicitud expresa de que éstos "se prueben todos".

4. Vencido el término de traslado para alegar de conclusión, y una vez hecha la citación a las partes para sentencia, la Sociedad "Cura Demoya y Cía. Limitada" formuló intervención litis consorcial por tener relación sustancial con una de las sociedades demandadas, intervención con la que solicitó la nulidad del proceso (fls. 62 a 67 C. 1), pero el *a quo* declaró inadmisibles ambas solicitudes, con fundamento en lo dispuesto por el "artículo 408 del C. de P. Civil", hoy artículo 404 *ibídem* (fl. 69 C. 1), pronunciando sentencia de primera instancia el 25 de abril de 1990, en la cual hizo los siguientes pronunciamientos:

"1ª. Declárese que por no haberse pagado el precio al vencimiento del plazo estipulado, está *resuelto* el contrato de compraventa ajustado entre el señor Ramón Eduardo Villa Gaviria y la Sociedad Horacio Martínez y Cía. S.C.A., vertido en la

Escritura Pública número 1172 de fecha 20 de mayo de 1974 y referente al inmueble descrito por su ubicación y linderos en el hecho primero de la demanda.

"2ª. Por la misma razón declárese que está *resuelto* el contrato de compraventa celebrado entre la Sociedad Horacio Martínez y Cía. S.C.A., y la sociedad Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C., negocio plasmado en la Escritura Pública número 3249 de fecha 26 de agosto de 1985 otorgada ante la Notaría Trece de Medellín, y referente al mismo bien inmueble.

"3ª. Transcríbase la parte pertinente de esta sentencia a los señores Notarios Segundo y Trece de la ciudad de Medellín a fin de que procedan a la cancelación de las escrituras relacionadas en los dos acápites precedentes, y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de la ciudad de Montería para que cancele el registro de los mismos actos notariales.

"4ª. Se condena a las sociedades demandadas a pagar a favor de los herederos reconocidos y sucesión del finado Ramón Eduardo Villa Gaviria, el valor de los frutos civiles y naturales producidos por la finca denominada "La Vorágine", a partir del 20 de mayo de 1974. Para su liquidación sígase el trámite contemplado en el artículo 308 del C. de P. Civil.

"5ª. A su turno las demandantes restituirán a la Sociedad Horacio Martínez y Cía., la cantidad de trescientos mil pesos ($300.000.00) que se hará con el respectivo reajuste monetario, causado desde el 20 de mayo de 1974 hasta la fecha en que se produzca el pago. Para su liquidación sígase el trámite insinuado en el artículo 308 del C. de P. Civil.

"6ª. Cumplida la obligación que se les impone a las demandantes, las sociedades demandadas estarán en la obligación de restituir en favor de aquéllas, el inmueble de que trata el presente litigio con todas sus mejoras y anexidades que tenía al momento en que les fue entregado.

"7ª. Se absuelve a las demandadas de la obligación de pagar perjuicios".

5. Contra lo así decidido interpusieron apelación las demandantes y la sociedad denominada "Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C.", recursos que desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por sentencia de 20 de enero de 1992, en la que *revocó* la del *a quo*, inhibiéndose para decidir de fondo.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En la parte pertinente de su fallo, que en gracia de brevedad y concisión se transcribe, el Tribunal razonó del modo siguiente:

"c) Ahora, como en el momento de proferir sentencia se observa como, la demanda adolece de claridad, debido a que entre la primera y segunda escritura de venta, cuyas resoluciones se solicitan, las mismas demandantes adquirieron de la firma codemandada "Horacio Martínez Villa y Cía. S.C.A." varios lotes de terreno, segregados de la finca "La Vorágine", así:

"Por Escritura Pública número 760 de 5 de mayo de 1976, de la Notaría Segunda de Medellín, adquirió la señora Ana María Villa de Calvo, un área de 178 hectáreas con 9.873 metros, registrada el 4 de julio de 1976, bajo el número 140-0009085 de Montería.

"Por Escritura Pública número 761 de 5 de mayo de 1976, de la Notaría Segunda de Medellín, adquirió la señora Sol María Villa de Galván, un área de 142 hectáreas con 9.695 metros cuadrados, debidamente registrada el 1° de julio de 1976. Número de matrícula 140-0009766 de Montería.

"Por Escritura Pública número 762 de 5 de mayo de 1976, de la Notaría Segunda de Medellín, adquirió la señora Leonor Villa de Fabra, un área de 214 hectáreas con 633 metros cuadrados, debidamente registrada el 4 de junio de 1976, número de matrícula 140-0009756 de Montería.

"Por Escritura Pública número 532 de 14 de junio de 1985 de la Notaría Segunda del Círculo de Medellín, adquirieron las señoras Ana María Villa de Calvo, Sol María Villa de Galván y Leonor Villa de Fabra, un área de 30 hectáreas, debidamente registrada el 17 de agosto de 1985, número de matrícula 140-000-27-14 de Montería.

"Tales documentos fueron presentados en copias informales al proceso. El Tribunal mediante auto de 25 de octubre de 1991 decretó de oficio, con fundamento en el artículo 180 del C. de P. C., se enviaran a las respectivas notarías en donde se encuentran protocolizados para que certificaran sobre su autenticidad y el señor Registrador H. PP. respectivo, le colocara el correspondiente sello de registro, lo que aparece realizado (fls. 99 del C. número 7).

"d) Como se indicó, en el libelo demandatorio nada se anunció, en relación con estas adquisiciones, quienes se beneficiaron fueron las mismas demandantes que compraron para sí parte de la finda (sic) 'La Vorágine'.

"Si en la demanda se solicita la resolución del contrato de compraventa a que se refiere la Escritura Pública número 1272 de 20 de mayo de 1976, de la Notaría Segunda de Medellín, por medio de la cual Ramón Eduardo Villa Gaviria vendió la totalidad de la finca 'La Vorágine' a 'Horacio Martínez y Cía. S.C.A.', si la venta global así, se resuelve tal como se pide en la demanda, se pregunta: ¿Cuál será la suerte que corren los contratos de compraventa celebrados entre la firma codemandada 'Horacio Martínez y Cía. S.C.A.' y las demandantes, señoras Ana María Villa de Calvo, Sol María Villa de Galván y Leonor Villa de Fabra, en relación con unos lotes de terreno adquiridos y segregados de la finca 'La Vorágine'?

"Se concluye, faltó claridad en la demanda, respecto a la suerte de tales lotes de terreno.

"e) Lo anterior llevó al fallador de primer grado a proferir una sentencia en la que ningún pronunciamiento hizo, respecto de las ventas llevadas a cabo en favor de las demandantes, lotes de terreno segregados de la finca 'La Vorágine', ventas realizadas entre la primera y segunda escrituras, ventas cuyas resoluciones se solicitaron y en la sentencia se dispuso la resolución de ambas ventas, sin hacer claridad respecto de las adquisiciones hechas por las demandantes, la suerte que corren dichos contratos, si provienen de una negociación que quedó resuelta; esa falta de claridad en el libelo demandatorio llevó al fallador de instancia a disponer en la sentencia, a imponerles a las entidades demandadas la carga de cubrir todos los frutos que hubiere podido producir el inmueble, sin hacer la salvedad que sobre los lotes de terreno adquiridos por las

demandantes y segregados del globo mayor, no tienen porqué pagar frutos las sociedades demandadas, si las actoras tienen la posesión de tales terrenos.

"En síntesis, faltó claridad en la demanda, lo cual conlleva a proferir sentencia inhibitoria y no de fondo. No hay concatenación entre el *petitum* y la causa *petendi* (art. 75, numeral 6º y 7º del C. de P. C.)".

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos, ambos por la causal primera de casación contemplada en el artículo 368 del C. de P. C., formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales se despacharán en forma conjunta por razones que le son comunes.

Cargo primero

Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria de los artículos 75, numerales 5, 6, 7, 305, 306 del C. de P. C., 1930 y 1932 del C. C.

Lo sustentan las recurrentes manifestando, una vez transcriben lo pertinente de la sentencia del Tribunal, que los numerales 5, 6 y 7 del artículo 75 del C. de P. C. exigen claridad a las pretensiones de la demanda, las cuales deben solicitarse por separado, con expresión de los fundamentos fácticos y de derecho en que se apoyan; y que, cuando se pide más de lo probado, el juez sólo debe reconocer esto último, dando aplicación a los artículos 305 y 306 del C. de P. C., pues "el primero así lo dispone expresamente y el segundo le permite reconocer oficiosamente las excepciones de mérito que encuentre probadas aunque no hayan sido alegadas".

Es tan evidente la facultad del juzgador en tal sentido, prosigue la censura, que el Tribunal así lo reconoció expresamente en su fallo "cuando expresa: 'Esa falta de claridad en el libelo demandatorio llevó al fallador de instancia a disponer en la sentencia, a imponerles a las entidades demandadas la carga de cubrir todos los frutos que hubiere podido producir el inmueble, *sin hacer la salvedad que sobre los lotes de terreno adquiridos por las demandantes y segregados del globo mayor, no tienen por qué pagar frutos las sociedades demandadas, si las actoras tienen la posesión de tales terrenos...*': y que, cabalmente por eso, el *ad quem* debió excluir del pago de frutos lo concerniente a los lotes adquiridos por las demandantes, segregados del globo mayor.

Al dejar de aplicar en el fallo que se acusa los preceptos adjetivos en mención, agregan las impugnantes, el Tribunal dejó de hacer actuar también los artículos 1930 y 1932 del C. C., lo que no permitió encontrar que "la demanda sí es apta para recibir fallo de mérito y en él hubiera accedido a las pretensiones del libelo incoatorio".

Solicitan, por tanto, se case la sentencia recurrida para que, en instancia, la Corte confirme la apelada.

Cargo segundo

Por su conducto se le atribuye a la sentencia la infracción indirecta de los artículos 75, numerales 5-6-7, 305, 306 del C. de P. C., por falta de aplicación; 1930 y 1932 del C. C., por falta de aplicación, a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal al apreciar la demanda.

Lo desarrolla la censura manifestando que el artículo 75, numerales 5, 6 y 7 del C. de P. C. exige que haya claridad en las pretensiones de la demanda, y que éstas se relacionen por separado, con indicación de los fundamentos fácticos y de derecho; pero que el *ad quem* le exigió a la demanda de este proceso requisitos que la ley no requiere, como el de señalar en forma expresa que "sobre los lotes de terreno adquiridos por las demandantes y segregados del globo mayor, no tienen porqué pagar frutos las sociedades demandadas, si las actoras tienen la posesión de tales terrenos", pues esa consideración corresponde, según la censura, a la soberanía del juez, y en ninguna forma "comporta 'falta de concatenación entre el *petitum* y la causa *petendi*'; lo que sí comporta es la violación de la ley al excusarse del deber de proveer de fondo".

Indica a continuación la recurrente, que si lo probado es menor que lo pedido, el juez debe conceder lo primero por la vía de los artículos 305 y 306 del C. de P. C., normas con arreglo a las cuales el Tribunal ha debido "excluir del pago de frutos lo correspondiente a los lotes adquiridos por las demandantes y segregados del globo mayor"; y que "como el fallo que se acusa dejó de aplicar los preceptos procesales indicados, necesariamente dejó de aplicar los artículos 1930 y 1932 del Código Civil, conforme a los cuales opera la condición resolutoria tácita por mora en el pago del precio y las consecuencias jurídicas que ello comporta", todo lo cual le impidió encontrar la aptitud de la demanda para recibir fallo de mérito, y acceder a las súplicas de las actoras.

Piden, consecuentemente, las impugnantes, se case la sentencia del Tribunal para que, en sede de instancia, la Corte confirme el fallo del *a quo*.

Se considera

1. *Una sentencia contentiva de una decisión inhibitoria puede ser combatida en casación dentro de la órbita de la causal primera, ya sea por la vía directa, ora por la indirecta, según el desacierto que se le achaca al juzgador sea eminente y exclusivamente jurídico, y por ende, con absoluta prescindencia de los elementos de convicción, o por el contrario el desacierto que se le endilga tenga por venero los medios de prueba, incluida la demanda con la cual se inició el litigio.*

2. Ahora bien, cuando el juzgador de segundo grado, al ultimar con sentencia la instancia, encuentra, al examinar prioritariamente los requisitos exigidos por la ley para la regular formación del proceso, que el de demanda en forma no aparece cumplido, por lo que dicta fallo inhibitorio, en virtud de que, tal como se estructuró el libelo demandatorio éste no ofrece claridad tanto en los hechos como en las súplicas (art. 75 del C. de P. C.), máxime al tenerse en cuenta los negocios jurídicos contenidos en las escrituras públicas números 760, 761 y 762, de 5 de mayo de 1976, de la Notaría Segunda del Círculo de Medellín y 532 de 14 de junio de 1985, también de la Notaría Segunda del Círculo de Medellín, tal decisión del *ad quem* es atacable en casación por la causal primera, por vía indirecta, y no por la directa, porque el desacierto en que pudo incurrir el Tribunal, al sacar su conclusión de fallo formal o inhibitorio, se fundó en las pruebas (demanda y escrituras mencionadas), y no, por ejemplo, en la calificación de la naturaleza jurídica de los presupuestos procesales, hipótesis esta última que sí daría lugar a una acusación por vía directa.

3. El cargo primero hace consistir el yerro *juris in judicando* que denuncia, en que estando probado por concepto de frutos un derecho inferior al monto de la condena

solicitada por las actoras, el Tribunal debió limitar la pretensión a lo acreditado en el proceso, dando aplicación a los artículos 305 y 306 del C. de P. C., excluyendo así del pago por ese rubro lo concerniente a las porciones que, segregadas del inmueble, fueron adquiridas por dichas demandantes, conducta que no asumió el *ad quem*, se dice, pues dejó de hacer actuar los referidos preceptos adjetivos, y en esas circunstancias no encontró que "la demanda sí es apta para recibir fallo de mérito...", omisión que, se agrega, lo llevó a proferir la sentencia inhibitoria combatida, en la cual, por lo mismo, inaplicó los artículos 1930 y 1932 del C. C.

Si, entonces, como sucede en el caso del cargo analizado, la censura hace consistir el error *juris in judicando* en la inaplicación por parte del Tribunal de unas normas de derecho procesal que de haberlas acatado le hubieran permitido observar que "la demanda", distinto de lo que concluyó en ese campo dicho juzgador, sí era apta, el planteamiento del ataque resulta por completo inapropiado a esta especie de infracción de la ley, con más veras cuando es sobre la base de ese aserto respecto del cual manifiestan seguidamente las impugnantes que la preanotada conclusión probatoria del *ad quem*, vale decir, no observarse por parte suya que la demanda "sí es apta para recibir fallo de mérito", fue la que lo llevó a inaplicar los artículos 1930 y 1932 del C. C., argumentación que en últimas hace depender también el yerro jurídico de una conclusión probatoria diversa de la sacada por el Tribunal, lo que es inaceptable. Desde luego que en esas condiciones el desarrollo del cargo no corresponde a la modalidad de infracción denunciada y, por lo mismo, no guarda la correspondiente armonía que reclama la técnica del recurso.

Al perfilar los contornos de la infracción en comento dejó dicho esta Corporación en sentencia de 20 de marzo de 1973, que la "violación... directa de la ley sustancial implica, pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que, por consiguiente, no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba.

"Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o 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, pág. 50).

4. El cargo segundo, por su parte, comporta defectos técnicos a la par con el primero, pues con argumentaciones en esencia similares a las contenidas en éste, apuntálase para demostrar el yerro fáctico que le enrostra al fallo, en que el Tribunal, dando aplicación a los artículos 305 y 306 del C. de P. C., ha debido conceder a las actoras en materia de frutos lo probado, así esto fuera menos de lo pedido por ellas, comportamiento que, señala, justamente no adoptó y con arreglo al cual estaba llamado el *ad quem* a excluir de la condena solicitada por ese concepto "los lotes adquiridos por las

demandantes y segregados del globo mayor", a lo que añade, en la parte culminante de su desarrollo, que "como el fallo que se acusa dejó de aplicar los preceptos procesales indicados, con ello dejó de hacer actuar necesariamente los artículos 1930 y 1932 del Código Civil, conforme a los cuales opera la condición resolutoria...".

Así, pues, con fundamentos en lo indicado, el error fáctico denunciado en el cargo segundo lo deduce la censura de no haber aplicado el Tribunal los artículos 305 y 306 del C. de P. C. al caso litigado, concepto de la formulación y desarrollo del ataque que no se acompasa con los criterios doctrinales ni jurisprudenciales acerca de la estructuración de dicho yerro, pues por sabido se tiene que él se presenta exclusivamente en el ámbito de la contemplación objetiva de la prueba, terreno dentro del cual es ajena cualquier consideración en torno a la inobservancia de normas atañaderas al amplio espectro del derecho procesal.

En efecto, acerca de los precisos límites de este yerro ha expuesto esta Corporación que él "...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 la objetividad, ya por agregarle algo que le es extraño, ora porque le haya cercenado su real contenido" (sentencia de 6 de agosto de 1985, no publicada). Este yerro se localiza por tanto, como ya se dijo, en el plano de la contemplación objetiva de la prueba, vale decir, al constatar el juzgador la existencia material o el contenido de los medios de convicción obrantes en la actuación.

No hay dificultad entonces discernir, teniendo por delante las consideraciones precedentes, que en el planteamiento y desarrollo de la censura se incurre en ostensible falla de naturaleza técnica, pues se hace derivar el yerro fáctico en cuestión, de no haberse aplicado los artículos 305 y 306 del C. de P. C., irregularidad en torno a la cual, lo que es también predicable del cargo anterior, ha explicado esta Corporación que "dado el carácter extraordinario del recurso, él implica limitaciones que no puede sobrepasar la Corte; a ésta le está vedado decidirlo en el fondo cuando la demanda mediante la cual se sustenta no es, por su estructuración formal y técnica, sendero apto para que la conduzca al fin perseguido" (auto de 9 de agosto de 1974).

5. El cargo segundo es igualmente defectuoso, porque si para concluir como lo hizo, el Tribunal se basó en que "...la demanda adolece de claridad, debido a que entre la primera y la segunda escritura de venta, cuyas resoluciones se solicitan, las mismas demandantes adquirieron de la firma demandada 'Horacio Martínez Villa y Cía. S.C.A.' varios lotes de terreno, segregados de la finca La Vorágine...", títulos de adquisición que cita el sentenciador con la adición de que "en el libelo demandatorio nada se anunció en relación con estas adquisiciones", es pertinente indicar que, para colegir con base en lo anterior la ineptitud formal de la demanda, el Tribunal se basó necesariamente no sólo en el libelo, sino también y de manera fundamental en los títulos escriturarios ya mencionados, medios de convicción éstos que, como se sabe, no atacó la censura. Por consiguiente, el cargo es incompleto y no permite su despacho de fondo, pues como ha tenido oportunidad de reiterarlo la Corte "...la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de las pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o algunas, 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 la casación.

"No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente, subsistirán las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hace inevitablemente imprósperа la acusación" (G. J. T. CXLII, pág. 146).

6. Viene, entonces, de lo dicho, que los cargos no son prósperos.

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 20 de enero de 1992, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte demandante-recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Representación Sucesoral

El origen y la evolución del concepto de representación sucesoral ha estado siempre hermanado con el criterio de la premoriencia, cosa que fue y sigue siendo su principal soporte, así se cuenten hoy otros casos que igualmente quedan comprendidos por ella, eso es entonces lo que debe predicarse en relación con todos los eventos para los que la ley previó el fenómeno. Así, para no referir más que al que ahora interesa en la definición de la *litis*, en el caso que, junto a otros, en lista el artículo 1043 del Código Civil, inherente a que hay siempre lugar a la representación en la descendencia legítima de los "hermanos legítimos" del difunto. Vale decir, que si, como en el *sub lite*, un hermano del causante le precedió en la muerte habiendo dejado hijos, éstos, los sobrinos del *de cujus*, suben a representar a su padre prefallecido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*.

Santafé de Bogotá, siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 16 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso ordinario de Ana Luisa Montañez de Medrano contra Raúl Antonio, José Andrés, César Augusto, Marlén Rosa y Dagoberto Rincón Medrano, quienes fueron demandados como herederos de Justa de Jesús Medrano de Rincón.

I. ANTECEDENTES

1. Pidióse con la demanda respectiva que, tras declararse que la actora estuvo legítimamente casada con José Francisco Medrano Reyes, y que al morir éste "no existía ninguna persona con vocación hereditaria y dentro de los órdenes sucesorales a excepción de su legítima esposa Ana Luisa Montañez de Medrano", se declare también que por ello carece de validez la herencia que "se colocó en cabeza" de los demandados, ya que se reconoció como heredero a un hermano suyo que había fallecido "con mucho tiempo de anterioridad y consecuencialmente se adjudicó la herencia a sus nietos. Debiéndose entonces reconocer como única heredera a su cónyuge sobreviviente, Ana Luisa Montañez de Medrano, y adjudicar el inmueble relacionado en el *petitum*.

2. La base fáctica de lo pedido, bien puede condensarse así:

a) José Francisco Medrano Reyes, quien había contraído matrimonio con Ana Luisa Montañez de Alvarado el 30 de diciembre de 1973, falleció en Bucaramanga el 26 de junio de 1978, sin que hubiera dejado descendencia, ascendencia, "ni hermanos" que pudiera sucederlo. Solamente le sobrevivió la esposa;

b) El juicio de sucesión lo abrió Justa de Jesús Medrano Rincón invocando su condición de sobrina del causante. Sin embargo, su padre, Carmen Julio Medrano Reyes, había muerto el 21 de mayo de 1924, "cincuenta y cuatro años antes del fallecimiento de su hermano";

c) La mencionada Justa de Jesús falleció el 8 de octubre de 1978 (luego, en adición de demanda, se puntualizó que dicho óbito ocurrió en realidad el 4 de septiembre de ese año, o sea días antes de abrirse el juicio sucesorio de José Francisco Medrano, de lo cual se deriva -dicen- que la prueba de defunción que de ella se arrimó a dicho juicio, es falsa). Como la precitada murió, en el proceso de sucesión de José Francisco se reconoció entonces, por auto de 30 del mismo mes de octubre, a sus hijos Saúl Antonio, José Andrés, Marleny Rosa, César Augusto y Rigoberto Rincón Medrano;

d) La partición, que fue aprobada el 5 de mayo de 1981, se verificó por partes iguales entre la cónyuge y los hermanos legítimos. Así que a los demandados se les adjudicó la mitad de la herencia por derecho de transmisión;

e) Los padres del causante murieron antes que éste.

3. Con oposición a las pretensiones descorrieron los demandados el traslado de rigor. Adviritieron para ello que, según las normas vigentes al momento de fallecer el causante, sí tenían ellos vocación hereditaria, fundamentalmente porque Justa de Jesús entró a representar a su padre premuerto, y cuando ella falleció luego de iniciado el sucesorio, los demandados, a su vez, entraron a representarla.

Formulóse la excepción denominada "falta de causa para demandar", esgrimiendo, en esencia, la misma argumentación antedicha.

4. El proceso culminó en su primera instancia con sentencia desestimativa de las pretensiones, proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Bucaramanga el 16 de mayo de 1991, la que, apelada por la demandante, confirmó el Tribunal Superior de la misma ciudad.

5. La sentencia del Tribunal, calendada el 16 de octubre de 1991, fue recurrida en casación por la misma actora. Recurso que por estar debidamente aparejado, procede la Corte a desatar.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En las primeras líneas hizo el recuento de la cuestión litigada y su trámite procesal. Después, hallando reunidos los presupuestos procesales, entró al fondo del asunto, para lo cual definió la petición de herencia y recordó que las normas aplicables al caso son las vigentes al tiempo de la delación de la herencia. Pasó entonces a examinar la preceptiva del artículo 1041 del Código Civil, con fundamento en la cual determinó que allí se consagra el derecho de representación, extendido incluso hasta la "descendencia legítima de los hermanos legítimos, esto es, a los sobrinos legítimos, entre otros". Por

su lado -agrega- el artículo 1048 *ejusdem*, ante la ausencia de ascendencia y descendencia, manda repartir la herencia, por mitades, entre la cónyuge y los hermanos legítimos.

Al armonizar tales disposiciones, sentó como una primera conclusión la de que "en el tercer orden se hallan los hermanos legítimos y el cónyuge, observándose que en el evento de que aquéllos (hermanos) hubieren fallecido antes que el causante son representados por sus hijos legítimos, vale decir, por los sobrinos legítimos del de *cujus*. Se exige para la operancia de dicho derecho de representación las siguientes condiciones:

a) Que el representante falte;

b) Que el representante en línea descendiente sea legítimo;

c) Que los grados antecedentes, si es del caso, se encuentren vacantes; y

d) Que el representante ostente frente al causante capacidad y dignidad para heredarlo".

Ya de cara al caso concreto, estableció que al causante José Francisco, le sobrevivieron su cónyuge y su sobrina Justa de Jesús Medrano de Rincón, "ésta en representación del hermano legítimo del citado causante Carmen Julio Medrano Reyes", y quien precisamente abrió la mortuoria de aquél (para cuya conclusión dijo ser indubitable que Justa de Jesús falleció en verdad el 8 de octubre de 1978).

Y añadió:

"Permanece que, en criterio de la Sala en el evento *sub judice* se reúnen a cabalidad los requisitos para tener por bien configurado el derecho de representación ejercitado por Justa de Jesús Medrano de Rincón frente a la sucesión de su tío legítimo José Francisco Medrano Reyes. A su vez, resulta indiscutible la aplicación en el proceso sucesorio tan mencionado del artículo 621 del C. de P. C. (no reformado por el Decreto 2272 de 1989) consagratorio de la sucesión procesal, y con sustento en el cual los herederos de Justa de Jesús (aquí demandados) reconocida como asignataria (artículo 1010 C. C.) en la mortuoria, intervinieron en su lugar para efectos de la respectiva partición".

Más adelante, a vuelta de citar la doctrina de la Corte, dice el Tribunal que la representación opera únicamente frente a la "descendencia legítima, o dicho en otros términos, se requiere que los representantes sean hijos o descendientes legítimos de los representados", trayendo a renglón seguido los casos específicos en que, según el artículo 1043 del Código Civil, se configura el fenómeno, entre los que citó el relativo a la descendencia legítima de los hermanos del causante.

Sin más, confirmó la sentencia apelada.

III. LA DEMANDA DE CASACION

Con estribo en la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, dos cargos se enfilan contra la sentencia del *ad quem*, los que se despacharán simultáneamente.

Primer cargo

Denúnciase la violación directa, de un lado, de los artículos 1041, 1042, 1043, 1044 y 1240 del Código Civil, por interpretación errónea; y, de otro, de los artículos 1019, 1240, 1321, 1322, y 1324 del mismo ordenamiento, por falta de aplicación.

Sobre la base de indicar que el punto neurálgico de discusión gravita en el derecho de representación sucesoral, asevera el recurrente que Justa de Jesús no puede representar válidamente a su padre premuerto. Considera, en efecto, que en Colombia se representa, en principio, a los vivos; por excepción, a los muertos, pero solamente frente a los hijos.

La regla general, pues -prosigue- es la de que, con arreglo al artículo 1019 del Código Civil, para ser capaz de suceder se requiere existir al tiempo de abrirse la sucesión, salvo que se suceda por derecho de transmisión, siendo ésta la única salvedad que trae la disposición, de lo cual infiere que "Si el legislador hubiere querido la representación frente a los muertos, otra habría sido la salvedad, o lo que es igual a que, el artículo habría dicho que se sucede por representación o por transmisión".

Con el propósito de demostrarlo, cita el artículo pertinente de los diversos proyectos de código de Bello, resaltando que el de 1841 utiliza los términos de si "viviere o no tuviere impedimento para suceder" en vez de "No quisiese o no pudiese suceder"; el de 1853 empleó la variante "o esta sobreviviere a la persona de cuya sucesión se trata o no tuviere impedimento para suceder", lo cual -asegura- ilustra cómo fue "fundamental para don Andrés Bello que viviera la persona a quien se iba a representar y que varió al señalar 'quisiese o pudiese' en la sensatez que los muertos ni quieren ni pueden".

El artículo 1044 del Código Civil habla de los casos en que cabe la representación, entre los que no está la representación del premuerto, como sí lo está, en cambio, pero exclusivamente, en el fenómeno que disciplina el artículo 1240 del mismo ordenamiento, en sus numerales 1º y 3º, en donde se dice que éstos pueden heredar personalmente o representados por su descendencia legítima, con lo cual "no hace otra cosa que *instituir la representación del premuerto frente a los hijos, hoy en el primer orden sucesoral*".

Y remata:

"Quiere decir lo anterior que *no hay lugar a la representación de premuertos en ningún otro consanguíneo*. Como en el *sub judice* se trata -conforme a la legislación vigente a la muerte del de *cuyus* (sic)- del *cuarto orden sucesoral*, en este orden *no se puede predicar la representación* del extinto Carmen Julio Medrano reyes (hermano del de *cuyus* (sic) por su hija Justa de Jesús Medrano de Rincón".

Se equivocó entonces el Tribunal cuando entendió que los muertos "no podían" suceder, sin percatarse de que la representación en Colombia "no está establecida sino para las personas vivas, *salvo en el actual primer orden sucesoral*, que lo está frente al *premuerto*".

Segundo cargo

La denuncia que por éste se formula señala la violación directa de los artículos 21 de la Ley 45 de 1936 y 87 de la Ley 153 de 1887, reformatorios, en su orden, de los

artículos 1048 y 1051 del Código Civil, en virtud de los cuales se consagran las "órdenes sucesorales correspondientes a la cónyuge supérstite, hermanos del de cuyus (sic) y otros colaterales". De otra parte, el Tribunal dejó de aplicar, y por ello también los violó, los artículos 1321, 1322, 1323 y 1324 del Código Civil.

Al explayarlo, puntualiza el recurrente, de entrada, que "no existiendo naturalmente hermanos vivos, *no podían llegar a la sucesión, en concurrencia con la cónyuge supérstite, colaterales en el cuarto grado de consanguinidad*".

A intento de demostrarlo, observa que si a la muerte del causante no había ascendientes, ni descendientes, los llamados a recoger la herencia eran la cónyuge y los hermanos de él; mas como los hermanos ya no vivían, la herencia corresponde en su totalidad a la cónyuge. Los sobrinos heredarían en caso de estar vacante el cuarto orden sucesoral, porque precisamente constituyen el siguiente, o sea el quinto.

En este caso existía un heredero principal en el cuarto, que lo era la viuda, y, por ende, no tenían cabida los sobrinos.

Consideraciones

1. Como los cargos giran sobre la idea central de la presentación sucesoral, es preciso abordar un estudio, aunque sea mero, de su alcance jurídico, particularmente referido a cuándo se presenta ese fenómeno.

Para ello, nada mejor que empezar memorando que la regla general es la de que se sucede, *mortis causa*, personalmente; en realidad, el heredero concurre a recoger la herencia, en virtud del interés directo y personal que emana del llamamiento que le hace la ley.

Sucede, empero, que ese principio no es infranqueable; y, si de excepciones se trata, cabe hacerle sitio especial al instituto de la representación, que, valga adelantarlo, ostenta en el punto una singular significación, en cuanto que no roza para nada con la idea de la intermediación que caracteriza a la representación en la teoría general del derecho privado. Pues bien, a través de él, quien se presenta a recoger la herencia en persona diferente de la que directamente es convocada por la ley.

Una y otra cosa es reconocida expresamente por el legislador, pues el artículo 1041 del Código Civil establece que "Se sucede ab intestato, *ya por derecho personal, ya por derecho de representación". Son, en definitiva, las dos maneras de acudir a la sucesión intestada.*

A tono con lo que la disposición antedicha dice sobre el particular, la Corte describe la representación sucesoria como "una forma de heredar mediante la cual el descendiente legítimo de un hijo legítimo o natural del causante, o de un hermano legítimo o natural de éste, sube a ocupar el lugar hereditario de dicho hijo o hermano, que no pudo o no quiso suceder" (CLXVI, pág. 464).

La esencia de la representación está, pues, en que una persona ocupe el lugar de un ascendiente suyo que no puede o no quiere recoger la herencia. O sea que una persona que en principio no es llamada legalmente para suceder, entra en vez del que sí lo está, arruinando con ello el postulado rector de las sucesiones, según el cual el

heredero de grado próximo al causante excluye al lejano; pues, como se aprecia, dada la representación, el representante puede concurrir con otros que en aplicación estricta del principio aludido lo excluirían; sólo el instituto de la representación lo pone a cubierto de exclusión semejante. Es ahí donde aflora con signos evidentísimos la suposición de que se sirve la ley, precisamente al partir de la creencia de que el representante tiene el lugar del representado y, de contera, el grado de parentezco y los derechos hereditarios que en realidad éste tendría; más exactamente, de los que tendría su padre o madre, desde luego que, como se dejó advertido la fenomenología estudiada no se presenta sino en la descendencia.

Se comprenderá que si para llegar a concebir tan singular modo de suceder, fue menester pasar de largo ante postulados que, como los enunciados, constituyen o no dudarlo andamiaje importante en la materia, es porque de su parte militan potísimas razones, de mucho peso. Como en efecto las hay; el origen y fundamento del instituto han sido plenamente justificados, y no es asunto que tenga nada de novedoso, por cuanto ha gozado de un sólido reconocimiento desde el fondo de las edades jurídicas. Ya en el derecho justinianeo se plasmó que si alguno de los descendientes "ha muerto dejando hijos u otros descendientes de uno y otro sexo, éstos sucederían en lugar de sus padres..." (Derecho Civil Chileno y Comparado, Luis Claro Solar, Tomo XIII, pág. 243, año 1940). De allí pasó por las diversas legislaciones de España y Francia.

Importa sobremanera destacar cómo desde su mismo origen se justificó diciendo que la representación tiene la virtud de impedir que, so capa de una aplicación rigurosa de principios de viejo cuño, una persona sume a la desgracia de haber perdido prematuramente a su padre o madre, la de no poder recoger lo que a éstos correspondería en caso de que la naturaleza hubiese observado el curso ordinario de las cosas, con arreglo a las cuales la muerte de un hijo no se adelanta a la de los padres.

Siendo así, la representación hizo suponer siempre a un premuerto. Alguien que murió antes que el causante. Tanto, que antaño no se concibió la posibilidad de representar a personas vivas; y a despecho de que la cuestión fue objeto de polémica, así lo estableció sin ambajes el derecho francés, donde sólo los muertos pueden ser representados; todo sobre la base de considerar que la representación presupone que el grado intermedio entre el causante y el representado está vacante, y que no se estima que un lugar esté libre sino en el caso de que quien lo ocupaba haya fallecido.

Ya en el Código de Bello se entronizó la posibilidad de que también se pudiera representar a los vivos, previéndose en los casos de herederos que, aunque sobrevivieron al causante, no podían heredar por indignidad, incapacidad o desheredamiento; es más: hasta frente a quienes renunciaban a heredar.

Ahora bien. No es éste el lugar para acometer el estudio que conduzca a desentrañar los motivos que llevaran a hacer tal extensión en nuestro medio; ni tampoco para ver de establecer su validez. Porque lo decisivo para el caso es mostrar cómo la representación ha convivido siempre con el fenómeno de la premuerte, convirtiéndose así en su pilastre. Si se ha querido extender su aplicación para comprender igualmente a personas vivas, como de hecho se ofrecen en algunas legislaciones, no es más que eso: una simple extensión, una mayor cobertura que cobije a otros casos; pero en su base siguen los premuertos.

Cuanto se deja dicho pone al descubierto que es erróneo sostener, como lo hace el casacionista, que en medios como el nuestro el principio se invirtió y que aquí la regla general es la de que la representación cabe frente a personas vivas y sólo excepcionalmente para los premuertos. El alargamiento del fenómeno que hace un momento se hizo anotar, no hace ecuación con la sugerida inversión del postulado.

Todo lo cual se comprueba si se repara en los antecedentes del Código Civil Chileno, al auscultar los anteproyectos de Bello, los mismos que, por contraste, cita el censor en apoyo de su tesis. Evidentemente, tan acendrado estaba el principio de la premoriencia, que en el primer proyecto (1841), en su artículo 6°, Título II, se leía que "la representación consiste en suponer que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta viviese...". Cosa que se reprodujo en el proyecto de 1853. Naturalmente que la expresión "si viviese" hasta entonces utilizada, imponía la idea de que alguien ya había muerto.

Cierto que el articulado final no conservó dicha expresión, porque fue reemplazado por la que dice "si este o aquél no quisiese o no pudiese suceder". Empero, la modificación no obedece a un cambio de criterio, y mucho menos que tradujera que en adelante no cabe representar a los muertos sino solamente a los vivos. No. La prístina redacción fue modificada porque se cayó en la cuenta de que si bien ella resultaba ceñida a la representación de los franceses, donde, como se dijo, no se concibe sino en el caso de premoriencia, no acompasaba, en cambio, con el ordenamiento de Bello, toda vez que, a la par, se estaba reconociendo, en otro artículo, la representación de personas vivas (artículo 987), punto en el que se marcaba una diferencia importante en relación con Francia. Entonces, para armonizar una y otra disposición, se adoptó la fórmula expresada en los términos de "no quisiese o no pudiese suceder", en la que, sin duda, caben los premuertos y los vivos. Los premuertos, porque obviamente no pueden poder.

Nuestro código, por su lado, dice exactamente lo mismo (artículo 1041 en armonía con el 1044). Por lo demás, así lo ha entendido la Corte al expresar que "una de las condiciones de la representación sucesoria consiste en que 'el lugar del representado se encuentre 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'". (CLXVI, p. 465).*

2. Compendiando: sí, pues, el origen y la evolución del concepto de representación sucesoral ha estado siempre hermanado con el criterio de la premoriencia, cosa que fue y sigue siendo su principal soporte, así se cuenten hoy otros casos que igualmente quedan comprendidos por ella, es eso entonces lo que debe predicarse en relación con todos los eventos para los que la ley previó el fenómeno. Así, para no referir más que al que ahora interesa en la definición de esta litis, en el caso que, junto a otros, en lista el artículo 1043 del Código Civil, inherente a que hay siempre lugar a la representación en la descendencia legítima de los "hermanos legítimos" del difunto. Vale decir, que si, como en el sub lite, *un hermano del causante le precedió en la muerte habiendo dejado hijos, éstos, los sobrinos del* de cujus, *suben a representar a su padre prefallecido.*

3. Pónese de manifiesto que los cargos no se abren paso, habida cuenta que, contrariamente a lo que en ellos se plantea, sí cabe representar al padre que, siendo hermano del causante, falleció primero que éste. Precisamente lo que aconteció con Justa de Jesús, hija de Carmen Julio (hermano de José Francisco el causante), quien murió primero que éste. Posteriormente se presentó fue el fenómeno de la transmisión al morir Justa de Jesús, concurriendo entonces sus hijos a la susodicha mortuoria.

Valga añadir en concreto para el segundo de los cargos a despachar, que la sobrina del causante (hija de su hermano premuerto) heredó no en forma personal, sino a través de la representación dicha, y, por eso, no estando en principio en el orden sucesoral de la cónyuge supérstite, a éste llegó por la suposición que la ley hace al considerarla como ocupante del lugar de su padre, con el grado de parentesco que éste tenía. Por eso irrumpe en un orden sucesoral en el que en principio no se le veía.

4. No prosperan, en consecuencia, los cargos.

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 16 de octubre de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga.

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

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

Banco de la República

El Banco de la República es una sociedad de derecho público económico de naturaleza única, especial o *sui generis*, que no puede clasificarse como establecimiento público, ni como empresa industrial y comercial del Estado, ni como sociedad de economía mixta. Está organizado como sociedad por acciones y tiene autonomía administrativa especial, personería jurídica y patrimonio independiente. Ejerce con exclusividad el atributo de emisión del Estado, es el guardián de las reservas internacionales del país y el ejecutor de la política monetaria. Tiene, a la vez, funciones de giro, depósito, descuento y redescuento, así como las demás contempladas en el presente reglamento constitucional y en otras leyes.

Mina / Sociedad de Mina / Sociedad de Hecho

En vigencia del actual Código de Comercio, estas últimas empresas organizadas para el laboreo de las minas, aun cuando se designen como sociedades ordinarias de minas, deben constituirse por escritura pública, so pena de que por ausencia de este requisito surja una sociedad de hecho cuya característica principal consiste en que no es persona jurídica, lo cual se traduce, en que los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho.

Compraventa de Oro

La venta de oro al Banco de la República no sólo no es acto regido por el derecho público, sino que, dentro de las distintas especialidades que conforman el derecho privado, se acomoda perfectamente a las normas del Código de Comercio, por las cuales se gobierna.

Acto Comercial

En la noción de acto de comercio consagrada en el numeral 16 del artículo 20 del Decreto 410 de 1971 (Código de la materia), no se involucra para nada el elemento de la especulación como factor condicionante del acto mercantil.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

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

Referencia: Expediente número 4054.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de junio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por la Sociedad "Auríferos del Nechí frente a la Sociedad "Mineros de Antioquia S. A.".

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda repartida al Juzgado Trece Civil del Circuito de Medellín, la sociedad actora solicitó que con audiencia de la demandada se hagan las siguientes declaraciones:

a) "Mineros de Antioquia S. A." incumplió el contrato de arrendamiento celebrado con la demandante "Auríferos del Nechí", el 9 de noviembre de 1979, al cual se alude en los hechos de la demanda;

b) Como consecuencia de la declaración anterior, la demanda está obligada a pagar a la demandante los perjuicios causados, según tasación pericial, con corrección monetaria;

c) Se condene en costas a la demandada.

2. Las peticiones anteriores tienen por fundamento los hechos que a continuación se sintetizan:

a) Mediante documento suscrito el 9 de noviembre de 1979, "Mineros de Antioquia S. A." dio en arrendamiento a "Auríferos del Nechí" parte de las minas de su propiedad denominadas "Los Angeles 5" y "Los Angeles 6", especificados como aparece en el hecho primero de la demanda;

b) Como término de duración del contrato se estipuló el que "de los estudios de exploración, resulte ser necesario para que los equipos de explotación utilizados muevan y traten las yardas cúbicas explotables en las terrazas de la zona entregada en arrendamiento; pero, en todo caso, por un término no superior a diez (10) años";

c) Suscrito el contrato, la sociedad arrendataria inició los trabajos de estudio y exploración de las minas, labor que desarrolló durante los meses de noviembre de 1979 a septiembre de 1980 y para la que contrató técnicos extranjeros;

d) En consideración a que la exploración demostró que se trataba de una zona rica en oro, la arrendataria inició los trabajos de explotación en el sector denominado "Los Angeles número 5", empleando costosa maquinaria importada que se detalla en el hecho

8ª de la demanda y la mano de obra de 30 trabajadores permanentes, sin incluir personal administrativo y técnico;

e) Como el terreno en donde comenzó la explotación era de propiedad de César y Guillermo Escobar Ceballos, la arrendataria se obligó con ellos a pagarles los perjuicios que pudieran causárseles a la hacienda "El Guamo", mediante contrato contenido en las hojas de papel sellado número AFO7419152 y AFO7410153. Además, la arrendataria debió adelantar las gestiones administrativas y policivas que da cuenta la demanda;

f) Pese a que la arrendataria estaba cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato, y cuando la explotación de la mina avanzaba en todo su vigor, la arrendadora incumplió lo acordado en forma arbitraria e injusta, pues arrendó el mismo inmueble a José Miguel Mira Builes y Alberto Guillermo Salazar Santos el 6 de junio de 1984 (las mismas "Los Angeles número 5" y "Los Angeles número 6"), haciendo entrega del mismo a partir del 1º de enero de 1984, cuando en esa misma calidad lo había recibido la sociedad aquí actora por virtud del contrato suscrito el 9 de noviembre de 1979;

g) La arrendataria solicitó la protección debida al Ministerio de Minas y Energía, que finalmente resolvió en forma negativa la entidad, argumentando la existencia del nuevo contrato con Mira y Salazar, reportado por la sociedad demandada, decisión administrativa que de paso dejó a la arrendataria sin la protección que hubiera podido obtener de la Alcaldía Municipal de Nechí, pues era imperioso respetar la determinación ministerial;

h) Los nuevos arrendatarios Mira y Salazar, lo mismo que las otras personas indicadas en el hecho 20 de la demanda, "se han enriquecido enormemente extrayendo oro..." de las citadas minas, por lo que el incumplimiento contractual de la demandada "causó gravísimos perjuicios" materiales y morales a la actora, los cuales ésta estima en más de $500.000.000, por las razones que se indican en el hecho 21 del libelo;

i) "Entre los invasores de las minas estaban los señores César y Guillermo Escobar Ceballos, quienes por ser propietarios del suelo en donde la maquinaria se instaló pudieron enterarse de las inmensas riquezas destapadas con los trabajos de Auríferos del Nechí, hechos a un gran costo"; y entre la maquinaria estaba un Trommel, encargado de lavar la arena, aparato que "no dio el rendimiento esperado, motivo por el cual se levantó junto con toda la maquinaria, para ser repuesta en su integridad... Cuando Auríferos del Nechí fue a hacer las nuevas instalaciones, se encontró con los invasores Escobar-Ceballos, colonizados por Mineros de Antioquia".

3. La Sociedad "Mineros de Antioquia S. A." descorrió oportunamente el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la actora y manifestando principalmente, respecto de los hechos de la misma, que no supo de trabajos de exploración adelantados por la actora, pero sí sobre la puesta en funcionamiento por ella de "un establecimiento minero y, posteriormente, que había fracasado rotundamente y había sido desmontado y vendido"; que nunca fue informada de las lavadas de material aurífero hecho supuestamente por la actora, "pero fue voz general en la región que el montaje no había servido a sus propósitos y que, por ello, Gus Meade (Gerente de "Auríferos del Nechí", se agrega) había vendido todo y se había ausentado definitivamente del país a los pocos meses de iniciar operaciones"; que muchos de los equipos utilizados por la demandante no eran adecuados para el sistema de explotación empleado y por eso fueron

vendidos rápidamente, adquiridos incluso algunos por la demandada, y que "ante sus crecidas pérdidas operacionales, resolvió vender todo lo que había involucrado a su montaje minero, abandonar la zona y desistir de nuevos intentos; tanto fue eso así que el señor Gus Meade, único socio con capacidad económica para afrontar los costos... se ausentó definitivamente del país desde antes de diciembre de 1982 y dejó un apoderado para que terminara de vender los activos de Auríferos del Nechí"; que, desde mediados de 1982, la actora empezó a levantar su montaje, y en diciembre del mismo año le vendió los campamentos a Guillermo Escobar Ceballos; y que como en la zona "se habían suspendido los trabajos de explotación desde hacía más de seis meses, y por ello el convenio complejo que unió a tales sociedades estaba legalmente terminado, se les entregó a unos nuevos mineros".

4. El *a quo*, convertido en Juez Cuarto Civil del Circuito de Medellín (fls. 363 vto. y 364 del C. 1), le puso término a la primera instancia por sentencia de 18 de diciembre de 1991, denegando las súplicas de la demanda y condenando en costas a la parte actora.

5. Contra lo así decidido interpuso apelación la demandante, recurso resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín mediante sentencia de 24 de junio de 1992, por conducto de la cual revocó la del *a quo*, se declaró inhibido para pronunciarse de fondo y condenó en costas a la parte actora.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En orden a dilucidar, prioritariamente, si están cumplidos los presupuestos procesales, el *ad quem* manifiesta que al momento de celebrarse el contrato de sociedad entre Gus Meade y Gabriel Calle, lo mismo que el de arrendamiento de las minas, el artículo 247 del "Estatuto Minero de entonces en concordancia con el artículo 2086 del C. Civil" permitían, entre otras, la constitución de sociedades ordinarias de minas, entendidas como las que se forman comúnmente para el laboreo de las minas y sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para los otros tipos sociales previstos en la primera de esas normas, regulados en el Estatuto Minero pese a no ser reconocida su existencia en el Código Civil, pero que al entrar en vigor el Código de Comercio lo mismo que el Decreto 1275 de 1970 y las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, las sociedades ordinarias de minas "quedaron reducidas a aquellos trabajos relacionados con la actividad minera que no sean de naturaleza mercantil según el artículo 20 del primero de esos estatutos, por lo que, al proponerse explotar la zona minera arrendada, la sociedad actora debió constituirse con las formalidades exigidas por el Código de Comercio" ya vigente para el año de 1980.

Distinto de esa exigencia legal para su constitución, prosigue el sentenciador, el contrato social de la demandante aparece en documento privado (fls. 56 a 61 C. 5) y, consecuentemente, esta es una sociedad de hecho, "que no es persona jurídica y que, por lo mismo, sólo conforma un patrimonio social... Por consiguiente, cuando las pretensiones de la demanda se formulan para la llamada persona jurídica 'Auríferos del Nechí' que, según se vio, es *inexistente* como persona jurídica, faltan los presupuestos procesales que derivan de la existencia de la parte actora".

Aún admitiendo que en vigencia del actual Código de Comercio pudieran constituirse por documento privado sociedades como la actora, continúa el Tribunal, nada

obsta para que una mina pueda ser objeto de arrendamiento, pues ello no es extraño a las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, postura esta última a partir de la cual analiza dicho sentenciador el caso debatido a la luz de la declaración de Gabriel Calle y los testimonios de Hernán López, Antonio José Martínez (fls. 10, 17 y 61 C. 4) y Guillermo Escobar Ceballos, lo mismo que de los documentos obrantes entre folios 16 a 40 del cuaderno 5, para concluir que "hubo *incumplimiento* de los arrendatarios que se concreta así: de la vasta zona minera recibida solamente se ocupó directamente, de explorar y explotar una parte y lo hizo en forma inadecuada, sin emplear los medios técnicos para una producción acorde con la riqueza de la región; suspendió intempestivamente los trabajos al liquidar el personal y vender las maquinarias y los campamentos a un tercero, lo que hizo 'Auríferos del Nechí' por intermedio de su Gerente; como consecuencia de esta suspensión, no volvió a pagar regalías a la arrendadora y finalmente, cedió a terceros los derechos derivados del contrato, parcialmente en favor del señor Guillermo Escobar Ceballos, lo que también realizó su Gerente Gus Meade"; fuera de que, aun cuando no se consignó en forma expresa en el contrato, la arrendataria no podía ceder el arriendo, según los alcances del artículo 2004 del C. C., que sólo lo permite con autorización expresa del arrendador.

Advierte por último el sentenciador, que no obstante las consideraciones de fondo que acaban de hacerse, para él lo "más jurídico" es lo atinente a la ausencia del presupuesto procesal capacidad para ser parte en la actora, como ya se había indicado, razón acorde con la cual, una vez revocó la decisión del *a quo*, se declaró inhibido para proveer de fondo.

II. LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos, todos por la causal primera de casación contemplada por el artículo 368 del C. de P. C., formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales despachará la Corte en forma conjunta.

Cargo primero

Por su conducto se le endilga a la sentencia la infracción directa de los artículos 20, numerales 16, 98, inciso 2 del C. de Co., por aplicación indebida; 1ª, 2º, 3º de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; 71, 72, 2079, 2083 del C. C.; 498, 499 del Código de Comercio; 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 283, 284 del Código de Minas (Ley 38 de 1887); 37, 38, 39, 40, 41 del Decreto 444 de 1967; 4º y 37 numeral 8º del C. de P. C.

Lo sustenta la recurrente manifestando que el numeral 16 del artículo 20 del Código de Comercio no es aplicable al presente litigio, pues del contrato de arrendamiento que dio origen al mismo "se infiere que el oro a pesar de ser producto de la naturaleza no queda incorporado dentro del texto legal antes mencionado...", por no ser su venta acto de comercio, sino monopolio del Banco de la República, según lo establecen los artículos 37 y 38 del Decreto 444 de 1967, entidad que fija los precios y compra el producto, sin que se dé la libre competencia caracterizadora del acto comercial.

Continúa aseverando la censura que en virtud de la indebida aplicación dada por el Tribunal al numeral 16 del artículo 20 del Código de Comercio, consideró que el

artículo 251 del Código de Minas se encontraba derogado, norma que transcribe para destacar que las compañías ordinarias de minas se rigen por tal ordenamiento y no por el Código Civil; a lo que agrega que la Ley 60 de 1967 ni la Ley 20 de 1969, ni el Decreto Reglamentario 1275 de 1970 citados en forma genérica por el Tribunal, hacen relación al régimen de las asociaciones mineras y menos a la sociedad ordinaria de minas.

Puntualiza además la impugnante, una vez invoca el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, que no existe razón para pensar que no esté vigente la regulación consagrada para la sociedad ordinaria de minas en el código de la materia (art. 251), de todo lo cual concluye que el acto de constitución de la misma es "consensual y que tiene plena validez cuando se halla constituida por documento privado..."; tesis en respaldo de la cual transcribe, en lo pertinente, el concepto de algunos doctrinantes. El Tribunal cometió entonces yerro jurídico, dice, al exigir para la demostración de la existencia de la sociedad ordinaria de minas, que ésta debe constar en escritura pública, como al negar, consecuente con lo anterior, la existencia de la actora como sujeto de derechos y obligaciones, y al considerar, de igual manera, que la venta de oro es acto de comercio "con claro quebranto del artículo 37 del Decreto 444 de 1967", motivos todos esos que lo llevaron a vulnerar las disposiciones indicadas en el inicio del cargo.

Pide, por ende, se case la sentencia del Tribunal y se revoque la del *a quo* para que, colocada en sede de instancia, la Corte acoja las pretensiones de la demanda.

Cargo segundo

Por éste se denuncia la sentencia de violar indirectamente los artículos 20, numerales 16, 98, inciso 2º del Código de Comercio, por aplicación indebida; 1º, 2º, 3º de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; 71, 72, 2079, 2083 del C. Civil; 498, 499 del Código de Comercio; 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 283, 284, 1º del código de Minas (Ley 38 de 1887); 37, 38, 39, 40, 41 del Decreto 444 de 1967; 4º, 44, 251, 252, numerales 2º, 3º, 4º, 264, 268 y 276 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

Al concretar los yerros de estimación probatoria, la recurrente refiere que:

a) El Tribunal no se percató que al folio 9 del cuaderno 1 obra certificado de la Cámara de Comercio de Medellín en donde consta la constitución de la sociedad ordinaria de Minas "Auríferos del Nechí", de donde se infiere que "en el acta de constitución... se cumplieron los requisitos previstos en el Código de Minas sobre el particular; y

b) Que tampoco se percató que con el escrito de excepciones previas la demandada aportó el acta de constitución de la sociedad ordinaria de Minas "Auríferos del Nechí", expedida por la Cámara de Comercio de Medellín.

En procura de demostrar los yerros denunciados manifiesta que por dejar de ver el Tribunal el acta de constitución de la sociedad actora, no se percató que ésta reúne las exigencias de los artículos 251, 252 y 253 del Código de Minas, lo mismo que las consagradas en los artículos 283 y 284 *ibidem*, por cuanto allí aparece quién es su Gerente; que el sentenciador desconoció su existencia y su capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones como consecuencia de aplicar indebidamente el numeral 16 del artículo 20 del Código de Comercio; no dándose cuenta que el objeto de ella es la exploración y explotación de minerales, entre ellos los auríferos, dejando de

hacer actuar por eso los artículos 37, 38 y 39 del Decreto 444 de 1967, según los cuales la venta de oro es monopolio del Banco de la República, motivo por el cual "si no existe el libre juego de la oferta y la demanda, si con los precios del oro no se puede especular... no puede considerarse la venta de oro acto mercantil". En esas circunstancias, prosigue, y por cuanto la sociedad ordinaria de minas "puede constituirse por documento privado o mediante un acta por tratarse de un pacto consensual, y que las normas reguladoras de la misma antes citadas y que forman parte del antiguo Código de Minas, se hallan vigentes, no podía el Tribunal desconocer la existencia de la sociedad y su capacidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones...".

Indica seguidamente el impugnante, que por ignorar objetivamente los documentos reseñados, el Tribunal quebrantó las normas legales señaladas en el inicio del cargo, por lo cual pide casar la sentencia atacada para que la Corte, en sede de instancia, revoque la del *a quo* y acceda a las pretensiones de la demanda.

Cargo tercero

Mediante él se acusa la sentencia de infringir indirectamente los artículos 1546, 1602, 1603, 1609, 1974, 1975, 1982, numeral 3º, 1983, 1986, 1988, 1608 del Código de Comercio; 8º de la Ley 153 de 1887; 830, 864, 870, 871, 20, numerales 16, 98, inciso final del Código de Comercio; 2079 del Código de Comercio; 1º, 2º, 3º de la Ley 153 de 1887; 37, 38, 39, 40, 41 del Decreto 444 de 1967; 251, 252, 283 y 284 del Código de Minas, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

El recurrente concreta los yerros probatorios que denuncia diciendo que el Tribunal no estimó correctamente los testimonios de Oscar Betancourt Salazar y José Antonio Martínez Isaza, lo que no le permitió ver que la actora fue perturbada permanentemente en el ejercicio de sus derechos como arrendataria de las minas por invasores respaldados por la arrendadora demandada, pues ella les arrendó a éstos esas mismas minas; que el Tribunal tampoco se percató de la Resolución 000139 de 7 de febrero de 1985, en virtud de la cual el Ministerio de Minas negó a la actora la protección solicitada al reconocer el derecho de esos nuevos arrendatarios; y que desconoció igualmente la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre la empresa demandada, de una parte, y José Miguel Mira y Alberto Guillermo Salazar, de la otra, abrante a folios 121 y 122 del cuaderno 4.

Afirma el casacionista en el cargo que la demandada estaba obligada a amparar a la actora en el uso y goce de las minas arrendadas; que de los anteriores medios se desprende que la empresa arrendataria fue perturbada por aquellos invasores, contra quienes no surtieron efectos las acciones policivas que adelantaron, toda vez que Mineros de Antioquia los había convertido en arrendatarios de las mismas; que por ser bilateral el contrato celebrado entre las dos empresas, la demandada no podía invalidarlo unilateralmente como lo hizo, por lo que incurrió en incumplimiento; que la actora comenzó la explotación de las minas cumpliendo con las obligaciones a su cargo y en favor de la demandada, pero que se vio precisada a suspender los trabajos para adecuar la maquinaria y obtener mayores beneficios, comportamiento éste de su parte en el que no se puede advertir incumplimiento del contrato; y que "la situación a que hace

referencia el *Tribunal* fue hábilmente provocada por *Mineros de Antioquia S. A.*, quien, se repite, rompió en forma unilateral, un contrato bilateral...".

En razón de los planteamientos anteriores, el censor termina solicitando a la Corte casar la sentencia recurrida para que, en instancia, revoque la del *a quo* y acoja las pretensiones en el fallo sustitutivo que debe proferir.

Se considera

1. El anterior Código de Minas (Ley 38 de 1887) consagró, entre las cuatro clases de sociedades que según él se podían constituir para la explotación de las minas, la sociedad ordinaria, distinguida en el artículo 251 ibidem *como aquella que se formaba comúnmente "para el laboreo de las minas, sin los requisitos necesarios para que pudieran considerarse como alguna de las clases anteriores"; y que estaba regida por las normas de aquel estatuto pese a "no ser reconocida su existencia en el Código Civil". A despecho, pues, de que el Código Civil no reconociera su existencia, la sociedad ordinaria de minas se regulaba por las disposiciones del Capítulo XVI del Código de la Materia, conforme al cual el Presidente o Director de esta sociedad era el representante legal de la misma y la obligaba en sus actos judiciales como extrajudiciales (arts. 283 y 284).*

Haciendo alusión a este tipo social dijo la Corte que "Desde el momento en que dos o más personas convengan en la explotación o laboreo de una mina deberán formalizar la sociedad ordinaria, si así quieren organizar el negocio, haciendo cuando menos el nombramiento de Presidente o Director de ella. El cumplimiento de ese requisito que mira a su dirección y debida representación ante terceros, es suficiente para que su existencia quede reconocida y protegida por la ley (art. 283 del C. de M.). Dicho Presidente o Director es representante legal de la sociedad y la obliga en sus actos así judiciales como extrajudiciales (art. 284 ibidem*)" (sentencia de 24 de octubre de 1940 G. J. T. 50, pág. 386).*

2. Al entrar en vigor el actual Código de Comercio, éste dispuso en el numeral 16 del artículo 20 que "Son mercantiles para todos los efectos legales... Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza", con lo cual el legislador amplió la órbita de los actos del comercio, en los que quedó comprendido el laboreo comercial de la sociedad ordinaria de minas, pues acorde con la exposición de motivos del proyecto de 1958, que fue la que en últimas imperó frente al Decreto 410 de 1971, una vez se explicó en él que la mayor cobertura estaba en consonancia con la tendencia moderna del derecho comercial, seguidamente se advirtió que "...La enumeración no sólo comprende actos ocasionales o transitorios de comercio, sino que se hace extensiva a ciertas empresas, esto es, a ciertas formas organizadas de actividad económica. Lo cual quiere decir que lo que sirve de fundamento para la calificación de mercantil en esos casos ***es la forma o modo de ejercer determinadas operaciones y no éstas, aisladamente consideradas...*** *" (resaltado de la Corte).*

Obsérvese, por lo demás, que el Código de Comercio entrado en vigor el 1° de enero de 1972, no se limitó a enunciar en los 19 numerales de su artículo 20 el carácter de mercantiles de los actos allí previstos, sino que en su artículo 23 declaró, por vía de

ejemplo, cuáles otros no tienen esa calidad, complementando en su artículo 100 que "se tendrán como comerciales para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial...". "Las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada (prosigue el precepto) se regirán por las normas de las compañías comerciales, cualquiera que sea su objeto".

Con similar criterio regulador vino a expresar el artículo 121 ibidem, *que "las sociedades en nombre colectivo y las en comandita simple podrán constituirse por documento privado, sin sujeción a las prescripciones de este Código, cuando no se propongan actividades comerciales como objeto principal; pero el correspondiente documento deberá contener las estipulaciones que trae el artículo 110 y ser inscrito en el registro mercantil, lo mismo que las reformas del contrato social, para que dichas estipulaciones y reformas sean oponibles a terceros". Desplegada, igualmente, labor de parangón entre las empresas que consagra el artículo 20 del Código de Comercio y el artículo 25* ob. cit., *se concluye que el ejercicio de una actividad patrimonial mediante el desempeño de una gestión empresarial, denota por esa sola circunstancia carácter mercantil.*

De manera que el Código de Comercio actual introdujo una regulación completa al régimen existente de las sociedades, con incidencia directa sobre las disposiciones pertinentes del Código Civil, el artículo 2° de la Ley 124 de 1937 e inclusive el Código de Minas, todo sujeto a las prevenciones del artículo 3° de la Ley 153 de 1887. Por lo mismo, relativo a la conformación de empresas para el laboreo de las minas, es pertinente declarar que éstas pasaron a ser desde entonces sociedades de carácter comercial, lo que implica el sometimiento de las mismas al código de la especialidad, no sólo por el aspecto de su constitución (art. 110), sino de su ulterior funcionamiento, con cuanta más razón si el artículo 2036 del Código de Comercio no consagró excepciones a la aplicación de este estatuto distintas a las allí previstas, que no excluyen en forma expresa, como sería preciso que lo fuera, a las empresas organizadas para el laboreo de las minas.

Pertinente es, pues, entender que en vigencia del actual Código de Comercio, estas últimas empresas, aun cuando se designen como sociedades ordinarias de minas, deben constituirse por escritura pública, so pena de que por ausencia de este requisito surja una sociedad de hecho (artículo 498), cuya característica principal consiste en que "no es persona jurídica" (artículo 499), lo cual se traduce, como lo indica la señalada norma, en que "...los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho".

3. De manera que si bien es cierto que antes de entrar en vigor el Código de Comercio, la Sociedad Ordinaria de Minas no requería para su legal formación de ninguna solemnidad especial, como lo sería la exigencia de acta de constitución, por cuanto había sido concebida en el ordenamiento como un contrato eminentemente consensual, y no obstante que desde el 9 de noviembre de 1979 se celebró el contrato de arrendamiento entre Mineros de Antioquia, de una parte, y Gas Meade y Gabriel I.

Calle G., de otra, visible a folios 1 y 2 del cuaderno 1, en el cual estos dos últimos dijeron actuar, en su calidad de arrendatarios "como únicos socios y representantes legales de la sociedad Ordinaria de Minas Auríferos del Nechí", no por eso hay que dejar de advertir que apreciada el acta obrante a folios 56 y siguientes del cuaderno 5 surge nítido que la preanotada sociedad minera conformada por Meade y Calle emergió el 16 de julio de 1980, pues de acuerdo con esa prueba y las propias manifestaciones allí vertida por los socios, ellos se reunieron en esa fecha "con el fin de formar una Sociedad Ordinaria de Minas...", vale decir, fueron ellos mismos quienes, por fuerza de las circunstancias, sólo exteriorizaron para ese momento el aludido propósito de asociarse. Con todo, si dada la referida consensualidad del contrato hubiese que entender que la constitución de la sociedad ordinaria de minas "Auríferos del Nechí" se dio a partir del 9 de noviembre de 1979, fecha en que se suscribió el contrato de arrendamiento aludido, la situación en nada variaría, porque en uno u otro evento ese hecho siempre quedaría sometido al imperio del artículo 110 del Código de Comercio, con las consecuencias conocidas.

Por ser, pues, la sociedad en comento de naturaleza comercial y haberse constituido en momentos en que ya regía la modificación impuesta en el artículo 110 del Código de Comercio sobre la regulación hecha por el estatuto minero, es obvio concluir que la ausencia de la solemnidad de la escritura pública como allí se dispuso para su constitución, originó el surgimiento de una auténtica sociedad de hecho, que naturalmente no es persona jurídica y que, cual lo dejó dicho con acierto el Tribunal, denota por el extremo activo de esta actuación la ausencia del presupuesto procesal capacidad para ser parte, determinante, como se sabe, de impedimento para la decisión de mérito. No sobra advertir que hoy, por mandato del artículo 141 del actual Código de la materia (Decreto 2655 de 1988), la sociedad ordinaria de minas debe constituirse por documento público o privado.

4. La venta de oro al Banco de la República no es, pese a las regulaciones introducidas por el Decreto 444 de 1967 acto regido por el derecho público, pues como lo dijo la Corte en sentencia de 19 de junio de 1991, que guarda vigencia frente a la actual constitución, "...la jurisprudencia de la Corporación, ha sentado de antaño la tesis reiterada de que el sistema monetario, cambiario y crediticio de la Nación no es particular sino público, y no propiamente de estirpe legal, sino constitucional; criterio que comparte y reitera ahora esta Sala, como quiera que él tiene claro soporte en las regulaciones que sobre el particular consagra la Constitución de 1886 y fortalecieron las reformas constitucionales de 1936 y 1968, respectivamente.

"2. Sin embargo, es oportuno señalar que una cosa son las medidas que adopta el Estado en lo tocante con su política monetaria, cambiaria y crediticia, sometida por entero al régimen de derecho público, y otra muy distinta los acuerdos a que, por delegación o encargo del Estado y en desarrollo o ejecución de esas decisiones suyas de soberanía, llegue a celebrar el Banco de la República con particulares en torno a la compraventa de oro, pacto que no por la sola circunstancia de quedar enmarcado dentro de los esquemas generales fijados por la ley, cae bajo la órbita del derecho público, sino que, por supuesto, se regula teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la mencionada entidad y acorde, además, con las disposiciones especiales que gobiernan su régimen de contratación.

"A este respecto es pertinente precisar que el Banco de la República es una sociedad de derecho público económico de naturaleza única, especial o sui generis, que no puede clasificarse como establecimiento público, ni como empresa industrial y comercial del Estado, ni como sociedad de economía mixta. Así se infiere del artículo 1º del Decreto Autónomo 386 de 1982 al precisar que 'es el Banco de la República, entidad de derecho público económico y de naturaleza única. Está organizado como sociedad por acciones y tiene autonomía administrativa especial, personería jurídica y patrimonio independientemente. Ejerce con exclusividad el atributo de emisión del Estado, es el guardián de las reservas internacionales del país y el ejecutor de la política monetaria. Tiene, a la vez, funciones de giro, depósito, descuento y redescuento, así como las demás contempladas en el presente reglamento constitucional y en otras leyes'.

"Es por virtud de su naturaleza única y especial que el artículo 18 del Decreto 2617 de 1973 prescribe que 'el Banco de la República seguirá funcionando de acuerdo con las normas vigentes no modificadas por la Ley 7ª de 1973 y por el presente decreto y, en consecuencia, no le serán aplicables las disposiciones de los Decreto 1050 y 3130 de 1968...'.

"Pero, algo más: debido a su naturaleza única y especial, el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 386 de 1982, dispone que al Banco no lo es 'aplicable el régimen de las entidades descentralizadas del orden nacional, determinado, principalmente, por los decretos extraordinarios 1050, 2400, 3074 y 3130 de 1968; y 128, 130 y 150 de 1976', y por lo tanto tampoco le resulta aplicable el decreto 222 de 1983, alusivo a dicho régimen.

"¿Cuál es entonces la normatividad jurídica a que se acoge el Banco de la República? La respuesta la suministra el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 386 de 1982, al indicar que 'El régimen jurídico interno y externo del Banco y de sus operaciones está constituido por las Leyes 25 de 1923, 82 de 1931 y 7ª de 1973; por el Decreto extraordinario 1189 de 1940; por los reglamentos constitucionales 2617 y 2618 de 1973; por las disposiciones del presente Decreto y por las demás normas legales bancarias y financieras complementarias que le conciernen; por sus estatutos y reglamentos y por los contratos celebrados con el Gobierno Nacional".

"Examinando el anterior cuerpo normativo, se observa, por otra parte, que al tenor del inciso 3º del artículo 2º del Decreto 386 de 1982, las operaciones mercantiles y civiles que desarrolla la entidad están sometidas al derecho privado, cosa que también ocurre, en general, con sus actos que no tengan el carácter de administrativos. En efecto, reza en forma expresa esta norma que "las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las disposiciones del derecho privado". En igual sentido, el artículo 7º del decreto en comento estatuye que los contratos que celebre dicha entidad con terceros 'en nombre y por cuenta propios, y aquellos que celebre con el fin de desarrollar o cumplir otros contratos efectuados con el Gobierno Nacional para la administración de determinados servicios, tales como a los que se refiere el artículo siguiente, se ceñirán al régimen de contratación propio del Banco o, en los casos no previstos por éste, a las normas

comunes del derecho privado" (se destaca). Dentro del linaje de estos últimos, se ubica el que es materia de este litigio.

"No es verdad, entonces, que el contrato de compraventa de oro que se celebra entre el Banco de la República, y los mineros o particulares esté encasillado entre las disposiciones del Decreto 222 de 1983, o que se trate de un contrato administrativo sometido a la normatividad que es propia de éstos, porque acorde con la naturaleza de dicha entidad y el régimen legal que le es aplicable, éste es un contrato que por no tener regulación específica dentro del esquema legal del Banco, se ciñe por entero a la reglamentación del derecho privado. Por modo que la nulidad que el recurrente pide sea declarada sobre hipótesis de que es la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de conocer del presente litigio, no es procedente, pues se trata en el caso a estudio, de un negocio jurídico regulado por el derecho privado" (sent. de 19 de junio de 1991, aún no publicada).

5. En este orden de ideas, es necesario poner de presente que la venta de oro al Banco de la República no sólo no es acto regido por el derecho público, sino que, dentro de las distintas especialidades que conforman el derecho privado, se acomoda perfectamente a las normas del Código de Comercio, por las cuales se gobierna.

6. A lo anterior cabe agregar que en la noción de acto de comercio consagrada en el numeral 16 del artículo 20 del Decreto 410 de 1971 (Código de la materia), no se involucra para nada el elemento de la *especulación* como factor condicionante del acto mercantil, pues esa noción se hace descansar simplemente de la labor a desarrollar por las empresas constituidas "para el aprovechamiento o explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza", radio de acción en el que encontraba perfecto acomodo la demandante "Auríferos del Nechí", toda vez que no remite a duda el aprovechamiento económico de ese género a que ella aspiraba al constituirse como tal, y del cual es fiel reflejo el objeto social para el que se constituyó.

En tales circunstancias, justo es reconocerlo, el ataque contenido en el cargo segundo no tiene sustento en norma legal alguna y, siendo así, la acusación no puede tener el alcance de producir la rotura del fallo combatido.

7. Se impone, por ende, aceptar que el Tribunal no cometió yerro alguno cuando decidió conforme lo hizo, y que, consecuentemente los cargos no están llamados a prosperar.

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 24 de junio de 1992, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte demandante-recurrente.

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

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

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

El proceso de deslinde y amojonamiento, dada la finalidad que le es propia, cual es la de fijar en forma clara y definitiva la línea demarcatoria entre predios contiguos, fue organizado bajo una tramitación especial. Si las partes o una de ellas no aceptan la línea demarcatoria señalada por el Juez, allí finaliza el trámite especial y, en adelante, la contención así surgida, ha de resolverse en un proceso ordinario cuyo carácter asume desde entonces.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de diciembre de 1993.

Referencia: Expediente número *4685.*

Se decide por la Corte el recurso de queja interpuesto por la parte demandante contra el auto de 30 de julio de 1993, mediante el cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Civil- el 23 de junio de 1993, en el proceso ordinario promovido por Marco Antonio Rojas Rojas contra Diego, Gabriel, María Elena, Olga Muñoz López, María Nelly Muñoz de Arbeláez, Ligia Muñoz de Llano, José Antonio Muñoz López y Ernestina López viuda de Muñoz.

1. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 4 de mayo de 1989, que en fotocopias obra a folios 3 a 20 del cuaderno de la Corte, Diego Muñoz López, Gabriel, María Elena, Olga Muñoz López, María Nelly Muñoz de Arbeláez, Ligia Muñoz de Llano, José Antonio Muñoz López y Ernestina López viuda de Muñoz, iniciaron un proceso de deslinde y amojonamiento contra Marco Antonio Rojas, para que, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, para que se demarque la línea divisoria entre los predios descritos y alinderados en la citada demanda.

2. Cumplida la tramitación que corresponde a este proceso, conforme a lo preceptuado por el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, el Juzgado procedió a practicar la diligencia de deslinde impetrada, tal cual aparece en las actas que obran a folios 34 a 58 de este cuaderno, en copias.

3. Insatisfecho con la línea demarcatoria el demandado Marco A. Rojas, promovió entonces, mediante demanda presentada el 1º de junio de 1990, un proceso ordinario a efecto de que se declarase sin ningún valor legal el deslinde practicado y para que se le declarase "poseedor material e inscrito del predio de su propiedad, descrito en la referida demanda (fls. 63 a 66 de este cuaderno, en copias), demanda ésta a la cual se dio contestación por la contraparte, como aparece a folios 67 a 70 de este cuaderno, en copias.

4. Tramitada como proceso ordinario la oposición al deslinde, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira profirió sentencia el 6 de diciembre de 1991, adversa al allí demandante Marco Antonio Rojas Rojas, quien interpuso entonces el recurso de apelación.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Civil-, desató la apelación mediante fallo dictado el 23 de junio de 1993, cuya copia obra a folios 118 a 133 de este cuaderno, en copias, fallo éste en el cual confirmó la sentencia apelada.

6. Interpuso por la parte vencida el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Civil-, denegó su concesión, en auto de 30 de julio de 1993 (fls. 80 y 81 de este cuaderno, en copias).

7. Recurrido en reposición el auto acabado de mencionar, el Tribunal, en providencia de 27 de agosto de 1993 (fls. 86 a 88, en copias), no accedió a ella y, conforme a lo pedido ordenó la expedición de las copias que juzgó necesarias para la tramitación del recurso de queja.

8. Tramitado este último recurso, y recibida por la Corte copia auténtica de la sentencia de segundo grado, con constancia de su notificación y ejecutoria, remitidas a esta Corporación con oficio 1090 de 29 de noviembre de 1993 (fl. 135 de este cuaderno), de la decisión que en derecho corresponda se ocupa ahora la Sala.

EL AUTO RECURRIDO EN QUEJA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Civil-, funda la decisión denegatoria de la concesión del recurso de casación, contenida en el auto de 30 de julio de 1993 (fls. 80 y 81, en copias), en la consideración de que "el presente asunto es de naturaleza agraria", razón ésta por la cual resulta improcedente el recurso extraordinario de casación contra el fallo impugnado, por cuanto conforme a lo dispuesto por el artículo 50 del Decreto 2303 de 1989, las sentencias dictadas en un proceso de deslinde y amojonamiento, convertido en ordinario con ocasión de la oposición a la línea demarcatoria, no son impugnables mediante el citado recurso extraordinario, ya que no se encuentran específicamente mencionadas para el efecto por el artículo 50 del citado Decreto 2303 de 1989.

RAZONES DEL RECURRENTE EN QUEJA

Expresa el recurrente, en memorial visible a folios 98 a 104 de este cuaderno, que, conforme aparece en la demanda con la cual se inició el proceso de deslinde y amojonamiento, posteriormente transformado en ordinario, fue promovida para fijar la línea demarcatoria entre los predios allí mencionados, demanda ésta en la cual, en el

hecho sexto los promotores del proceso aseveraron que Marco Antonio Rojas es propietario de un "inmueble situado en el área urbana de la ciudad de Pereira, Departamento de Risaralda, a la margen derecha de la carretera Pereira-Cartago, sector cercano a la Villa Olímpica, conocido como Paraje Belmonte, Nacederos, La Florida o Calle Larga", que linda por el costado oriental, con un lote de propiedad de la parte actora, lindero materia de la controversia.

Manifiesta el recurrente en queja, que, sin entrar a considerar la supuesta improcedencia del recurso de casación contra sentencias dictadas en procesos de esta índole, lo cierto es que entre las partes no hubo discusión alguna sobre "el carácter rural o urbano" de los inmuebles cuyo deslinde se impetró practicar por la jurisdicción. Además, las partes aceptaron el carácter urbano de los inmuebles en cuestión, por lo que resulta contraria a la realidad la aseveración del Tribunal de que estos son agrícolas, por haber encontrado en ellos algunas plantaciones de árboles frutales y de cafetos. Así mismo, esa afirmación del sentenciador de segundo grado, se encuentra contradicha por certificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, conforme la cual el predio del demandante es urbano y no rural, como se afirma por el Tribunal.

II. CONSIDERACIONES

1. Conforme a lo dispuesto por los artículos 25, numeral 3° y 377, inciso 3° del Código de Procedimiento Civil, corresponde a la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil), conocer y decidir de los recursos de queja interpuestos contra el auto que deniegue la concesión del recurso extraordinario de casación, lo que indica que, en este caso, la Corporación tiene competencia funcional para el efecto.

2. Como es de público conocimiento, en su redacción original el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 1° establecía la procedencia del recurso de casación contra las sentencias "dictadas en los procesos ordinarios", es decir en aquellos asuntos contenciosos no sometidos a un trámite especial (art. 396, C.P.C.).

3. Es igualmente conocido, que en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2282 de 1989 (art. 1°, modificación 182) el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, fue objeto de modificación en su numeral 1°, en el sentido de que es procedente el recurso de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores "en los procesos ordinarios o que asuman este carácter".

4. El proceso de deslinde y amojonamiento, dada la finalidad que le es propia, cual es la de fijar en forma clara y definitiva la línea demarcatoria entre predios contiguos, fue organizado bajo una tramitación especial, cuya regulación legal se encuentra establecida por el Título XXV, artículos 460 a 466 del Código de Procedimiento Civil, en la que se establece que si surge entre las partes oposición al deslinde practicado in situ por el juez, el opositor deberá formalizarla mediante demanda, en la que "podrá alegar los derechos que considere tener en la zona discutida y solicitar el reconocimiento y pago de mejoras puestas en ella" (art. 465, numeral 1°, C.P.C.), para cuya decisión "se seguirá el trámite del proceso ordinario".

5. Como se ve, formalizada la demanda de oposición al deslinde practicado, el contenido de la pretensión del opositor versa sobre el derecho real de dominio radicado

sobre una parte del bien en disputa, razón ésta por la cual el legislador dispuso que, surgida esa controversia, a su decisión mediante sentencia se llegue cumplido el trámite propio de un proceso ordinario. Es decir, que si las partes o una de ellas no aceptan la línea demarcatoria señalada por el juez, allí finaliza el trámite especial y, en adelante, la contención así surgida, ha de resolverse en un proceso ordinario cuyo carácter asume desde entonces.

6. En el caso de autos, observa la Corte que el auto de 30 de julio de 1993 (fls. 80 y 81, en copias), que denegó la concesión del recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal en este proceso el 23 de junio de 1993, ha de revocarse para, en su lugar, conceder el recurso extraordinario aludido, por cuanto:

6.1 Finalizada la diligencia practicada en varias sesiones por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira para fijar la línea demarcatoria entre los predios a que alude la demanda originalmente presentada, el allí demandado Marco A. Rojas, optó por asumir entonces, como opositor a ese deslinde, la calidad de demandante y, a ese efecto presentó la demanda respectiva (fls. 59 a 66, en copias), fechada el 29 de junio de 1990, como aparece en ella en el último de los folios citados, pese a que en la sentencia del Tribunal se afirma que lo fue el 1° de junio de 1990 (fl. 118 de este cuaderno).

6.2 Igualmente aparece que los promotores del proceso de deslinde y amojonamiento, expresaron en el hecho sexto de la demanda con la cual éste se inició (4 de mayo de 1989), que el inmueble de propiedad de Marco Antonio Rojas, colindante con el suyo se encuentra "situado en el área urbana de la ciudad de Pereira" (fl. 10 de este cuaderno, en copias); y, el allí demandado inicial, señor Marco Antonio Rojas Rojas, transformado luego como opositor en demandante, expresó que impetra declarar su reconocimiento como poseedor material del predio respecto del cual versa la controversia "ubicado en zona urbana de Pereira" (fl. 63, en copias).

6.3 Es claro pues que, tanto los demandantes iniciales del deslinde como el allí demandado y posterior demandante en el proceso ordinario a que dio lugar su oposición, coinciden en afirmar que la faja de terreno en disputa se encuentra ubicada en un predio "urbano".

6.4 Así mismo, se observa que, luego de presentada la demanda para formalizar la oposición al deslinde, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira le imprimió a su tramitación la que corresponde al proceso ordinario, carácter éste con el cual se profirió, también, la sentencia de segundo grado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Civil-, en la cual para nada se invocó la regulación legal de la jurisdicción agraria (Decreto 2303 de 1989).

6.5 Fluye entonces de lo expuesto que, por haberse decidido este litigio previo el trámite propio de un proceso ordinario civil, y sin que ello signifique ningún pronunciamiento por la Corte sobre la aplicabilidad o no del Decreto 2303 de 1989 para resolver esta controversia, es procedente conceder el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia dictada en este proceso.

DECISION

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

RESUELVE:

Revocar el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 30 de julio de 1993 (fls. 80 y 81, de este cuaderno, en copias), mediante el cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por Marco Antonio Rojas Rojas contra la sentencia dictada por el mencionado Tribunal el 23 de junio de 1993, en el proceso ordinario promovido por éste contra Diego, Gabriel, María Elena, Olga Muñoz López, María Nelly Muñoz de Arbeláez, Ligia Muñoz de Llano, José Antonio Muñoz López y Ernestina López viuda de Muñoz, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, *concédese* el recurso de casación contra la sentencia aludida por el motivo expuesto en la parte considerativa. Por lo tanto, deberá el Tribunal analizar la concesión con relación a los demás requisitos exigidos por la ley para el mencionado recurso.

Comuníquese esta decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Civil-, para que en su oportunidad envíe el expediente respectivo, en orden a la tramitación del mismo.

Notifíquese.

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

Dictamen Pericial

En la diligencia de posesión pueden los peritos solicitar el suministro de lo necesario para viáticos y gastos de la pericia, solicitud que habrá de ser resuelta en la misma diligencia y contra la cual, no existe ningún recurso. Ello significa, que la decisión que allí se tome por el Juez queda notificada y ejecutoriada en la misma diligencia, como quiera que las partes han tenido conocimiento, con antelación, de la fecha, el día y la hora en que los peritos designados como auxiliares de la justicia han de tomar posesión de sus cargos.

Nulidad Procesal / Interrupción Procesal / Enfermedad Grave

Como garantía del derecho de defensa, entre otras causales de interrupción del proceso, el artículo 168, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil, ha establecido la enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes, la que tiene operancia "a partir del hecho que la origine". En armonía con lo preceptuado en tal norma procesal, el artículo 140 del mismo código consagra como causal de nulidad total o parcial del proceso, el haberlo adelantado después de ocurrida cualquiera de las causales de interrupción. Mas, cuando tal interrupción ocurra por enfermedad grave del apoderado de una de las partes, ella "deberá alegarse dentro de los cinco días siguientes al en que haya cesado la incapacidad", la cual no podrá invocarse luego por "quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4763.

Se decide por la Corte el recurso de queja interpuesto por Miguel Enrique Vargas Ortiz contra el auto de 20 de octubre de 1993 mediante el cual se denegó la concesión del recurso de casación por él interpuesto contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 1993 en el proceso ordinario iniciado contra el recurrente por María Dolores García.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia dictada el 25 de agosto de 1993, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga -Sala Civil- (fls. 1 a 7 de este cuaderno, en copias), se decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de septiembre de 1992, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, en el proceso ordinario iniciado por María Dolores García contra Miguel Enrique Vargas Ortiz.

2. Contra la sentencia de segundo grado se interpuso recurso extraordinario de casación por el demandado, para lo cual, antes de decidir sobre su concesión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en auto de 10 de septiembre de 1993 (fl. 9 de este cuaderno,en copia), ordenó justipreciar la cuantía del interés para recurrir

3. En la diligencia para dar posesión al perito designado para el efecto, en virtud de la solicitud elevada por el auxiliar de la justicia para que le fuesen fijados los *viáticos* necesarios para su desplazamiento al predio denominado "La Esperanza", ubicado en la Vereda El Vergel, comprensión territorial del Municipio del Zarzal (Valle), la magistrada sustanciadora en este proceso, asignó al auxiliar de la justicia la suma de $25.000, para sufragar los gastos de viáticos y gastos de la pericia, los cuales debían ser consignados "dentro del término de cinco días siguientes" a la fecha de esa diligencia (21 de septiembre de 1993).

4. Conforme aparece en informe secretarial que obra a folio 10 de este cuaderno, en copias, la parte demandada "No consignó los dineros" en tiempo, pues tal consignación se cumplió el 29 de septiembre de 1993, conforme aparece en fotocopia de la misma (fl. 11 de este cuaderno).

5. En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en auto de 20 de octubre de 1993 (fls. 18 y 19, en copias), declaró desierto el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y ejecutoriada la sentencia de 25 de agosto de 1993, proferida en este proceso, auto éste que fue objeto de recursos de reposición interpuesta en memorial que obra a folios 21 a 24 de este cuaderno, en copias.

6. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en auto de 10 de noviembre de 1993 (fls. 25 a 27, en copias), decidió negativamente la reposición interpuesta contra el auto mencionado en el numeral anterior y, conforme fue solicitado por el impugnador, ordenó la expedición de las copias que estimó pertinentes para surtir el recurso de queja, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

El auto recurrido en queja

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga fundó la decisión de declarar desierto el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de agosto de 1993 en este proceso, en la consideración de que, el demandado Miguel Enrique Vargas Ortiz, pese a que en la diligencia de posesión del perito celebrada el 21 de septiembre de 1993 se fijaron gastos de viáticos y para la práctica de la prueba pericial, con un término de cinco días para su cancelación, no le dio cumplimiento a la carga de consignación en tiempo, ni tampoco se solicitó prórroga del mismo antes de su expiración, por lo que existe culpa del

recurrente, cuya consecuencia, conforme a lo dispuesto por la ley es la declaración de deserción del recurso de casación aludido y, en consecuencia, ejecutoriada la sentencia impugnada.

RAZONES DEL RECURRENTE EN QUEJA

El recurrente en queja, en memorial que obra a folios 29 a 33 de este cuaderno, luego de resumir la actuación, expresa que el término de cinco días, fijado para la consignación del valor de los viáticos y gastos de la pericia, en la diligencia de posesión del perito cumplida el 21 de septiembre de 1993, es un término judicial, cuyo vencimiento ocurrió el 28 de septiembre de 1993. Agrega que el apoderado de la parte demandada estuvo incapacitado, por razones de enfermedad, desde el 17 de septiembre de 1993, hasta el día 29 de los mismos, no obstante lo cual, con gran esfuerzo para su salud y con autorización de su médico acudió al Tribunal el 29 de septiembre, fecha en la cual se enteró de la decisión del Tribunal en cuanto al pago de viáticos y gastos de la pericia. De tal manera que, no hubo negligencia de su parte y, como todavía no había vencido el término para practicar la prueba y rendir el dictamen respectivo, procedió a realizar, "de inmediato", el depósito correspondiente en el Banco Popular.

Además, expresa el recurrente en queja que el 4 de octubre de 1993 presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, certificación médica del Hospital San Rafael de Zarzal, expedida por el médico de esa institución, quien lo trató de sus dolencias físicas de "un problema de los pies", entre el 17 y el 29 de septiembre de 1993. Así mismo, insiste en que no tuvo oportunidad de discutir la cuantía de la suma asignada al perito para los fines ya señalados, de la cual no se le corrió traslado, por lo que se violó el derecho de contradicción, traslado que, en su opinión ha debido concederse por el término de tres días, por analogía con el existente para la rendición de cuentas del secuestre o del dictamen presentado por los peritos, cuando se requiera de esta última prueba.

De lo anteriormente dicho, concluye el perito que no es del caso dar aplicación al artículo 236, numeral 6º del Código de Procedimiento Civil, no ha desistido de la prueba, ni hubo tampoco negligencia suya, porque simplemente fue víctima de fuerza mayor que le impidió darle cumplimiento a la carga de consignar la suma mencionada, en forma oportuna.

CONSIDERACIONES

1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de queja es procedente, contra el auto que deniega la concesión del recurso extraordinario de casación, y, como quiera que la competencia funcional para conocer de aquél le ha sido asignada a la Corte Suprema de Justicia por el artículo 25, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, corresponde a esta Corporación la decisión del recurso de que dan cuenta los antecedentes de esta providencia.

2. Dado que, para la procedencia del recurso extraordinario de casación, se hace indispensable determinar con precisión la cuantía del interés para recurrir, en los casos señalados por la ley, el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa que, si ella no aparece clara, el Tribunal, antes de resolver sobre la procedencia del recurso

de casación, habrá de disponer que la cuantía del interés para interponerlo "se justiprecia por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente", so pena de que, si por culpa de éste no se practica el dictamen, se declare entonces la deserción del recurso y ejecutoriada la sentencia materia del mismo.

3. Dentro de las formalidades prescritas por la ley en relación con la prueba pericial, el artículo 236, numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, establece que en la diligencia de posesión puedan los peritos solicitar el suministro de "lo necesario para viáticos y gastos de la pericia", solicitud que habrá de ser resuelta en la misma diligencia y contra la cual, por expreso mandato de la norma en mención, no existe ningún recurso. Ello significa, como se ve, que la decisión que allí se tome por el juez queda notificada y ejecutoriada en la misma diligencia, como quiera que las partes han tenido conocimiento, con antelación, de la fecha, el día y la hora en que los peritos designados como auxiliares de la justicia han de tomar posesión de sus cargos, conforme a lo preceptuado por el artículo 236, numeral 2° del Código de Procedimiento Civil.

4. Como garantía del derecho de defensa, el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, entre otras causales de interrupción del proceso, ha establecido la enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes (numeral 2°) la que tiene operancia, como se sabe "a partir del hecho que la origine".

5. En armonía con lo preceptuado por el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, a que se ha hecho mención en el numeral precedente, el artículo 140 del mismo Código consagra como causal de nulidad total o parcial del proceso, el haberlo adelantado después de ocurrida cualquiera de las causales de interrupción. Mas, conforme al artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, cuando tal interrupción ocurra por enfermedad grave del apoderado de una de las partes, ella "deberá alegarse dentro de los cinco días siguientes en que haya cesado la incapacidad", la cual no podrá invocarse luego por "quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla" (art. 143, inciso 5, C.P.C.).

6. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, encuentra la Corte que el recurso de queja de cuya decisión se ocupa en esta providencia, no puede prosperar, por cuanto:

6.1 Del examen del expediente aparece que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en la diligencia de posesión del perito nombrado para justificar el valor del interés de Miguel Enrique Vargas Ortiz para recurrir en casación contra la sentencia dictada por ese Tribunal en este proceso el 25 de agosto de 1993, fijó el valor de los gastos necesarios para viáticos y gastos de la pericia, para lo cual procedió legalmente y con fundamento en el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, conforme a lo preceptuado por el artículo 236, numeral 5° del mismo Código, decisión ésta no susceptible de ningún recurso por ministerio de ley (fl. 10, cuaderno, Corte).

6.2 Es claro, además, que en el auto de 10 de septiembre de 1993 (fl. 9, en copias), el Tribunal fijó fecha para la posesión del perito designado para justipreciar el interés de la parte demandada para recurrir en casación, auto éste que fue notificado por estado el 14 de septiembre de 1993 (fl. 9 v.), con lo cual se satisfizo la exigencia legal de que esa providencia se ponga en conocimiento oportuno de las partes, para los efectos pertinentes.

6.3 Igualmente aparece claro que el apoderado de Miguel Enrique Vargas Ortiz, no presentó ningún incidente de nulidad para proponer la de lo actuado a partir del 17 de septiembre de 1993 y, hasta el 29 del mismo mes y año por supuesta enfermedad grave, razón ésta que lleva a concluir que la actuación surtida no adolece de nulidad, por lo que la alegación de una supuesta violación al derecho de defensa resulta por completo improcedente, al formularla en el escrito sustentatorio del recurso de queja.

6.4 En tales condiciones, la conclusión del Tribunal en el sentido de que la prueba pericial decretada para justipreciar el interés de la parte demandada para recurrir en casación, no se practicó por culpa de ésta, resulta acorde con las actuaciones de que da cuenta el expediente y, por ello, resulta conforme a derecho el auto recurrido en queja.

DECISION

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

RESUELVE:

Declárese conforme a derecho el auto de 20 de octubre de 1993 (fls. 18 y 19 de este cuaderno, en copias), mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga declaró desierto el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y ejecutoriada la sentencia proferida por el mismo Tribunal el 25 de agosto de 1993 en el proceso ordinario iniciado por María Dolores García, contra Miguel Enrique Vargas Ortiz.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

PROCESO DECLARATIVO

La ley procesal civil dispuso que por la vía del proceso declarativo con trámite ordinario se rituaran y decidieran todos aquellos asuntos contenciosos que no estén sometidos a un trámite especial, trámite específico contemplado para diligenciar los asuntos de mayor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales; que, por el trámite del proceso declarativo abreviado se sustanciaran y definieran los asuntos ordinarios de menor cuantía y los que, sin consideración a su cuenta; que al trámite del proceso declarativo verbal de mayor y menor cuantía y verbal sumario se sometieran los asuntos enumerados en los artículos 427 y 435, respectivamente, y los ordinarios de mínima cuantía; y, finalmente, que la expropiación, el deslinde y amojonamiento y la división y venta de la cosa común y de las grandes comunidades, se ventilaran y decidieran por el trámite especial previsto para cada uno de tales asuntos, en los respectivos títulos.

CASACIÓN - Procedencia / PROCESO ORDINARIO

Cuando el numeral 1º del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil establece el recurso de casación para las sentencias que se profieran en procesos ordinarios o que asumen ese carácter, alude únicamente a las dictadas en procesos declarativos de mayor cuantía sin trámite especial o que no versen sobre derechos patrimoniales, sin que por lo tanto quepa posibilidad alguna de que con ellos se confundan los otros asuntos que se despachan por la cuerda del proceso abreviado, del verbal de mayor y menor cuantía o sumario, o del especial, a menos que por disposición emanada de la misma ley, haya una conversación al diligenciamiento propio del proceso ordinario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4737.

Decídese el recurso de queja interpuesto por la parte demandada contra el auto de 10 de septiembre del año en curso, por medio del cual se denegó la concesión del recurso de casación formulado contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Santafé de Bogotá, en la audiencia pública llevada a cabo el 8 de julio de 1993 en el proceso de separación de bienes promovido por Helena Serrano Remolina contra Luis Felipe Gutiérrez Góngora.

I. EL RECURSO DE QUEJA

El recurrente sostiene, básicamente, que el mencionado recurso extraordinario procede contra la sentencia dictada en el referido proceso, por cuanto se trata de un asunto declarativo, según lo determina el Libro Tercero, sección primera, del Código de Procedimiento Civil, y por tanto, de un asunto que asume el carácter de ordinario, susceptible de casación al tenor del numeral 1º del artículo 366 *ibidem*; y que, además, antes de existir la jurisdicción de familia, la Corte Suprema de Justicia conocía, en virtud del recurso de casación, de las sentencias dictadas en procesos de divorcio, separación de cuerpos y de bienes, y de todo lo relacionado con el estado civil de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 de la precitada codificación procesal civil.

El quejoso agrega a su escrito sustentatorio del recurso otros argumentos que la Sala no estima pertinente reproducir, por cuanto son innecesarios para la definición de la queja.

II. CONSIDERACIONES

1. Sabido es que el carácter extraordinario del recurso de casación depende de que, a más de otras limitaciones, como las relacionadas con los motivos o circunstancias previstas para su procedencia, la ley lo reserva para impugnar únicamente ciertas y determinadas sentencias: las proferidas en procesos que, ora por la naturaleza de la cuestión controvertida, o ya por la cuantía del negocio, revisten mayor entidad o trascendencia, criterio recogido en el artículo 366 del actual Código de Procedimiento Civil, se previó como susceptibles del recurso de casación, de un lado, las sentencias "dictadas en procesos ordinarios o que asuman este carácter; las que aprueben la partición en los procesos divisorios de bienes comunes, de sucesión y de liquidación de cualesquiera sociedades civiles o comerciales y de sociedades conyugales; y las dictadas en procesos sobre nulidad de sociedades civiles o comerciales pronunciadas en segunda instancia", en segunda instancia, por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o, en primera, por los Jueces Civiles del Circuito, siempre y cuando, el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de la cantidad de dinero señalado en el inciso primero de dicho precepto, en armonía con su parágrafo primero, y, de otro, las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en segunda instancia, o por los Jueces Civiles del Circuito, en primera instancia, "...en procesos ordinarios que versen sobre el estado civil", y las proferidas por las precitadas Corporaciones, en única instancia, "...en procesos sobre responsabilidad civil de los jueces de que trata el artículo 40".

2. De suerte que para no referirnos más que al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, resulta pertinente destacar, que de conformidad con el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, en la versión que le imprimió el Decreto 2282 de 1989, el recurso de casación solamente procede contra las sentencias proferidas por aquellos

jueces, en primera o segunda instancia, en procesos ordinarios o que asuman dicho carácter, o en procesos ordinarios que versen sobre el estado civil, situación legal que rige así mismo en la jurisdicción de familia, de acuerdo con el artículo 9º del decreto 2272 de 1989, precepto éste que además extendió, de manera expresa, la procedencia de dicho recurso extraordinario a las sentencias proferidas "...en los procesos a que se refiere los artículos 13 a 16 de la Ley 75 de 1968".

3. Así puestas las cosas, resulta imperioso señalar que si bien todos los procesos relacionados en la sección primera (títulos XXI a XXVI) del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil son declarativos, por tal razón no puede sostenerse igualmente que sean procesos ordinarios o que asuman dicho carácter, como quiera que para la sustentación y decisión de tales procesos declarativos la ley procesal civil previó distintos trámites que van desde el ordinario (Título XXI, capítulos I a III), pasando por el abreviado (Título XXII, capítulos I a II), y el verbal (Título XXIII, capítulos I a III), para terminar con los especiales, como la expropiación (Título XXIV), el deslinde y amojonamiento (Título XXV) y los procesos divisorios (Título XXVI) que comprenden la división material y venta de la cosa común (capítulo I) y la división de grandes comunidades (capítulo II).

Y, en ese orden de ideas, la ley procesal civil dispuso que por vía del proceso declarativo con trámite ordinario se rituaran y decidieran todos aquellos asuntos contenciosos "que no están sometidos a un trámite especial" (art. 396 C. de P. C.), trámite específico contemplado para diligenciar "los asuntos de mayor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales" (art. 397 *ibidem*); que, por el trámite del proceso declarativo abreviado se sustanciaron y definieron los asuntos ordinarios de menor cuantía y los que, sin consideración a su cuantía, relaciona el artículo 408; que al trámite del proceso declarativo verbal de mayor y menor cuantía y verbal sumario se sometieron los asuntos enumerados en los artículos 427 y 435, respectivamente, y los ordinarios de mínima cuantía; y, finalmente, que la expropiación, el deslinde y amojonamiento y la división y venta de la cosa común y de las grandes comunidades, se ventilaran y decidieran por el trámite especial previsto para cada uno de tales asuntos, en los respectivos títulos.

4. De manera que, en frente de esa clasificación del proceso declarativo, es meridiano que cuando el numeral 1º del *artículo 366 del Código de Procedimiento Civil establece el recurso de casación para las sentencias que se profieren en procesos ordinarios o que asuman ese carácter, alude únicamente a las dictadas en procesos declarativos de mayor cuantía sin trámite especial o que no versen sobre derechos patrimoniales, sin que por lo tanto quepa posibilidad alguna de que con ellos se confundan los otros asuntos que se despachan por la cuerda del proceso abreviado, del verbal de mayor y menor cuantía o sumario, o del especial, a menos que por disposición emanada de la misma ley, haya una conversación al diligenciamiento propio del proceso ordinario.*

Tal no es el caso de la separación de bienes, asunto para el cual el legislador estatuyó, de principio a fin, el trámite verbal, de mayor o menor cuantía, si es contenciosa, o sumario, si es por mutuo acuerdo; ni puede afirmarse que dicho trámite, en determinado momento se transforme en ordinario, por cuanto en la actualidad el

único asunto que sufre tal mutación es el de deslinde y amojonamiento, pues es de trámite especial hasta cuando se presenta oposición al deslinde practicado, momento en el cual se convierte en trámite ordinario autónomo como que justamente, se ha de basar en una nueva demanda (art. 465, numeral 3º).

5. De consiguiente, resulta errada la interpretación que la parte recurrente hace del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, para encasillar en los numerales 1º y 4º de dicho precepto todos los procesos declarativos, y deducir de allí, que la sentencia en ellos proferida puede ser impugnada en casación, por el solo hecho de ser declarativos, por cuanto tal criterio hace tabla rasa de la clasificación precedente y de la naturaleza especial que caracteriza el recurso de casación, el cual, como ya se vio, se ha establecido para impugnar las sentencias proferidas en aquellos asuntos que por su naturaleza o por su cuantía, se justifica que sean conocidos por el organismo máximo de la justicia ordinaria.

6. Además, tampoco es atinada la aseveración de que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia haya conocido desde vieja data de los procesos de divorcio, separación de cuerpos y de bienes, en virtud del recurso de casación tan sólo conoció, de manera transitoria, del proceso de separación de cuerpos de matrimonios católicos, en virtud del recurso de apelación, de conformidad con la disposición concordataria (artículo 9º) que le asignó a esta Corporación el conocimiento de la segunda instancia de tales asuntos.

7. Por lo tanto, la Sala estima que estuvo correctamente denegada la concesión del recurso de casación, interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida en el referido proceso de separación de bienes.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Tiénese por bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso verbal de separación de bienes promovido por Helena Serrano Remolina contra Luis Felipe Gutiérrez Góngora.

Envíese la presente actuación al Tribunal de origen para que forme parte del respectivo expediente.

Notifíquese.

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

INDICE ALFABETICO
SALA DE CASACION CIVIL
SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

(Segunda Parte)

Pág.

ABUSO DEL DERECHO 718

ACCION CAMBIARIA 359

ACCION PAULIANA 704

ACCION REIVINDICATORIA 152-377 628

ACCION REIVINDICATORIA Legitimación 126

ACCION RESOLUTORIA 517-707

ACTO COMERCIAL 799

ACTO JURIDICO 463

ACUMULACION DE PRETENSIONES 246

AGENCIA COMERCIAL 365

ALBACEA 61

ALIMENTOS 318

ANALOGIA 758

APLICACION INDEBIDA 231

AUDIENCIA DE ALEGACIONES 776

BANCO DE LA REPUBLICA 799

BIEN INMUEBLE 628

CAPACIDAD PARA SER PARTE 572-751

CARGA DE LA PRUEBA 394-506

CASACION-Admisión 226

CASACION-Ataque todas las Pruebas 346-600-611-781

Pág.

CASACION-Ataque todos los Fundamentos 230-546
CASACION-Carga Procesal 40-226
CASACION-Interés para Recurrir 282
CASACION-Legitimación 57
CASACION-Naturaleza 77-393 736-781
CASACION-Objeto 191
CASACION-Perjuicio 147
CASACION-Procedencia 482-639-821
CASAR 77
CERTIFICACION 423
CESION DERECHO SUCESORAL 85
CITACION 423
COADYUVANCIA 287
COMPETENCIA FUNCIONAL 51
COMPETENCIA SUCESORAL 175
COMPETENCIA TERRITORIAL 54-175-430-651-755
COMPETENCIA TERRITORIAL-Fueros 356
COMPRAVENTA 599
COMPRAVENTA DE ORO 799
COMPRAVENTA SUCESORAL 85
CONDENA EN CONCRETO 655
CONFESION 152-246-394
CONFLICTO DE COMPETENCIA 318-359-430-651
CONGRUENCIA ... 28-61-126-204 230-246-287-493-546-554-575-628-655-763
CONTRATO DE ADHESION 321
CONTRATO DE SUMINISTRO 321
CONTRATO SINALAGMATICO 707
COSA JUZGADA 61
COSTAS 449-639
CULPA 676-718

Pág.

CURADOR *AD LITEM* 572
DEMANDA CONTRA HEREDERO 85
DEMANDA CONTRA HUREDEROS 199
DEMANDA DE REVISION 199-362-410
DEMANDA EN FORMA 247-599
DEMANDA INEPTA 247
DEMANDA Cuantía 655
DERECHO DE DEFENSA 423
DERECHO DE RETENCION 737
DERECHO SUCESORAL 85-144
DESISTIMIENTO DEL RECURSO 189
DESLINDE Y AMOJONAMIENTO 628-811
DICTAMEN PERICIAL 394-816
DIVORCIO 54
EMPLAZAMIENTO 414-506-572-599
ENFERMEDAD GRAVE 816
ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO 763
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA 763
ERROR DE HECHO 7-8-28-152-167-179-230-246-303-336-377-393-394 455-517-554-628-639-676-807-736-781
ERROR DE HECHO Y DE DERECHO 84-152-288-455-551-611-719
ERROR DE DERECHO 230-736
ESTABLECIMIENTO COMERCIAL 365
ESTADO CIVIL 8
EXCEPCION 61-204
EXCEPCION DE MERITO 204
EXEQUATUR 201
FALTA DE JURISDICCION 51-369
FRUTOS 469
FUERO CONCURRENTE 54-356-359-755

Pág.

FUERO CONTRACTUAL 359-755
FUERO ESPECIAL 430
FUERO GENERAL 430
FUERZA MAYOR 99
HEREDERO-Calidad 751
HERENCIA 61
IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD 246
IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-Legitimación 85
INCIDENTE 61
INDEBIDA NOTIFICACION 413-414
INDEBIDA REPRESENTACION 413
INDICIO 8-676
INTERPRETACION CONTRACTUAL 321
INTERPRETACION DE LA DEMANDA ... 7 28-179-230-246-554-575-655-707
INTERRUPCION PROCESAL 816
JURISDICCION 651
JURISDICCION CIVIL 369
JURISDICCION FAMILIA 369
JURISDICCION DE FAMILIA 44-144-651
LEGITIMACION EN LA CAUSA 413
LITISCONSORCIO FACULTATIVO 413
LITISCONSORCIO FACULTATIVO Y NECESARIO 335
LITISCONSORCIO NECESARIO 335-599
MANIOBRA FRAUDULENTA 440-493-592
MATRIMONIO 54
MEDIDA CAUTELAR 718
MEJORAS 737
MINA 799
MORA 530
MUTUO DISENSO 707

Pág.

NEGOCIO JURIDICO 463

NORMA SUSTANCIAL 49-127-600-655

NOTIFICACION 599

NULIDAD EN LA SENTENCIA 463-493

NULIDAD PROCESAL 51-369-413-414 423-463-506-572-718-758-776-816

NULIDAD PROCESAL-Legitimación 413-599

NULIDAD PROCESAL-Principios 718

NULIDAD SUSTANCIAL 599

OBLIGACION DE NO HACER 530

OMISION DE TERMINOS U OPORTUNIDADES PARA PEDIR O PRACTICAR PRUEBAS 776

PARTICION ADICIONAL 303

PARTICION SUCESORAL 44-303 482

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL 7-246-264-455

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Legitimación 85-413

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Posesión Notoria 8-469-612

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Prueba 8

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Reconocimiento 246

PERPETUATIO JURISDICTIONIS 318

PERTENENCIA 199-423-434

PETICION DE HERENCIA 469

POSESION 377-451

PRENDA 530

PRESCRIPCION 204-434-451

PRESTACIONES MUTUAS 469-737

PRESUNCION DE ACIERTO 77-191-335-393-639-736

PRESUPUESTO PROCESAL 572-652

PRETERMITIR INSTANCIA 718

PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD 758

PRINCIPIO DE LA TRASCENDENCIA 413

Pág.

PRINCIPIO DE PROTECCION ... 599
PRINCIPIO DISPOSITIVO ... 736
PROCESO DECLARATIVO ... 821
PROCESO EJECUTIVO ... 463
PROCESO ORDINARIO ... 303-821
PROMESA DE COMPRAVENTA ... 517
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA ... 434
PROVIDENCIA EJECUTORIADA ... 718
PROVIDENCIA JUDICIAL ... 77-201
PRUEBA ... 8-84-639
PRUEBA Valoración ... 230
QUEJA ... 147-479
REFORMA DEL TESTAMENTO ... 469
REFORMATIO IN PEJUS ... 126-511
RELACIONES SEXUALES ... 7-8-246-264-455
RENDICION DE CUENTAS ... 356
REPOSICION ... 285 410
REPRESENTACION SUCESORAL ... 791
RESILIACION ... 707
RESPONSABILIDAD ... 639-676-718
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ... 530
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ... 718
REVISION ... 413-414-440-463-479-493-506-592
REVISION-Rechazo ... 410
REVIVIR PROCESO ... 718
SANA CRITICA ... 8
SENTENCIA ... 287-493-655
SENTENCIA INHIBITORIA ... 335-599-751-781
SENTENCIA SUSTITUTIVA ... 451-469-751
SENTENCIA-Aclaración ... 493

Pág.

SENTENCIA-Ejecutoria 201

SENTENCIA-Revocación 77

SOCIEDAD 365

SOCIEDAD CONYUGAL 144

SOCIEDAD DE HECHO 287-799

SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA 369

SOCIEDAD DE MINA 799

SUPLICA 285-410

TECNICA DE CASACION 84-167-303-393-546-599 600-639-719-736-781

TECNICA DE CASACION - Medio Nuevo 330-393

TERMINOS-Deserción 226

TESTIMONIO 611 612

TESTIMONIO SOSPECHOSO 8

TESTIMONIO-Grupo de Testigos 288

TITULO VALOR 359

TRAMITE INADECUADO 758

TRANSACCION 189-527

UNION MARITAL DE HECHO 369

VALORACION PROBATORIA 335-455-554-639

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL 49-127-303-335-546 781

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Ataque todos los Fundamentos ... 346

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía directa 84-167-231-599

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vías Directa e Indirecta 303-335-530-707-719-781

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta 152-336-393-600

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS
SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

(Segunda parte)

Pág.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. Posesión Notoria-Prueba / ESTADO CIVIL / INDICIO/ RELACIONES SEXUALES. Por la gravedad misma que el estado de las pruebas encierra, el legislador colombiano se ha preocupado siempre porque la demostración de la posesión notoria esté presidida por un criterio, no de simple probabilidad, sino de firme certidumbre. La prueba indiciaria, que tradicionalmente ha sido vista como una probabilidad, que es indirecta, no es por sí sola medio probatorio eficaz para demostrar la posesión notoria de una estado civil. Fue claro el propósito del legislador que ésta se acredite por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezca de un modo irrefragable. Con el indicio derivado de la no contestación de la demanda, así lo califique de grave la actual legislación, tampoco se puede acreditar, fundamentalmente en las causas de investigación de la paternidad natural, las relaciones sexuales entre la madre y el sedicente padre, por la época en que la ley presume que ocurrió la concepción. Dicha prueba puede sí, unidad a otra indicativa de las relaciones sexuales, reforzar y convencer sobre la realización de las mismas, por la época en que se refiere la ocurrencia de la concepción. Superior-140 del 93-10-04 - No Casa - Tribunal Superior de Barranquilla - Luzminia Giammaría Salinas contra Elvira Rubio de Giammaría, Antonio Giammaría Castro, Carlos, Ana Teresa, Tulia y Vilma Giammaría Rubio, la primera como cónyuge sobreviviente de José Giammaría Sanis y los restantes como herederos. Magistrado Ponente: Alberto Ospina Botero. Igual sentido: LXXVI, 635 y LXXX, 298; Sentencia 3 de marzo de 1984. Extracto número 162. 8

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / CONGRUENCIA / ERROR DE HECHO. El estudio de la demanda como uno de los puntos de referencia que deben servir al juez para determinar hasta donde llegan sustribuciones en el cumplimiento de su altísimo deber de administrar justicia, no se agota pues, como pudiera pensarse, en el análisis de las pretensiones del libelo, sino en la observación conjunta de éstas y las circunstancias fáctico-jurídicas que le sirven de apoyo al cabo de cuyo ejercicio no debe hallar ausentes ni la expresión clara y precisa de lo que se pretende, ni la debida clasificación y determinación de los hechos que son su causa. Si al término de dicha labor:

Págs.

encuentra que el libelo no cumple con esas exigencias formales, es decir, que no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos ni en las súplicas, el juez está llamado a interpretarlo para desentrañar el verdadero propósito de su autor y no sacrificar el derecho sustancial, labor que sin embargo no le da atribuciones para pronunciarse, al momento de fallar, sobre pretensiones no propuestas o hechos no invocados, pues esta conducta, que sería de recreación del libelo y no de interpretación del mismo, no solo violatoria el derecho el fallo incongruente. / Como el sentenciador goza de autonomía para interpretar la demanda, a la Corte no le es factible apartarse de las conclusiones que en ese campo haya sacado aquél, sino en la medida en que se observe error evidente de hecho en el examen de la misma. Sentencia-141 del 93-10-04 - No casa - Tribunal Superior - Fundación Caja Vocacional -en liquidación- contra Arquidiócesis de Tunja. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil 11 agosto 1911, T. XX, página 208; Casación Civil 9 abril 1967; Sentencia 21 julio de 1987; Sentencia 4 de noviembre de 1970, T. CXXXVI, páginas 82 y 83. Fuente formal: artículo 75 nums. 5 y 6, 368 numeral 2 C.P.C.; artículo 1°. Decreto 2282 de 1989. Extracto número 163. 28

ERROR DE HECHO. No acontece el error de hecho, en la modalidad de manifiesto, cuando para establecerlo la censura tenga que recurrir a esforzados razonamientos, ni tampoco tiene ocurrencia cuando el juzgador saca una conclusión razonable o que no choca abiertamente con lo que el elemento de convicción realmente exterioriza, ni cuando la prueba hace posible sacar varias conclusiones, puesto que al elegir una de ellas ya el yerro no aparece como evidente. Sentencia-140 del 93-10-04 - No casa - Tribunal Superior Barranquilla - Luzminia Giammaría Salinas contra Elvira Rubio de Giammaría, Antonio Giammaría Castro, Carlos, Ana Teresa, Tulia y Vilma Giammaría Rubio, la primera como cónyuge sobreviviente de José Giammaría Santis y los restantes como herederos. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil 21 septiembre de 1973. F.F. art. 368 C. P. C. Extracto número 000. 8

CASACION - Carga Procesal. Hoy, a virtud de la reforma, es imperioso para el Tribunal ordenar mediante auto que se suministre lo necesario para la expedición de las copias y que éstas, además, deben aparecer determinadas en el mismo proveído. Circunstancia ésta de donde aflora la trascendencia de que el Tribunal examine cuidadosamente, pues es palmar que tal análisis le incumbe primeramente a él y no al casacionista como antaño acontecía, si el fallo impugnado en casación amerita su ejecución para entonces ordenar que se colme la multicitada carga. / Comentarios de las expresiones "deberá" utilizadas por el artículo 271 del C.P.C. de Procedimiento Civil - Decreto 2282 de 1989 artículo 1°, modificado 186. A-301 del 93-10-04 - Deniega recurso de reposición - Martha Lucía Sánchez Cerquera en representación de María

Págs.

Paula Sánchez contra Marlio Bravo. Fuente formal: artículo 371 C.P.C. de Procedimiento Civil; Decreto 2272 de 1989 artículo 1, modificado 186. Extracto número 164. 40

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / ERROR DE HECHO. Puede acontecer que la demanda no venga revestida, ora en el campo de las súplicas, ya en el campo de la *causa petendi*, de la precisión y claridad deseadas y, en tal evento, debe ser interpretada por el juzgador en su conjunto y en forma razonada y lógica, a fin de no sacrificar el derecho sustancial que le asiste al demandante, puesto que la vaguedad que en principio exterioriza o la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante. / En el cumplimiento de la labor de interpretación de la demanda que le corresponde al sentenciador, éste, al examinarla y precisar su contenido y alcance, bien puede incurrir en error de hecho, como sucede cuando le cercena su real contenido, por ejemplo, al considerar que el demandante, en una causa de investigación de la paternidad natural, sólo alegó como hechos de la misma dos causales o presunciones, cuando ciertamente exterioriza que se fundó en más causales de las deducidas por el *ad quem* en la hermenéutica del libelo. Sentencia 140 del 93 10 04 No casa Tribunal Superior Barranquilla - Luzmila Giammaria Salinas contra Elvira Rubio de Giammaría, Antonio Giammaría Castro, Carlos, Ana Teresa, Tulia y Vilma Gimmaría Rubio, la primera como cónyuge sobreviviente de José Gimmaria Santis y los restantes como herederos. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil 12 de diciembre de 1936, T. XLVII, página 483. Fuente formal: artículo 75, 368 C.P.C. Extracto número 160. 7

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / RELACIONES SEXUALES. La demostración de relaciones sexuales, o de hechos de los cuales puedan inferirse aquéllas, pero que sólo han venido a producirse con posterioridad a la época de la concepción podrán servir cómo medio corroborante respecto de la causal, pero no es ni puede ser medio propio para demostrar la causal por relaciones sexuales que implica ocurrencia que forzosamente ha debido preceder al nacimiento del hijo, o sea que nunca la causa puede ser posterior al efecto. Sentencia 140 del 93-10-04 - No casa - Tribunal Superior Barranquilla - Luzmila Giammaría contra Elvira Rubio de Giammaría, Antonio Giammaría Castro, Carlos, Ana Teresa, Tulia y Vilma Giammaría Rubio, la primera como cónyuge sobreviviente de José Giammaría Suntis y los restantes cómo herederos. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: artículo 6º, número 4, incisos 1 y 2; 9 Ley 75 de 1968, artículos 398, 399 C. C. Extracto número 161 7

PRUEBA / TESTIMONIO SOSPECHOSO / SANA CRITICA. Uno de los motivos de sospecha más comunes es el parentesco que exista entre el testigo y una de las partes, porque ese vínculo familiar presupone afecto, como generalmente ocurre, afecto que puede llevar a que el testigo mienta al rendir su declaración

Págs.

en su afán de favorecera su pariente. En presencia de prueba testimonial de este linaje se debe exigir mayor severidad en la ponderación de la misma. Dentro del postulado de la libre apreciación razonada o de la sana crítica que consagra el derecho probatorio colombiano, el Juzgador tiene libertad para apreciar la circunstancia de sospecha y concederle o no fuerza demostrativa. Sentencia del 93-10-04 - No casa Tribunal Superior Barranquilla - Luzminia Giammaría Salinas contra Elvira Rubio de Giammaría, Antonio Giammaría Castro, Carlos, Ana Teresa, Tulia y Vilma Giammaría Rubio, la primera como cónyuge sobreviviente de José Giammaría Santis y los restantes como herederos. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencia 12 de febrero de 1980. Extracto número 000..... 8

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria / ESTADO CIVIL. Son los presupuestos que integran la causal o presunción de paternidad natural por posesión notoria, el trato, la fama y el tiempo, presupuestos éstos que van encaminados a obtener que se conviertan en los equivalentes jurídicos de una especie de reconocimiento voluntario hecho por el padre ante determinado círculo, y además, por determinado tiempo. Para que esta posesión de estado se ofrezca, menester es que el padre haya dejado una profunda huella del reconocimiento de su paternidad, huella que, además, debe ser pública y no privada, prolongada en el tiempo y no fugaz, continua al menos por un quinquenio y constituida por un comportamiento realizado en presencia de deudos y amigos o del vecindario en general, con tal intensidad, reiteración y de manera tan inequívoca, que los vecinos, allegados o amigos hayan reputado al hijo como tal, en virtud del mencionado comportamiento del presunto padre. S-140 del 93-10-04 - No casa - Tribunal Superior Barranquilla - Luzminia Giammaría Salinas contra Elvira Rubio de Giamaría, Antonio Giammaría Castro, Carlos, Ana Teresa, Tulia y Vilma Giammaría Rubio, la primera como cónyuge sobreviviente de José Giammaría Santis y los restantes como herederos. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil de 21 agosto de 1975; Gaceta Judicial CLXXII, páginas 161 a 170; Casación Civil 29 de junio de 1989, CXVI, páginas 197 a 198. Fuente formal: artículo 6°, ordinal 6, Ley 75 de 1968. Extracto número 000 8

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / NORMA SUSTANCIAL. Si bien es verdad que el Decreto 2651 de 1991 permite que se cite una sola norma de derecho sustancial relacionada con la materia ventilada en el litigio, el precepto que se cite como infringido no sólo debe ser en realidad de índole sustancial, sino que debe ser fundamento cardinal de la decisión atacada o de la sustitutiva a que se aspira. Versando de manera principal el litigio sobre la figura de la simulación, los recurrentes omitieron citar como norma de derecho sutancial infringida por el fallo combatido la del artículo 1766 del C. C., y en cambio sí mencionan como precepto de ese linaje los artículos 1213 *ibidem* y 4 de la Ley 29 de 1982, que no tienen los alcances referidos. A-303 del 93-10-05 - Admite demanda de casación - Tribunal Superior Ibagué - Alfonso, Jorge Enrique y

Págs.

Adela Sánchez Leal, Teresa Sánchez Portela y María Judith Sánchez viuda de Rodríguez contra Esther Díaz de Sánchez, Olga Sánchez Díaz de Márquez, Carlos Roberto Díaz y otros. Fuente formal: Decreto 2651 de 1991: artículo 1766 C. C.; artículos 1243 *ibidem*, 4 Ley 29 de 1982. Extracto número 165. 49

PARTICION SUCESORAL / JURISDICCION DE FAMILIA. El juez ante quien cursó la sucesión, sin necesidad de reparto, es el competente para conocer de la partición adicional. En el presente caso, si bien es cierto que la solicitud no persigue una partición adicional, no lo es menos que se relaciona con los actos posteriores al trabajo de partición realizado dentro del proceso de sucesión del causante, proceso que pasó a ser de competencia de la jurisdicción de familia. A-302 del 93-10-05 - Juzgado Promiscuo de Familia Río Negro conocer la solicitud - Juzgado Promiscuo de Familia Río Negro Civil Circuito Santuario - Jesús Arnoldo Martínez Cardona. Magistrado Ponente: *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000..... 44

COMPETENCIA FUNCIONAL / NULIDAD PROCESAL / FALTA DE JURISDICCION. El ejercicio de la función jurisdiccional en un proceso determinado se define conforme a la ley aplicando en forma estricta los denominados factores de competencia, uno de los cuales es el funcional, que atañe directamente a la organización jerárquica de la Rama Judicial y que, por lo menos, es de orden público y de observancia estricta, cuya transgresión genera invalidez de la actuación respectiva. Si como consecuencia del examen preliminar, o posteriormente, advierte que carece de jurisdicción o que la ha perdido por circunstancias sobrevinientes durante el curso de la segunda instancia, por mandato legal debe declarar la nulidad respectiva, -artículo 140 numeral 1 C. P. C. , la que es insaneable y proceder de conformidad con lo reglado por el artículo 146 *ibidem* indicando la actuación que debe renovarse. A-304 del 93-10-06 - Abstenerse decidir conflicto de jurisdicción - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Elviatila Montoya de González contra Jorge Alfredo González Echenique y Helí Niño Peña. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: artículos 140, numeral 1; 146 C. P. C. Extracto número 166..... 51

DIVORCIO / MATRIMONIO / COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO CONCURRENTE. Por demanda de divorcio acá presentada se persigue la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado por los ritos de la Iglesia Católica. En procesos de tal linaje existe la posibilidad de que por el factor territorial de competencia exista un fuero concurrente. En los casos en que haya fuero concurrente, en principio hay dos jueces competentes: de una parte, el del domicilio del demandado; y, de otra, el del domicilio común anterior. De allí que el demandante que esté ubicado dentro de esa alternativa, puede elegir dónde presenta la demanda respectiva; y, como es obvio, una vez elija, no solamente agota la posibilidad de escogencia sino que allí fija la competencia territorial. Hace apodíctico, así, que la facultad de elegir

Págs.

incumbe a él, y a nadie más. A-305 del 93-10-06 - Juzgado Promiscuo de Familia. Fundación competente - Juzgado 3° de Familia Bucaramanga - Promiscuo de Familia. Fundación - Alba Lucía Gómez Benavides contra Iván Angarita Jaime. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículos 23, numeral 4; 23 numeral 1 del C. P.C. Extracto número 000. 54

PROVIDENCIA JUDICIAL / SENTENCIA-Revocación / CASAR / PRESUNCION DE ACIERTO. La facultad de revocar un fallo posee una diferente connotación jurídica a la que tiene la de casarlo, así en ambas hipótesis se pueda, a renglón seguido, adoptar una decisión sustitutiva. / Casar es invalidar o destruir la presunción de acierto que ampara la sentencia, tal cosa significa, dejando de lado otras consideraciones propias de la técnica del recurso, que el impugnador se enfrenta con la ineludible necesidad de atacar con éxito todos los fundamentos ofrecidos por el Tribunal, pues mientras tanto, aquel que hubiere dejado de impugnar o que hubiere atacado infructuosamente, le seguirá brindado sustento a la decisión. Sentencia 143 de 93-10-07 - No Casa - Tribunal Superior de Medellín - Alvaro Angel Velilla y Ligia Agudelo de Montoya contra Teresa, Cecilia, Nelly y Eduardo Agudelo Quiroz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículos 368, 374, numeral 3 C.P.C. Extracto número 171 77

CASACION - Naturaleza. Por su propia naturaleza el recurso de casación no constituye una instancia más del proceso en la cual puedan las partes, *ab libitum*, volver sobre lo que ya fue materia del debate tanto ante el juez *a quo* como ante el *ad quem*, cuya competencia sí les permite examinar, de modo general, con entera libertad, todos los aspectos del litigio. Sentencia-143 del 93-10-07 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Alvaro Angel Velilla y Ligia Agudelo de Montoya contra Teresa, Cecilia, Nelly y Eduardo Agudelo Quiroz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 171. 77

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Directa / TECNICA DE CASACION. La violación de la ley sustancial implica por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; lo que, por consiguiente, conduce a que no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiese encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba. En la demostración de un cargo por error por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el tribunal. Sentencia-144 del 93-10-07 - No casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Gustavo Adolfo Mojica Niño contra Luis Alfredo Duque. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Gaceta Judicial CXLVI, página 50. Fuente formal: artículo 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 84

Págs.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. Las dos clases de errores en la apreciación de las pruebas, el de hecho o de derecho, son de naturaleza disímil, emanan de causas diferentes y por ello cada uno tiene entidad específica y propia, es consecuencia, en la demanda de casación donde tiene el recurrente la carga de determinar en forma clara y precisa la clase de yerro que en la estimación de las pruebas le impugna al fallador, si de hecho o de derecho. Sentencia 144 del 93-10-07 - No casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Gustavo Adolfo Mojica Niño contra Luis Alfredo Duque. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: LXXVIII, 313; sentencia del 16 de julio de 1992. F.F. arts. 368-1; 374 C.P.C. Extracto número 172. 84

COSA JUZGADA. Siendo la cosa juzgada un hecho jurídico que la ley sustancial establece como invulnerable, una sentencia pronunciada en contra de lo que se ha decidido en otra ya ejecutoriada y en juicio que verse sobre las mismas partes, sobre la misma cosa y sobre la misma acción es violatoria de la ley sustancial y estaría sujeta a ser destruida por virtud del recurso de casación; pero la violación de la cosa juzgada formada en el mismo proceso en que se alega no implica quebranto de norma de derecho sustancial alguno sino desacato del juez a una norma regulativa u ordenativa de su actividad, denunciable al tenor del numeral quinto del artículo 368 *ibidem*. Sentencia-142 del 93-10-07 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - "Fundación Rodolfo Kohn, Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia" contra María Berenice Kohn Sattler como heredera de Rodolfo Kohn Olaya. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: CXLVI, página 50. Fuente formal: artículo 332, 368, numeral 5 C.P.C. Extracto número 168. 61

ALBACEA. La transgresión de la exigencia legal contenida en el artículo 1340 del C.C. por parte de alguno o de algunos de los albaceas, cuando son varios, no se traduce en una mera eximición de la responsabilidad solidaria que les incumbe por mandato del artículo 1338 *ibidem*, pues no es hacia este precepto donde apunta la norma inicialmente citada. El obrar de consuno de los albaceas presupone que éstos tengan atribuciones comunes, los cuales obviamente, al dimanar de las instrucciones del propio testador, en el presente caso se concretaron en la tenencia y administración de los bienes relictos, lo que, recta vía, conduce a señalar cómo de estos conceptos no resulta acomodable lo atañedero a la obtención de la personería jurídica para la Fundación. Sentencia -142 del 93-10-07 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - "Fundación Rodolfo Kohn, Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia" contra María Berenice Kohn Sattler como heredera de Rodolfo Kohn Olaya. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículos 1019, inciso 3; 1020, 1340, inciso 2; 1338, 1358, 1740 C.C.; 306 C.P.C. Extracto número 170. 61

CONGRUENCIA / EXCEPCION. No resulta ser lo mismo guardar silencio en torno a la excepción, que ocuparse de ella para desestimarla por uno u otro

Págs.

motivo. El primer supuesto puede ser evidenciador de incongruencia, mas no el segundo, desde luego que la correspondencia o conformidad, como regla de conducta para el juez, apunta es a que haya una decisión, no a que ésta se produzca en un sentido determinado. No en todo evento en que el fallador de manera expresa no se pronuncia sobre las excepciones, tal hecho conduzca inexorablemente a configurar un yerro *in procedendo* en la modalidad de *minima petita* porque, según el fuerte vínculo jurídico que existe entre la pretensión y la excepción, es fácil observar que decidida la primera ha quedado igualmente resuelta la segunda. Sentencia-142 del 93-10-07 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá, "Fundación Rodolfo Kohn, Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia" contra María Berenice Kohn Sattler como heredera de Rodolfo Kohn Olaya. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil. 11 diciembre de 1978. Fuente formal: artículos 368, numeral 2; 305, 306, C.P.C. Extracto número 169. 61

HERENCIA / INCIDENTE. No resultaría ceñido a la justicia que un asunto de tanta trascendencia como es el atañedero a la definición de la titularidad del derecho real de herencia quedara sujeto a una escueta decisión de carácter incidental, con exclusión de otras más amplias vías procesales. Sentencia 142 del 93-10-07 - No casa -Tribunal Superior Santafé de Bogotá - "Fundación Rodolfo Kohn, Instituto Francisco de Asís de Protección Zoófila y Eutanasia" contra María Berenice Kohn Sattler como heredera de Rodolfo Kohn Olaya. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 1321 C. C. Extracto número 000. 61

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Legitimación / DEMANDA CONTRA HEREDERO / CESION DERECHO SUCESORAL. La pretensión de declaración de filiación paterna fuera del matrimonio tiene que proponerse contra el heredero conocido del presunto padre y contra los herederos indeterminados del mismo. La legitimación pasiva radícase en el heredero así éste haya cedido su derecho hereditario, pues la cesión comprende tan sólo el derecho hereditario patrimonial mas no la calidad personalísima de heredero. Una cuestión es la legitimación para efectos de la filiación y otra es la relativa a la cesión del derecho hereditario en su contenido económico. Sentencia 144 del 93-10-07 - No casa - Tribunal S. Cundinamarca - Gustavo Adolfo Mejica Niño contra Luis Alfredo Duque. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Casación 21 febrero de 1958, Gaceta Judicial 2192 - 2193, página 93; Casación 9 diciembre de 1991, páginas 14 y 15. Fuente formal: Artículo 10 Ley 75 de 1968; artículos 1967 y 1968 C. C.; artículo 81 C.P.C. Extracto número 000. 85

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-Legitimación / CESION DERECHO SUCESORAL. La legitimación para impugnar una sentencia de filiación extramatrimonial recae en cabeza de los herederos respecto de los derechos patrimoniales. / El cesionario, no siendo heredero, en modo alguno posee legitimación para intervenir en esta acción. Sentencia-144 del 93-10-07. No

Págs.

casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Gustavo Adolfo Mojica Niño contra Luis Alfredo Duque. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Artículo 10 Ley 75 de 1968. Extracto número 174. 85

FUERZA MAYOR. La fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor; b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominio por el acontecimiento en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible; es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización. / Los hechos que señala la ley como ejemplos de caso fortuito o fuerza mayor, el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Sentencia 145 del 93-10-07 - Casa - Tribunal S. Bucaramanga - "Arquitectura, Ingeniería y Construcciones Ltda." (Arinci Ltda.) contra "Otis Elevator Company". Sucursal en Colombia. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Cas. Civ. 5 de julio de 1935; sentencia 31 agosto de 1942. G. J. No. 1989, página 376; Cas. Civ. 20 noviembre de 1989; Cas. Civ. 16 septiembre de 1961, T. XCVII, 71; 20 de noviembre de 1969; Cas. Civ. 31 de mayo 1965 G.J. Nos. 2276 a 2277. Fuente Formal: Artículos 177 C.P.C., 1604 C.C.; artículo 1º Ley 95 de 1890. Extracto número 175 99

CASACION-Causal 1 / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta / TECNICA DE CASACION. Fundándose la acusación, según se desprende de su desarrollo, en violación indirecta, es lo cierto que no se determina la clase de error que habría cometido el Tribunal en la apreciación de la prueba documental, si de hecho o de derecho y no expresar como lo hizo "errores de hecho y de derecho", que atenta contra el precitado precepto y contra la técnica de casación, incurriendo en contradicción, pues respecto de una misma prueba no pueden cometerse simultáneamente por error de hecho y de derecho. Sentencia 144 del 93-10-07 - No casa - Tribunal S. Cundinamarca - Gustavo Adolfo Mojica Niño contra Luis Alfredo Duque. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente Formal: Artículo 374 C.P.C. Extracto número 172. 84

PRUEBA. Los fundamentos del Tribunal al despachar desfavorablemente las pretensiones del actor, cometió errores visibles cuando expresó que la prueba aportada por la parte demandada no favorecía al demandante, violando así la

Págs.

norma de derecho por la cual toda decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, sin importar quién las hubiere aportado. Sentencia 144 del 93-10-07 - No casa. - Tribunal Superior Cundinamarca - Gustavo Adolfo Mojica Niño contra Luis Alfredo Duque. Magistado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Artículo 174 C.P.C. Extracto número 000 84

COMPRAVENTA SUCESORAL / DERECHO SUCESORAL / CESION DERECHO SUCESORAL. El heredero que ha vendido la herencia sigue siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeleble sobre su cabeza; pero el emolumento que de este título dependía pasa al comprador. Si la partición o adjudicación recae en persona distinta, se ha de entender que ninguno de ellos, cedente ni cesionario, ha tenido derecho alguno en los bienes compravendidos y, por supuesto, se ha negociado sobre cosa ajena. Sentencia 144 del 93-10-07 - No casa - Tribunal S. Cundinamarca - Gustavo Adolfo Mojica Niño contra Luis Alfredo Duque. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido Sentencia del 27 de marzo de 1947, G. J. T. LXII. página 59 Extracto número 173 85

CASACION - Legitimación. El recurso extraordinario de casación, por su propio carácter, supone que sólo puede ser interpuesto por quienes conforme a la ley se encuentran legitimados para el efecto, como ocurre con las partes o con quienes desde la instancia actúan en el proceso como litisconsortes ya sean facultativos o necesarios, o como coadyuvantes de los litigantes; y además, excluye la tramitación y decisión de cuestiones accesorias que han debido plantearse y resolverse en las instancias, lo que significa que, por regla general, en él no puede tramitarse incidente de nulidad ajeno a su propia tramitación legal. A-308 de 93-10-07 - Mantiene auto - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Corporación de Ahorro y Vivienda -Concasa- contra Hernán Peñaranda Barriga y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente Formal: Artículo 52 inc. 4 C.P.C. Extracto número 167 57

ACCION REIVINDICATORIA. Legitimación. Tratándose de esta acción-reivindicatoria-, la legitimación sustancial para obrar por pasiva le compete de ordinario al poseedor actual; y sólo de manera excepcional admite el ordenamiento positivo que pueda dirigirse contra quien, habiendo sido poseedor, dejó de serlo. Sentencia 146 del 93-10-08 - Casa - Tribunal S. Medellín - Jesús Arcadio Agudelo contra Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez de Jaller. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. Tomo LI, página 174; G.J. CXXXIX, pág. 160; G.J. CXXIV, pág. 49. Fuente Formal: Artículos 946, 952, 955, 2341 C.C.; 34 Ley 153 de 1887 Extracto número 177 126

CONGRUENCIA. La causal segunda 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-

Págs.

tiene por finalidad característica la de enmendar un defecto formal de construcción en la sentencia definitiva de instancia, defecto que, como es bien sabido, consiste en haberse pronunciado con desconocimiento de las reglas de la congruencia, vale decir haciendo de lado el precepto que, cual sucede con el que acaba de citarse, en el ámbito de la jurisdicción civil exige una rigurosa adecuación del contenido decisorio del fallo con el objeto y la causa que, en concreto, identifican la litis para cuya composición ha de operar el proceso al que dicho fallo le pone fin. Sentencia - 146 del 93-10-08 - Casa - Tribunal S. Medellín - Jesús Arcadio Agudelo contra Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez de Jaller. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Cas. Civ. 20 de mayo de 1993: G.J. CXLVI, página 131; G.J. Tomos LXXVIII, pág. 882; XCIIpágina 965 y CXLVI, página 131. G. J. Tomos LXXVIII, pág. 882; XCII página 196. Fuente formal: Artículos 305, 368-2 C.P.C. Extracto número 176 126

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / NORMA SUSTANCIAL. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil es de derecho sustantivo. Sentencia 146 del 93-10-08 - Casa - Tribunal S. Medellín - Jesús Arcadio Agudelo contra Antonio Jaller Arboleda y Damiana Alvarez de Jaller. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G. J. Tomos CXLVIII, página 210 y CXLII pág. 195; Cas. Civ. 6 de noviembre de 1990. F.F.: Artículo 357 C.P.C. Extracto número 000 127

QUEJA / CASACION-Perjuicio. Cuando el sentenciador se da a la tarea de averiguar el perjuicio del recurrente en casación, solamente debe averiguarlo en el entendido de que por lo pronto el gravamen es hipotético o presunto, sin tener que anticiparse a analizar el mérito de sus pretensiones; esto último es acaso lo que se planteará por el recurrente en el recurso extraordinario, cuya decisión corresponde justamente a la Corte. A-311 del 93-10-08. Mal denegado recurso de casación. Tribunal S. Pasto. Antonia P. Alvear de Cárdenas, Luis Enrique Alvear Estrella, Emérita Alvear Muñoz, Segundo Edelberto Alvear C., Francisco Tomás y Luis Eudoro Alvear Moncayo y José Olimpo, Alfredo, Segundo Federico, Próspero e Ismenia Alvear Delgado contra Samuel Diógenes Moreno y Amado Rafael Viveros Burbano. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Providencia del 5 de mayo de 1993. F.F. Decreto 522 de 1988. Extracto número 000 147

COMPETENCIA TERRITORIAL / COMPETENCIA SUCESORAL. Cuando se esté en presencia de procesos de sucesión cuya cuantía es de mayor, la competencia para conocer de los mismos radica de manera exclusiva en los jueces de familia o promiscuos de familia del último domicilio del causante, o en su defecto al del correspondiente circuito judicial, toda vez que los jueces civiles y promiscuos municipales sólo están habilitados para actuar en sucesiones de mínima y menor cuantía. A-312 del 93-10-12 - al Jdo. Peno. Flia. Chocontá remitir actuación - Jdo. Pco. Mpal. Guatavita-20 Flia. Sfé Btá. - Sucesión del causante Nicolás Díaz Peña. Magistrado Ponente: doctor *Alberto*

Págs.

Ospina Botero. Fuente formal: Artículo 23 numeral 14 C. P. C.; Decreto 2272 de 1989 artículos 7, 14, 2 Decreto 2270 de 1989; artículo 624 C.P.C. Extracto número 183 175

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Directa/TECNICA DE CASACION. En la demostración de un cargo por error 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. Denunciándose yerro probatorio de derecho, el casacionista no indicó, como era su deber, las normas de disciplina probatoria vulneradas, sino por cuanto, además omitigándosele allí mismo error de hecho el sentenciador, no se individualizaron las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar. / Ningún cargo por error de hecho o de derecho puede configurase citando en forma abstracta un conjunto de pruebas, sino que la censura debe precisar concretando los elementos probatorios en cuya estimación o apreciación haya errado el fallador. Sentencia - 148 del 93-10-12 - No casa - Tribunal S. Manizales - Alcardo Elías Cardona Grajales contra Municipio de Manizales. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sen. 20 marzo de 1973. G.J. T. CXLVI, página 50; CXXXVI, página 124; CXLVIII, página 207 Extracto número 182 167

CONFESION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta / ERROR DE HECHO. No es cuestión de derecho sino de hecho la de apreciar si una confesión es divisible o indivisible, y que por lo mismo el error en que pueda incurrirse sobre ese particular será de hecho y no de derecho. Sentencia 147 del 93-10-12 - No casa - Tribunal S. Manizales - Rafael Alonso Zuluaga Gómez contra Antonio César Villa Alvarez. Magistrado Ponente: doctor: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. Tomos CXXXIII, página 102; CXXXI, página 61 y LXXX, página 757. Extracto número 000 152

ACCION REIVINDICATORIA. La reivindicación no tiene cabida posible entre quienes son partes de una relación obligacional de conformidad con la cual ha de regirse la restitución del bien en disputa, toda vez que la subsistencia de esa relación reduce la posición del propietario al ejercicio de las pretensiones de origen contractual que puedan corresponderle según los casos. Sentencia 147 del 93-10-12 - No casa - Tribunal S. Manizales Rafael Alonso Zuluaga Gómez contra Antonio César Villa Alvarez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CXXIX, página 100; G. J. CLXVI, páginas 366 y siguientes. Fuente formal: Artículo 665 C. C. Extracto número 180 152

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. El error de derecho relevante en casación se configura cuando, a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, se equivoca el sentenciador en la tarea de fijar su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o bien negándoles el que ella asigna, al paso que el error de hecho tiene lugar cuando el juzgador incurre en suposición de pruebas al dar por obrante una que no lo está o adicionar el

Págs.

contenido de una existente, o en preterición de prueba al ignorar una que obre en el proceso o cercenar su genuino alcance objetivo. Sentencia 147 del 93-10-12 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Rafael Alonso Zuluaga Gómez contra Antonio César Villa Alvarez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Cas. Civ. 7 de diciembre de 1990; Cas. Civ. 20 febrero de 1990; Cas. Civ. 8 de junio de 1978; G.J. Tomo CLVIII, página 24; G. J. CLXVI, página 583. F. F.: Artículos 368, 374 C. P. C. Extracto número 000 152

ERROR DE HECHO. Este error fáctico debe ser ostensible, es decir, que salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Sentencia 148 del 93-10-12 - No Casa - Tribunal Superior de Manizales - Alcardo Elías Cardona Grajales contra Municipio de Manizales. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil 20 de mayo de 1970, CXXXIV, 146; 16 de agosto de 1963, CXLVII, 37; 9 de agosto de 1982, no publicada. Extracto número 182 167

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / ERROR DE HECHO. La demanda, como pieza fundamental de todo proceso por ser el acto con que comienza la relación jurídico-procesal y girar toda la actividad procedimental en su rededor, debe ser interpretada por el Juez, cuando es ambigua u ofrece oscuridad o duda, a fin de desentrañar las pretensiones y no sacrificar el derecho sustancial. La interpretación, empero, debe hacerse en conjunto y en forma razonada y lógica. / Para que se configure el error en la interpretación de la demanda, es necesario, como lo exige la ley, que "sea manifiesto", ostensible o protuberante, es decir que salte a la vista de la simple lectura de la demanda, pues la actividad de interpretación solamente es atacable en casación cuando fuere notoria y evidentemente errónea. Requisitos para que resulte próspero el cargo por error de hecho. Cargas del recurrente en casación. Sentencia-149 del 93-10-12 - No Casa - Tribunal Superior de Bogotá - Francisco José Mora Martínez, en su condición de propietario de l'oto Revista India Catalina contra Banco de Occidente -División Credencial-. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia 14 diciembre de 1989; Casación Civil 16 diciembre de 1969, Tomo CXXXII, página 241; Casación Civil 17 octubre de 1962, C, 137; sentencia del 26 de junio de 1986 y 28 de febrero de 1992; sentencias del 7 de abril de 1989 y 28 febrero de 1992; Casación Civil 24 abril 1969 CXXX, 63, y sentencia del 28 de febrero de 1992; sentencia 28 marzo de 1990. Extracto número 184. 179

DESISTIMIENTO DEL RECURSO / TRANSACCION. El desistimiento del recurso extraordinario presentado por la parte demandada obedece al contrato de transacción celebrado entre las partes, tal como lo expresan sus respectivos apoderados en el memorial suscrito por ambos y presentado ante la Corte, en el que ellas ponen de presente que las costas y agencias en derecho fueron materia de transacción. Auto 313 del 93-10-12 - Acéptase desistimiento - Tribunal Superior Medellín - Blas Sánchez Osorio en nombre de la sucesión

Págs.

de Martina Osorio Sánchez contra Oscar Vélez Salazar y la sociedad "J. Liborio Mejía Gil y Cía. S. en C." Fuente formal: Artículo 345 C.P.C. Extracto número 000. 189

CONGRUENCIA. La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como *causa petendi*, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no le habría dado oportunidad para contradecirlos. Sentencia 151 del 93-10-13 - Casa - Tribunal Superior Manizales Corporación Financiera de Caldas S. A. y la Corporación Popular de Ahorro y Vivienda Corpavi contra Oscar Castro García, Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo, Filiberto, Luz Elena, Luis Fernando, Carlos Roberto y Omar Castro García. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil 28 noviembre de 1977 Ord. de Instituto de Crédito Territorial contra Juan Gaitán Chávez; Casación Civil 30 de abril de 1937, XLV, 124; 31 de mayo de 1938, XLVI, 612; XLVII, 616. Fuente formal: Artículo 305 C.P.C. Extracto número 186. 204

EXCEPCION / EXCEPCION DE MERITO / PRESCRIPCION. Cuando el demandado dice que excepciona, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo ninguna excepción, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto. La precitada exigencia, si bien se predica respecto de todas las excepciones de mérito, es de rigurosa observancia en excepciones que, como la compensación, la nulidad relativa y la prescripción, no pueden declararse de oficio, pues no tratándose de ninguna de ellas, nada importa que el demandado le hubiera dado un determinado fundamento a la excepción propuesta y que el fallador la hubiere declarado probada apoyándose en otras razones. / En materia de excepciones, no importa tanto su denominación cuanto la correcta exposición de los hechos que las estructuran. Pero ni siquiera tal exposición tiene mayor realce cuando la excepción debe ser declarada de oficio, en esta hipótesis lo que importa es la prueba. / La razón de ser para que al juez no le sea permisible declarar de oficio la prescripción, sin embargo de que llegue a encontrarla probada, estriba en que el beneficiado con ella puede renunciarla, incluso tácitamente. Sentencia 151 del 93-10-13 - Casa - Tribunal Superior Manizales Corporación Financiera de Caldas S. A. y la Corporación Popular de Ahorro y Vivienda Corpavi contra Oscar Castro García, Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: LXXX, 711; LXXX, 715; CXXX, 19; Sentencia 14 diciembre de 1992; Sentencia 11 mayo de 1981: XXXVI, página 460; No. 1949, página 524. Fuente formal: Artículos 2513, 2514 C.C.; artículo 306 inciso 1º C.P.C. Extracto número 185. 204

Págs.

ACCION PAULIANA. La acción pauliana o revocatoria es la que otorga la ley a los acreedores de una persona para obtener la revocación de los actos de su deudor que, aunque reales y perfectos en sí mismos, han sido otorgados por éste de mala fe (*consilium fraudis*) y en perjuicio de los derechos de los mismos acreedores (*eventus damni*). / La acción pauliana se concibió y se encuentra instituida como un derecho auxiliar de los acreedores anteriores al acto nocivo y fraudulento otorgado por el deudor. Histórica y técnicamente esta acción, que es personal, sólo corresponde a aquellos acreedores anteriores, porque el deudor, con fraude y en perjuicio de los mismos, ha hecho salir de su patrimonio bienes que eran parte integrante de la prenda general que les servía de garantía. / La revocación del acto fraudulento únicamente aprovecha a los acreedores que han ejercido la acción pauliana, pero sólo hasta concurrencia de sus créditos, con lo cual se cumple la finalidad específica de la precitada acción, que no es otra que la de reconstruir la garantía que aquéllos tienen sobre el patrimonio del deudor. Sentencia 151 del 93-10-13 - Casa - Tribunal Superior Manizales Corporación Financiera de Caldas S. A. y la Corporación Popular de Ahorro y Vivienda Corpavi contra Oscar Castro García, Cilia Teresa Castro de Arias, Inés Castro de Peláez, Elsa Castro de Buitrago, Joaquín Guillermo, Filiberto, Luz Elena, Luis Fernando, Casimo Roberto y Omar Castro García. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Fallo 22 agosto de 1967, páginas 196 a 199 de la Gaceta Judicial número CXIX; LXIX, página 535. Fuente formal: Artículo 2491 C.C. Extracto número 187. 204

EXEQUATUR / PROVIDENCIA JUDICIAL / SENTENCIA-Ejecutoria. Carece la sentencia cuya ejecución se pide de la constancia de ejecutoria, o sea que el fallo esté en firme. Ejecutoria equivale a sentencia firme. Qué se entiende por "ejecutoria" según la Enciclopedia Omeba. Es necesario que obre en autos la constancia de que la sentencia está firme y no que esté archivada. Auto 335 del 93-10-13 - Rechaza demanda exequátur - Condado Allegheny Edo. Pensilvania EE.UU. - Fabiola Tobón Rojas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* (solo). Igual sentido: Auto 6 diciembre de 1991. Fuente formal: Artículo 694, numeral 3º C.P.C. Extracto número 188. 201

DEMANDA DE REVISION / PERTENENCIA / DEMANDA CONTRA HEREDEROS. Según se desprende de los anexos de la demanda de revisión, la acción de pertenencia se encaminó, entre otros, contra los herederos indeterminados, circunstancia que, por fuerza, otorgó a todos cuanto ostentaban esa calidad respecto del citado causante la condición de demandados; de manera que una vez emplazados, como aconteció, por curador *ad litem*, tomaron además la calidad de partes en aquel proceso, independientemente de cualquier otra decisión judicial emitida posteriormente y en sentido contrario. Auto 314 del 93-10-13 - Deniega recurso de reposición - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - José del Carmen Cruz C. contra Damián Rodríguez y la sucesión de Eulracio Cruz Ventura. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). Fuente formal: artículo 383, numeral 2º C.P.C. Extracto número 000 199

Págs.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. Se presenta el error de hecho cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia del medio de prueba en el proceso, o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su cometido; se presenta el error de derecho, en cambio, cuando el juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o eficacia de la prueba, o su evaluación; es decir, cuando el juez interpreta dichos preceptos en forma distinta del verdadero alcance de ellos. Sentencia 150 del 93-10-13 - No Casa - Tribunal Superior Cúcuta - Germán Guerrero Vargas contra Sociedad Calincon Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 8 de junio de 1978. Extracto número 000. 191

CASACION-Objeto / PRESUNCION DE ACIERTO. La sentencia del Tribunal, o, en su caso, la del Juez del Circuito Civil, es el objeto propio del recurso de casación. Toda conclusión suya que no sea impugnada es intangible para la Corte, ya que legalmente se le impone con grado de certeza, desde luego que la sentencia recurrida sube amparada con presunción de acierto, tanto en lo relativo a la aplicación del derecho sustancial, como en lo que atañe a la estimación y valoración del haz probatorio. / El recurso de casación no da nacimiento a una nueva instancia del proceso (cual si ocurre con la apelación), instancia en que la Corte pudiera *ad libitum* y sólo limitada por el principio de la no *reformatio in pejus*, entrar a revisar todos los temas discutidos en las instancias precedentes. Sentencia 150 del 93-10-13 - No Casa - Tribunal Superior Cúcuta - Germán Guerrero Vargas contra Sociedad Calincon Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 4 septiembre de 1975. Fuente formal: Artículo 374, numeral 3º C.P.C. Extracto número 000. 191

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / ERROR DE HECHO / CONGRUENCIA. Es posible que al interpretar la demanda el juez se equivoque, sea por contraevidencia respecto a *causa petendi* o a su *petitum*, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción propuesta. Tanto en este momento como en aquel evento incurre en error fáctico. / Si el tribunal aprecia en su realidad objetiva la demanda y ve que en ella la *causa petendi* es una y luego falla sobre los puntos litigados, pero estribándose en hechos constitutivos diferentes de los alegados en la demanda, su proceder conlleva incongruencia. Sentencia 153 del 93-10-14 - No Casa - Tribunal Superior Pereira "Frutera San Martín Ltda." contra Alberto Sanint Salazar. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia Casación Civil 18 mayo de 1972 Gaceta Judicial Tomo CXLII, página 200; fallo 1ª abril de 1975; Gaceta Judicial Tomo CLI, 205; providencia 13 junio 1990; sentencia 29 mayo de 1980; Gaceta Judicial Tomo LXVII, página 434; fallo 18 de mayo de 1972; 1ª abril de 1975. Extracto número 189. 230

TECNICA DE CASACION- Medio nuevo. La demandante está buscando en casación la prosperidad de lo por ella pretendido inicialmente, pero con base en hechos que no solamente no se alegaron en las instancias sino que implican

Págs.

una indiscutible transformación de la *causa petendi* y del *petitum* de la demanda inicial, lo que constituye medio nuevo cuya consideración y análisis están vedados en sede de casación. Sentencia 153 del 93-10-14 - No casa - Tribunal Superior Pereira - "Frutera San Martín Ltda." contra Alberto Sanint Salazar. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto número 000. 230

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía directa / APLICACION INDEBIDA. La aplicación indebida de un precepto de derecho sustancial no cabe en relación con aquellos que la sentencia no hizo actuar para tomar la decisión en ella contenida y que es materia de impugnación. / La aplicación indebida de la ley solamente ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula: es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente. Sentencia-153 del 93-10-14 - No casa - Tribunal Superior Pereira - "Frutera San Martín Ltda." contra Alberto Sanint Salazar. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CLI, página 260; fallo No. 095 de 7 de marzo de 1990, sin publicar. Fuente formal: Artículo 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 231

PRUEBA-Valoracion / ERROR DE DERECHO. En cuanto a pruebas "de analizarlas en su conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica", tal clase de yerro, en caso de existir, sería de derecho y no de hecho. Sentencia 153 del 93-10-14 - No casa - Tribunal Superior Pereira - "Frutera San Martín Ltda." contra Alberto Sanint Salazar. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Fallo 14 junio de 1982 Gaceta Judicial Tomo CLXV, página 216; reiterado el 15 de septiembre de 1983 Gaceta Judicial Tomo CLXII, página 189; Sentencia número 067 de marzo 4 de 1991. Extracto número 000. 230

CASACION-Admisión. A pesar de que el artículo 372 del C. de P. C. sólo menciona como motivos de inadmisión del recurso de casación "...no ser procedente de conformidad con el artículo 366 y cuando no se hayan expedido las copias en el término a que se refiere el artículo 371", es indiscutible que en el mismo código procesal se consagran otras causas generadoras del mismo efecto, que no por estar fuera de los límites de aquel rótulo dan pie para ignorarlas o negarles esos alcances, so pretexto de ser aquella norma la que gobierna con exclusividad el asunto. Auto 316 del 93-10-14 - Deniega recurso de reposición - Alvaro Francisco Echeverry Restrepo y Jorge Enrique Soto Lourio contra Centro de Investigaciones Médicas de Antioquia, CIMA. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículos 371, 372 C.P.C. Extracto número 000. 226

CASACION-Carga procesal / TERMINOS- Deserción. Es la ley y no la Oficina de Correos ni el correspondiente Tribunal quien fija la oportunidad en que los portes se deben pagar y el motivo de deserción del recurso de casación cuando ello no se hace en la oportunidad señalada en el artículo 132 del C.P.C., y por

Págs.

eso aun cuando la Oficina de Correos no lo advierta o considere el pago temporáneo, su actitud no tiene la connotación de sanear ese defecto. Una cabal hermenéutica del inciso primero del artículo 121 *ibidem* da pábulo para concluir que, guardando las proporciones, como la Oficina de Correos de Medellín atendió despacho al público en la mañana de los sábados, éstos son computables como dos días para efectos de determinar la oportunidad del pago de los portes; cuestión ante la cual el recurrente en casación y aquí revisionista cumplió tardíamente con esa carga, presentándose así la causal de deserción. Auto-316 de 93-10-14 - Deniega recurso de reposición - Alvaro Francisco Echeverry Restrepo y Jorge Enrique Soto Lotero contra Centro de Investigaciones Médicas de Antioquia. CIMA. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículos 132, 121, C.P.C. Extracto número 000. 226

CASACION-Ataque todos los fundamentos. 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 el error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado. Sentencia 153 del 93-10-14 - No casa - Tribunal Superior Pereira - "Frutera San Martín Ltda." contra Alberto Sanint Salazar. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia Casación Civil 28 de agosto de 1974. Gaceta Judicial Tomo CXLVIII, página 228. 1ª; Fallo 3 noviembre de 1980 y 26 de octubre de 1981; Gaceta Judicial Tomo CLXVI, página 597. Extracto número 000. 230

CONGRUENCIA/ERROR DE HECHO/INTERPRETACION DE LA DEMANDA. La diferencia entre el error *in procedendo*, tipificador de la incongruencia, y el error de hecho en que se pueda caer al apreciar la demanda, propio de la causal primera de casación, no se ha desdibujado a raíz de la innovación introducida al numeral 2º del artículo 368, ya que en el primer evento el juzgador, al considerar los hechos sustentantes de la pretensión no hace cosa distinta a la de despreocuparse de la demanda para tomar únicamente en cuenta aquellos que, de acuerdo con su personal criterio, resultan dignos de ser valorados. En la segunda hipótesis, por el contrario, el juez parte de obedecer la regla que le habla de la sujeción a los hechos de la demanda, mas cuando pretende fijar el sentido de la misma resulta alterándolos, siendo éste el motivo por el cual aquí ya no sea atinado hablar de desatención o prescindencia de la demanda. Sentencia 154 del 93-10-15 - Casa - Tribunal Superior Medellín - Emma Ceneth Gaviria Vásquez contra José María Gaviria, de un lado, y, del otro, de Ana Elena, María Isabel y Sergio Alonso Correa Echandía, los dos últimos representados por su progenitora Ana Denis Echandía de Correa; de Oscar Alberto Correa Monsalve, representado por su madre Blanca Margarita Monsalve, y Adrián Alonso Correa Arboleda y Luis Fernando Correa Urrea, todos como interesados en la sucesión de Alonso Correa Uribe, la primera

Págs.

como cónyuge supérstite, y los restantes como hijos del mismo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículos 368-1 y 2 C.P.C. Extracto número 000. 246

ACUMULACION DE PRETENSIONES / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD. Se admite que, en aras de la economía procesal, ambas acciones se acumulen, la de filiación obviamente condicionada al éxito de la impugnación. De forma que si esta última no tiene éxito, la primera, por más que se hallen demostrados los hechos correspondientes, tampoco podrá abrirse paso. Sentencia 154 del 93-10-15 - Casa - Tribunal Superior Medellín - Emma Ceneth Gaviria Vásquez contra José María Gaviria, de un lado, y, del otro, de Ana Elena, María Isabel y Sergio Alonso Correa Echandía, los dos últimos representados por su progenitora Ana Denis Echandía de Correa; de Oscar Alberto Correa Monsalve, representado por su madre Blanca Margarita Monsalve, y Adrián Alonso Correa Arboleda y Luis Fernando Correa Urrea, todos como interesados en la sucesión de Alonso Correa Uribe, la primera como cónyuge supérstite, y los restantes como hijos del mismo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 1º, Decreto 1260 de 1970. Extracto número 000. 246

INTERPRETACION DE LA DEMANDA. Puede suceder que la imprecisión o la oscuridad en los términos caracterizadores de la demanda sean de una dimensión tal, que obstaculicen por completo, la averiguación de lo que su autor quiso expresar. En este evento no es posible la interpretación, pues la que se intentara vendría, simplemente, a representar una reelaboración del escrito introductivo del proceso por el juez. / Cuando la demanda sea tan vaga, que, sobre la base acabada de señalar, no permita la indagación de su real sentido, lo que corresponde es que se la desestime como inepta, si en la debida oportunidad no se señalaron los defectos de los que adolecía a fin de que fueran subsanados por el demandante. Sentencia 154 del 93-10-15 - Casa - Tribunal Superior Medellín - Emma Ceneth Gaviria Vásquez contra José María Gaviria, de un lado, y, del otro, de Ana Elena, María Isabel y Sergio Alonso Correa Echandía, los dos últimos representados por su progenitora Ana Denis Echandía de Correa; de Oscar Alberto Correa Monsalve, representado por su madre Blanca Margarita Monsalve, y Adrián Alonso Correa Arboleda y Luis Fernando Correa Urrea, todos como interesados en la sucesión de Alonso Correa Uribe, la primera como cónyuge supérstite, y los restantes como hijos del mismo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Sentencia 213 abril de 1987; Gaceta Judicial Tomo CLXXXVIII, 2º semestre, página 169. Fuente formal: Artículo 75, ordinales 5º y 6º C.P.C. Extracto número 190. 246

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Reconocimiento / CONFESION / RELACIONES SEXUALES. El reconocimiento entraña una confesión de paternidad. El reconocimiento del hijo natural por parte del padre es un reconocimiento-confesión y no un reconocimiento-admisión. / Se debe partir de que, conforme a la ley, ha habido un reconocimiento de paternidad y de que

Págs.

tal reconocimiento comporta una confesión de la existencia de relaciones sexuales entre el reconociente y la madre del reconocido durante la época en que, según el artículo 92 del C.C., pude ocurrir la concepción de éste. Si la cuestión se mira a la luz de los modernos métodos artificiales de fecundación, la confesión ya no recaería propiamente sobre las relaciones sexuales, sino, de manera más amplia, sobre la participación en la concepción del reconocido, cualquiera que sea el método adoptado para que al fecundar el óvulo femenino se inicie la gestación. Sentencia 154 del 93-10-15 Casa - Tribunal Superior Medellín - Emma Ceneth Gaviria Vásquez contra José María Gaviria, de un lado, y, del otro, de Ana Elena, María Isabel y Sergio Alonso Correa Echandía, los dos últimos representados por su progenitora Ana Denis Echandía de Correa; de Oscar Alberto Correa Monsalve, representado por su madre Blanca Margarita Monsalve, y Adrián Alonso Correa Arboleda y Luis Fernando Correa Urrea, todos como interesados en la sucesión de Alonso Correa Uribe, la primera como cónyuge supérstite, y los restantes como hijos del mismo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Ley 45 de 1936; artículo 30 Ley 45 de 1936; artículo 5° Ley 75 de 1968; artículo 58 Ley 153 de 1887; artículos 92, 248 y 335 C.C. Extracto número 191. 245

DEMANDA INEPTA / DEMANDA EN FORMA. Es la ineptitud "adjetiva" de la demanda, no así la "sustantiva", el factor relevante en este campo, toda vez que es de aquélla y no de esta última de donde puede en realidad surgir un verdadero impedimento que haga imposible un pronunciamiento que cierre definitivamente la controversia y obligue al juzgador, mediante la figura malsana y en franca decadencia de la "inhibición por inadmisibilidad de la demanda" a dejar incierta la suerte de los derechos involucrados en el proceso. / La calificación acerca de si una demanda satisface, sí o no, este presupuesto procesal -demanda en forma-, ha de hacerse frente a los elementos estructurales de la demanda misma, sin recurrir al mérito de la cuestión controvertida, cuyos elementos y condiciones, atinentes sólo a la decisión de fondo, no pueden tomarse para hacerlos revertir sobre la demanda en orden a descalificarla en su forma y declarar por ello, el sentenciador, una inhibitoria de conocimiento que podría acusar pecado de arbitrariedad. / La sentencia de reemplazo ha debido ser absolutoria en su integridad y no inhibitoria. Sentencia 154 del 93-10-15 - Casa - Tribunal Superior Medellín - Emma Ceneth Gaviria Vásquez contra José María Gaviria, de un lado, y, del otro, de Ana Elena, María Isabel y Sergio Alonso Correa Echandía, los dos últimos representados por su progenitora Ana Denis Echandía de Correa; de Oscar Alberto Correa Monsalve, representado por su madre Blanca Margarita Monsalve, y Adrián Alonso Correa Arboleda y Luis Fernando Correa Urrea, todos como interesados en la sucesión de Alonso Correa Uribe, la primera como cónyuge supérstite, y los restantes como hijos del mismo. Magistrado Ponente: Salvamento de voto: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Igual sentido: Gaceta Judicial Tomos CXIX, página 297 y LXXVIII, página 349. Fuente formal: Artículos 75, 76, 82 y 85 C.P.C.; 248 C.C.; 5 Ley 75 de 1968. Extracto número 000. 247

Págs.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / RELACIONES SEXUALES. El inciso 2º, numeral 4º, artículo 6º, Ley 75 de 1968, no puede entenderse en el sentido de que las relaciones sexuales sólo puedan darse por acreditadas cuando se prueba el trato personal y social de los amantes, en la época de la concepción del hijo, con las características expresadas en dicho texto legal, sino que en atención a que muy frecuentemente es imposible aportar pruebas que permitan demostrar directamente esas relaciones, el legislador expresamente permitió inferirlas de dicho trato personal y social, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad, pero sin restringir la prueba, ora directa, ya indirecta, del trato sexual que puede ser demostrado por prueba documental, testimonial, indiciaria, y desde luego, por confesión. Sentencia 155 del 93-10-15 - No casa - Tribunal Superior Buga - Nancy Torres contra cónyuge sobreviviente y herederos de Raúl Triana Rengifo. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: CXLIII, 190. Fuente formal: Numeral 4º, artículo 6º, Ley 75 de 1968; artículo 92 C.C. Extracto número 000. 264

CASACION-Interés para recurrir. Es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación inflija agravio a la parte recurrente, porque este recurso, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse en lo desfavorable al recurrente. / El interés para recurrir es individual, no sólo para cada una de las partes, sino también para quienes configuran alguno de los extremos subjetivos de la relación procesal. Auto 319 del 93-10-19 - Mal denegado recurso de casación - Tribunal Superior Ibagué - Adalgisa Valencia Moreno contra herederos de Herberto Valencia Zapata. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial LXIV, página 792. Fuente formal: Artículos 369, 386 C.P.C. Extracto número 000. 282

REPOSICION / SUPLICA. El auto del magistrado ponente por el que se resuelve sobre la admisión del recurso de casación no admite reposición sino súplica, y si a pesar de ello es la primera de esas vías la utilizada para pedir la revocatoria del respectivo proveído, ella resulta entonces improcedente y tendrá que ser rechazada sin otra consideración posible. Auto-322 del 93-10-21 - Rechaza por improcedente recurso reposición - Tribunal Superior Antioquia - Gilberto de Jesús Molina Rúa contra Argemiro Tamayo González. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículos 348 y 363 C.P.C. Extracto número 192. 285

COADYUVANCIA. Los intervinientes adhesivos actúan en el proceso como apéndice de una de las partes, a la que acceden por autorización legal para realizar actos procesales que no estén en oposición con los de ésta y que contribuyan a los fines perseguidos por esa parte, razón por la cual universalmente la doctrina procesal circunscribe su actuación a la colaboración o auxilio a la parte a que acceden, y, precisamente por ello, también los denomina coadyuvantes. Luego, el interés jurídico de la parte coadyuvante se encuentra limitado por el interés específico expuesto en el proceso por la parte principal coadyuvada. Sentencia 157 del 93-10-22 - No casa - Tribunal Superior

Págs.

Villavicencio - Rosalía Ruiz contra Rosa Helena Hernández Martínez, Jorge, Gladys Esther, Myriam y Blanca Hernández, como herederos conocidos de Carlos Alberto Hernández y contra sus herederos indeterminados. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Libro Primero. Sección Segunda, Título VI, Capítulo III, artículos 52 y ss.; 52 C.P.C. Extracto número 194. 287

TESTIMONIO-Grupo de testigos / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. En el análisis probatorio, el tribunal optó por dar demostrada la existencia de la sociedad de hecho a que se refiere la demanda con apoyo en el primer grupo de testigos y expresó que no acoge para negar las pretensiones lo narrado por los demás declarantes. Pero ello no es, por sí mismo, indicativo de error de hecho ni de derecho en la apreciación probatoria, porque tal actividad de juicio es propia de la función jurisdiccional que la sociedad confía al juzgador, labor en la cual goza éste de discreta autonomía. Sentencia 157 del 93-10-22 - No casa - Tribunal Superior Villavicencio - Rosalía Ruiz contra Rosa Helena Hernández Martínez, Jorge, Gladys Esther, Myriam y Blanca Hernández, como herederos conocidos de Carlos Alberto Hernández y contra sus herederos indeterminados. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Extracto número 000. 288

SENTENCIA / CONGRUENCIA. En el cumplimiento de su función de administrar justicia en materia civil, la competencia del juzgador se encuentra circunscrita a decidir sobre las pretensiones impetradas por la parte actora en su demanda y en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento Civil señala, de un lado; y, de otro, sobre las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley. / Para saber si hay incongruencia, y, en consecuencia, ha lugar a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo. Sentencia 157 del 93-10-22 - No casa - Tribunal Superior Villavicencio - Rosalía Ruiz contra Rosa Helena Hernández. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo LXXVIII, página 882; LII, página 21. Fuente formal: Artículo 368, numeral 2º C.P.C.; 305 *ibidem*. Extracto número 000. 287

SOCIEDAD DE HECHO. Tanto en la legislación anterior como en la actualmente en vigor, a la sociedad de hecho puede llegarse, de dos maneras: la primera, porque aunque los socios quisieron acogerse en la constitución de la sociedad a las formalidades exigidas por la ley éstas no se cumplieron por cualquier motivo, lo que ha dado en doctrina en denominarse sociedades de hecho por degeneración; y, la segunda, ocurre cuando los socios no quisieron o no intentaron siquiera el lleno de los requisitos formales para dar nacimiento a la sociedad en cuestión, sino que ella surgió del consentimiento implícito para asociarse de la propia dinámica de las actividades económicas desarrolladas por los socios, caso en el cual, al decir de la jurisprudencia de esta Corporación, esa sociedad de facto nace por los hechos mismos, se desprende de una serie coordinada de operaciones que en común realizan varias personas para el logro de finalidades económicas, de donde se infieren los hechos asociantes, es decir

Págs.

la *affectio societatis*. Sentencia 157 del 93-10-22 - No casa - Tribunal Superior Villavicencio - Rosalía Ruiz contra Rosa Helena Hernández Martínez, Jorge, Gladys Esther, Myriam y Blanca Hernández, como herederos conocidos de Carlos Alberto Hernández y contra sus herederos indeterminados. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo XCIC (sic), números 2256 a 2259, página 70; Gaceta Judicial Tomo LXXVIII, No. 2145, página 254; Gaceta Judicial XLII, Nos. 1901 y 1902, página 479; Sentencia 183 de 23 de mayo de 1989 que corre publicada en la Gaceta Judicial Tomo CXCVI, páginas 119 a 142. Extracto número 000. 287

PARTICION SUCESORAL / PARTICION ADICIONAL / PROCESO ORDINARIO. Si en contra de los inventarios destinados a abrirle paso a la partición adicional prosperó una objeción, la cuestión relativa a si lo que era materia de ellos debían ser incorporados como bien propio del causante o de la sociedad conyugal, o incluso permanecer definitivamente excluido, tenía que ser decidida en proceso separado. Ello es así porque la decisión que acogió aquélla es un auto al que la ley, como sí lo hace de manera excepcional en otros eventos, no ha dotado del carácter de definitividad. Por lo tanto, si bien las partes ya no podían insistir en el punto dentro del proceso de sucesión, nada les impedía, en cambio, acudir a las formas propias de un proceso ordinario para, esta vez sí de manera definitiva y contando con la amplitud propia de éste, zanjar la disputa. Sentencia 158 del 93-10-25 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Lucy Gómez de Sierra, Juan Guillermo y Fernando León Sierra Gómez contra Patricia Elvira Sierra de Parra y Gloria María Sierra Montoya, y Carlos Andrés y Gabriel Jaime Sierra Montoya, representados estos dos últimos por su madre María Eugenia Montoya Echeverri. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 1388 C.C. Extracto número 000. 303

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vías directa e indirecta. La violación directa de la ley sustancial implica, por contraposición a lo que constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente no exista reparo que para oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia de la prueba. Sentencia 158 del 93-10-25 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Lucy Gómez de Sierra, Juan Guillermo y Fernando León Sierra Gómez contra Patricia Elvira Sierra de Parra y Gloria María Sierra Montoya, y Carlos Andrés y Gabriel Jaime Sierra Montoya, representados estos dos últimos por su madre María Eugenia Montoya Echeverri. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil CXLVI, 60-61. Fuente formal: Artículo 374, numeral 3º C.P.C.; 368 *ibidem*. Extracto número 000. 303

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / NORMA SUSTANCIAL. La violación de las normas de derecho sustancial denunciadas en el cargo segundo: No la del artículo 332 del C. de P. C. -única de este estatuto que, dentro del elenco de las citadas por el recurrente, tiene tal calidad-. Sentencia 158 del 93-10-25

Págs.

- No casa - Tribunal Superior Medellín - Lucy Gómez de Sierra, Juan Guillermo y Fernando León Sierra Gómez contra Patricia Elvira Sierra de Parra y Gloria María Sierra Montoya, y Carlos Andrés y Gabriel Jaime Sierra Montoya, representados estos dos últimos por su madre María Eugenia Montoya Echeverri. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 332 C.C. Extracto número 000. 303

ERROR DE HECHO / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL.-Vías directa e indirecta / TECNICA DE CASACION. El error evidente de hecho, por su propia esencia, está referido a la apreciación objetiva de los medios probatorios; por lo tanto, resulta completamente inadecuado decir que en él se incurre cuando se violan normas procesales. / Aun cuando no sea estrictamente necesario decir que se opta por la vía directa o por la indirecta al acusarse la sentencia con base en la causal primera del artículo 368, tal aspecto sí debe ser diáfano en el desenvolvimiento de la censura, pues si en la vía directa se parte de la coincidencia con el sentenciador de instancia en el entendimiento que éste tuvo de los hechos, la desviación al respecto resulta antitécnica, máxime cuando se pudo acudir a la vía indirecta y conjurar el fallo por desaciertos probatorios. Sentencia-158 del 93-10-25 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Lucy Gómez de Sierra, Juan Guillermo y Fernando León Gómez contra Patricia Elvira Sierra de Parra y Gloria María Sierra Montoya, y Carlos Andrés y Gabriel Jaime Sierra Montoya, representados estos dos últimos por su madre María Eugenia Montoya Echeverri. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 15 febrero 1990. Extracto número 000. 303

CONTRATO DE ADHESION / CONTRATO DE SUMINISTRO. Ni la doctrina ni la jurisprudencia les han negado a los contratos de adhesión fuerza vinculatoria contractual, sino que, por el contrario, los ha encontrado escenarios adecuados para desarrollar ciertos principios de hermenéutica contractual, por cuanto si bien la desigual posición de las partes en la formación de estos acuerdos ha originado seria disparidad de criterios sobre su naturaleza jurídica, hasta el punto de que algún sector de la doctrina se ha inclinado por negarles a tales contratos su carácter contractual, otro, mayoritario, sostiene la llamada teoría contractual de los actos de adhesión, mediante la aducción de una razón apta para absolver toda perplejidad. / El contrato de suministro es una modalidad, el denominado, por la doctrina, de concesión, en virtud de la cláusula de exclusividad prevista en el artículo 975 del Código de Comercio, es ciertamente un contrato típico de la legislación mercantil colombiana; se trata de un contrato que, además de ser bilateral, oneroso y consensual, es de tracto o ejecución sucesiva, que es su característica más notoria, pues su eficacia no se agota en un solo acto, puesto que las necesidades de los contratantes son precisamente la previsión futura y el mantenimiento en el tiempo. / No es exacto que el contrato de suministro, por su esencia o por su naturaleza, haya de encasillarse necesariamente en la categoría de los contratos por adhesión, porque la ley mercantil que lo regula en parte alguna exige dicha

forma respecto del mismo, de donde resulta que bien puede perfeccionarse por el sistema de libre discusión, aunque lo usual es que se encuentre ya redactado y el distribuidor adhiera a él sin discutir sus cláusulas. Sentencia 159 del 93-10-27 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Recal Limitada contra Dow Química de Colombia S. A. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil 8 mayo de 1974; XLIV, 678 a 680. Fuente formal: Artículo 1618 C.C; 977 C. Co. Extracto número 196. 321

INTERPRETACION CONTRACTUAL. Los jueces tienen amplia facultad para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante; ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes. Sentencia 159 del 93-10-27 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Recal Limitada contra Dow Química de Colombia S. A. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil 29 agosto de 1980. Extracto número 196. 321

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS / *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. El reajuste de la cuota alimentaria a favor de la menor puede plantearse hoy en una nueva demanda, al tenor de lo establecido en el artículo 139 del Decreto 2237 de 1989 (Código del Menor), artículo que independiza el proceso inicial de alimentos de la demanda para la revisión de los fijados, no sólo porque deja de lado el trámite simplemente incidental previsto en el artículo 24 de la Ley 1ª de 1976, sino porque no dispone, ni le dispone ningún otro artículo de dicho código, que la modificación tenga que ser hecha por el mismo Juez, razón por la cual el conocimiento de este segundo proceso podría, obviamente, corresponder a otro Juez, si la menor ha variado de residencia, sin que ello implique menoscabo al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. Auto 323 del 93-10-27 - Juzgado Promiscuo Municipal Cómbita (Boyacá) competente - Juzgado 1º Civil Municipal Barbosa-Promiscuo Municipal Cómbita - María Teresa García en representación de Flor Alicia y William Alberto Vargas García contra Guillermo Vargas. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto de enero 26 de 1993. Fuente formal: Artículo 139 Código del Menor; artículo 24, Ley 1ª de 1976; artículo 17, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 195. 318

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía indirecta / ERROR DE HECHO. Al quiebre de una sentencia por violación indirecta de normas sustantivas por efecto de errores de esa clase -fácticos-, no es factible llegar a través de una simple confrontación de criterios, sino que debe ser fruto de la demostración indiscutible de una radical equivocación, habida cuenta que en este ámbito, exigente en grado sumo, la afirmación del pronunciamiento recurrido únicamente puede fundarse en la certeza y es por eso que, en cualquier hipótesis, adquiere especial relieve la prueba de la contraevidencia. Sentencia 160 del 93-

Págs.

10-28 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Luis Fernando Rodríguez contra Carlos y Octavio Alberto Hinestroza. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomos CVII, página 289, y CXXXIX, página 240. Fuente formal: Artículo 368 C.P.C. Extracto número 000. 336

VALORACION PROBATORIA / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / PRESUNCION DE ACIERTO. La facultad de combatir en casación la apreciación de la prueba a través de la vía que para el efecto consagra el segundo inciso del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, tiene por esencia un claro sentido de excepcionalidad por cuanto, en tesis general, esa apreciación y los juicios de hecho que en ella se fundan, deben ser respetados no sólo porque llegan cobijados por la presunción de acierto, sino porque se amparan en la discreta autonomía que al fallador de instancia le reconoce la ley. Sentencia 160 del 93-10-28 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Luis Fernando Rodríguez contra Carlos y Octavio Alberto Hinestroza. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículo 368 C.P.C. Extracto número 000. 335

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Ataque todos los fundamentos. Si la acusación al fallo del *ad quem* viene montada por la causal primera de casación y de los varios soportes en que descansa la decisión el recurrente contra la impugnación en uno o varios pero se desentiende de otro u otros que le sirven de puntal, la impugnación en esas condiciones es incompleta. Sentencia 161 del 93-10-28 - No casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Graciela Núñez Aponte contra Caja de Compensación Familiar, "Ata" (en liquidación) y de Comfan, Caja de Compensación Familiar Andercorp. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 4 de septiembre de 1975. Fuente formal: Artículo 368 C.P.C. Extracto número 000. 346

CASACION-Ataque todas las pruebas. Si el fallador de instancia apoyó su resolución en varias pruebas, el recurrente, para salir airoso en su actividad impugnativa, debe atacar todas las pruebas que sirvieron de respaldo a la decisión impugnada; si el Tribunal tuvo más de un soporte autónomo de su fallo, nada gana el recurrente con destruir varios de ellos si no los derrumba todos, pues quedando uno solo en pie, él será estribo suficiente del fallo. Sentencia 161 del 93-10-28 - No casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Graciela Núñez Aponte contra Caja de Compensación Familiar, "Ata" (en liquidación) y de Comfan, Caja de Compensación Familiar Andercorp. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 4 de septiembre de 1975. Extracto número 000. 346

DEMANDA DE REVISION. Cada exigencia formal de la demanda de revisión tiene su razón de ser, y en lo que toca con la fecha en que se profirió la sentencia y el señalamiento del día en que quedó ejecutoriada, son datos que van orientados a que el juzgador, de entrada, pueda saber y determinar si el recurso fue formulado en la debida oportunidad, o sea dentro del plazo o plazos

Págs.

señalados por la ley, o, por el contrario, por fuera del tiempo. Auto 327 del 93-10-28 - Revoca auto suplicado - Teresa del Niño de Jesús Bedoya Otálvaro y Oscar Fredy, Nelson Alberto y Jorge Iván López Bedoya. Fuente formal: Artículo 380 numerales 1º, 6º, 8º y 9º C.P.C.; 381 *ibidem*. Extracto número 000. 362

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ACCION CAMBIARIA / TITULO VALOR / FUERO CONCURRENTE / FUERO CONTRACTUAL. No es acertado asimilar la acción encaminada al cobro de determinado título valor, con la tendiente a obtener el cumplimiento del contrato, por lo que entonces resulta desatinado invocar como presunto fuero concurrente el del lugar del cumplimiento del contrato frente a un asunto cobijado únicamente por el llamado fuero general o *actor sequitur forum rei*, de que trata el numeral 1º del artículo 23, y que se refiere a la regla según la cual debe demandarse en el domicilio del demandado. / El caso en el que el título valor tiene soporte incontrovertible en un contrato suscrito entre las futuras partes procesales, contrato que hace parte de los anexos de la demanda, pues en este evento la existencia del fuero concurrente encuentra arraigo en el numeral 5º del artículo 23 *in fine*. Auto 325 del 93-10-28 - Juzgado 1º Civil Circuito Buenaventura conocer - Juzgado 1º Civil Circuito Buenaventura - Civil Circuito Tumaco - María Australia Marquínez contra Héctor Hernando Melo. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Auto 36 de marzo de 1992. Fuente formal: Artículo 23 numerales 1º y 5º C.P.C. Extracto número 198. 359

COMPETENCIA TERRITORIAL-Fueros / RENDICION DE CUENTA / FUERO CONCURRENTE. Como factores de competencia, uno de los cuales es el territorial, en virtud del cual se asigna el conocimiento de un proceso determinado a una autoridad judicial específica, teniendo en cuenta para ese efecto los denominados "fueros" o "focos", cuales son el general o personal, el real y el contractual, sin perjuicio de que en ocasiones por la confluencia de dos de ellos se dé origen al fuero concurrente. / Para procesos de esta índole -rendición de cuentas-, por ministerio de la ley, existe un fuero concurrente entre el personal o general del llamado a rendir las cuentas y el real, determinado por el lugar de la administración de los negocios que dan lugar a que ellas se soliciten. Auto 324 del 93-10-28 - Juzgado Promiscuo Circuito Támesis (Antioquia) conocer - Juzgado 1º Civil Circuito Medellín-Promiscuo Circuito Támesis - Víctor Mario, Dora Patricia, Diego y María Cristina Arango Wiedemann como herederos de Sofía Restrepo viuda de Arango contra Jorge Arango Restrepo. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículo 23, artículo 23, numeral 12; Decreto 2270 de 1989. Extracto número 000. ... 356

SENTENCIA INHIBITORIA / LITISCONSORCIO NECESARIO / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta. No son pocos los fallos inhibitorios que adolecen de ilegalidad por apoyarse en una defectuosa integración subjetiva del proceso que en verdad no existe, y viceversa, o sea sentencias de fondo proferidas no obstante configurarse el impedimento aludido. En efecto, y cuando de este último supuesto se trata, la providencia en

Págs.

cuestión puede haber sido resultado, ora del análisis erróneo que el juzgador hizo del litisconsorcio necesario y del régimen que le es aplicable, o ya de una apreciación equivocada de la situación fáctica involucrada en el caso, de donde se sigue que el rumbo de la impugnación no es igual en ambas hipótesis; en la primera, el ataque en casación tendrá que hacerse por la vía directa, pues por supuesto se tiene que el error jurídico del juzgador tuvo lugar con absoluta prescindencia del material probatorio obrante en los autos, mientras que en la segunda lo adecuado es utilizar la vía indirecta. Sentencia-160 del 93-10-28 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Luis Fernando Rodríguez contra Carlos y Octavio Alberto Hinestroza. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CLII, página 9 y Casación Civil de 18 de noviembre de 1992, sin publicar. Extracto número 197. 335

LITISCONSORCIO FACULTATIVO Y NECESARIO. El litisconsorcio en el campo civil es una situación especial que puede formarse, bien sea por voluntad de los litigantes o ya por obra de una razón de necesidad imprescindible, impuesta por mandato de la ley o determinada por la naturaleza misma de la relación sustancial sometida a controversia y que ha de constituir objeto del pronunciamiento jurisdiccional que al proceso le pone fin. Se dice, entonces, que en el primer evento es "voluntario" el litisconsorcio, mientras que en el segundo es "necesario" u obligatorio por cuanto es de la índole de aquella relación sustancial, o en su caso de un precepto positivo expreso, de donde resulta la carga de la acumulación subjetiva. S 160 del 93-10-28 - No casa - Tribunal S. Medellín Luis Fernando Rodríguez contra Carlos y Octavio Alberto Hinestroza. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. Tomos CXXXIV, pág. 170, y CLXXX, pág. 381, reiterada en Casación Civil del 16 de marzo de 1990 y 13 de julio de 1992 sin publicar. ET artículos 52 y 83 del C.P.C. Extracto número 197. 335

AGENCIA COMERCIAL / SOCIEDAD / ESTABLECIMIENTO COMERCIAL. No es posible confundir el contrato de agencia comercial con las agencias de las sociedades mercantiles. La más notoria de las diferencias entre estas dos figuras, que atañe al caso en cuestión, radica en que por virtud del contrato de agencia se crea en una persona natural o jurídica la calidad de agente, mientras que la agencia de una sociedad, por definición, es un establecimiento de comercio perteneciente a dicha sociedad, integrante por lo tanto de su patrimonio y a cuyo frente se encuentran administradores subordinados o dependientes que no tienen facultad para representarla. A-328 del 93-11-02 - Jdo. 2o. Cto. Civ. Cartago competente - Jdo. 2o. Civ. Cto. Cartago - 16 Civ. Co. Bogotá - La Previsora S.A. Compañía de Seguros contra Nuevo Transporte Chocó Ltda. y Cía. S.C.S. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. ET. Capítulo V, título XIII del Libro 4º del Código de Comercio. Extracto número 000. 365

UNION MARITAL DE HECHO / SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA / JURISDICCION DE FAMILIA / JURISDICCION CIVIL. Cuando se invoca

Págs.

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 conformada 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 por la segunda, que 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 una con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal. A-330 del 93-11-05 - Abstenerse de dirimir supuesto conflicto - Tribunal S. Santafé de Bogotá - María Brígida Moreno Moreno contra Guillermo Parra Colmenares. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Auto 16 de julio de 1992; Cas. 29 de septiembre de 1993. L.F.: Ley 54 de 1990; art. 1 *ibidem*. Extracto número 000. 369

NULIDAD PROCESAL / FALTA DE JURISDICCION. Cuando el superior jerárquico encuentra que el asunto del cual conoce corresponde a otra jurisdicción, debe decretar la nulidad, que es insanable (art. 144 *ibidem*) y proceder de conformidad con lo reglado en el artículo 146 *ib.*, indicando la actuación que debe renovarse, para que la autoridad encargada del trámite en primera instancia proceda a tomar la determinación pertinente que, en tal hipótesis, consistirá en rechazar la demanda. A-330 del 93-11-05 - Abstenerse dirimir supuesto conflicto - Tribunal S. Santafé de Bogotá - María Brígida Moreno Moreno contra Guillermo Parra Colmenares. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Autos del 24 de febrero y 31 de marzo de 1993 N.P. F.F.: artículo 140-1o., 144, 146, 85 C.P.C. Extracto número 000. 369

DICTAMEN PERICIAL / ERROR DE HECHO. La calificación de si prueba semejante -pericial- viene o no fundamentada, le corresponde hacerla libremente al juzgador y, por tanto, el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto, o de manifiesto en los autos. S-165 del 93-11-09 - No casa - Tribunal S. Tunja - Gustavo Rojas Cuervo contra Andrea Lucero Salcedo (representada por Cecilia Salcedo Mondragón). Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia de febrero de 1981, proceso de Susana Castillo Solano y otros contra Miguel Antonio Cañón. Extracto número 000. 394

SUPLICA / REPOSICION / DEMANDA DE REVISION / REVISION - Rechazo. El auto del magistrado ponente por cuya virtud se resuelve positivamente sobre la admisibilidad del recurso de revisión, por no encontrarse en la lista de apelables que trae el ordenamiento y por no haberse establecido respecto del mismo recurso de súplica expresamente, este último no tiene cabida en el evento referido, procediendo de este modo al estudio de fondo de recursos de reposición interpuestos contra el auto que admite la demanda de revisión. /

Págs.

Contra la providencia que *in limine* rechaza la demanda de revisión y cierra definitivamente la vía, dictada por el Magistrado ponente en el trámite del recurso extraordinario aludido, que es de única instancia, es claro que contra tal providencia no procede el recurso de reposición sino de súplica. A-332 del 93-11-09 - Rechaza por improcedente recurso de súplica - Tribunal S. Santa Marta - C.I. Prodeco Productos de Colombia S.A. contra personas indeterminadas. Igual sentido: Auto 19 de octubre de 1992; auto del 18 de mayo de 1989; auto del 25 de junio de 1992. F.F. artículo 363; num. 2 art. 26 y num. 2 art. 25; 385, 690 num. 3; 364, 348 C.P.C. Extracto número 201. 410

ERROR DE HECHO. El error de hecho aparece cuando el juez tiene por demostrado un acontecimiento con base en una prueba que en realidad no obra dentro del proceso (error por suposición), o cuando el juez niega la existencia del hecho, no obstante haberse incorporado al proceso la prueba tendiente a establecerlo (error por preterición). Variante de la primera forma de error es aquella que se da cuando el juez le hace decir a un determinado medio probatorio lo que éste, de hecho, no representa (suposición por adición). Y la segunda es la advertible cuando el juez, sin ignorar la existencia del medio probatorio, recorta o mutila su contenido (preterición por cercenamiento). / El error de hecho así configurado debe ser, empero, ostensible o protuberante para que pueda justificar legalmente la casación del fallo. S-164 del 93-11-09 - Casa - Tribunal S. Ibagué - José Ignacio Montoya Ortegón contra Alvaro Orjuela. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: CXLIII, 213; sentencia 29 de marzo de 1990; Cas. del 17 de junio de 1964, G.J. 107, pág. 288, y Sent. 330 del 27 de septiembre de 1990 no publicada. F.F. artículo 368-2 C.P.C. Extracto número 000. 377

PRESUNCION DE ACIERTO / ERROR DE HECHO. La sentencia de instancia sube a la Corte amparada por la presunción de acierto y como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en este recurso extraordinario, mientras por el impugnante no se demuestre que aquél, y al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado de los autos o en la infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y la eficacia de los medios de convicción adecidos al proceso. / El error de hecho equivale al desacierto del juez en la contemplación objetiva de los medios de prueba, en esa especie de yerro incurre cuando aprecia mal los hechos por haber considerado una prueba que no obra materialmente en el proceso y por tanto desvirtúa la concepción sobre éstos: o cuando da por demostrados hechos que no aparecen del medio de prueba que sí existe físicamente en los autos; o, en fin, cuando altera, o modifica, adicionándolo o cercenándolo, el contenido del medio realmente existente, hipótesis todas éstas que comprenden los casos de suposición o preterición de pruebas. / El error fáctico manifiesto, evidente u ostensible, es el que aparece *prima facie* y que justamente por ser tan protuberante para hallarlo no son menester mayores esfuerzos. S 165 del 93-11-09 - No casa - Tribunal S. Tunja - Gustavo Rojas Cuervo contra Andrea Lucero Saicedo (representada por Cecilia Saicedo

Págs.

Mondragón). Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Cas. Civ. 17 de junio de 1964, G.J. Tomo 107, pág. 288; 21 de marzo de 1980; 21 de junio de 1984; 6 de julio de 1987; aún no publicadas. F.F. artículo 368 1 C.P.C. Extracto número 000. 393

CASACION-Naturaleza / TECNICA DE CASACION. La casación no ha constituido, ni constituye, una instancia más del proceso, en la que, como en éstas, sea de recibo hacer toda suerte de planteamientos y de polémicas probatorias. El recurso de que aquí se trata es de linaje extraordinario, lo que de suyo pone de presente que tiene límites precisos dentro de los cuales puede y debe moverse el casacionista; de franquearlos, se coloca en franca pugna con la técnica de la casación. S-165 del 93-11-09 - No casa - Tribunal S. Tunja - Gustavo Rojas Cuervo contra Andrea Lucero Salcedo (representada por Cecilia Salcedo Mondragón). Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 199. 393

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta / TECNICA DE CASACION / MEDIO NUEVO. Montado un cargo en casación por la causal primera, por vía indirecta, no permite al recurrente planteamientos destinados al ingreso de la litis de un hecho nuevo, porque una parte no puede quedar expuesta al recurso extraordinario a que la otra, a última hora los sorprenda con aspectos no controvertidos o invocados en las instancias y, por tanto, con desconocimiento de la garantía constitucional de la defensa. S-165 del 93-11-09 - No casa - Tribunal S. Tunja - Gustavo Rojas Cuervo contra Andrea Lucero Salcedo (representada por Cecilia Salcedo Mondragón). Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Cas. Civ. 22 de junio de 1988, sin publicar. F.F. artículo 29 C.N. Extracto número 199. 393

CARGA DE LA PRUEBA / CONFESION. Con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del C.P.C., con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del juez. Lo que está vedado es que alguien diga en su favor una cosa y sin más se le dé crédito. No lo está, en cambio, crearle la prueba a la contraparte mediante confesión. S-165 del 93-11-09 - No casa - Tribunal S. Tunja - Gustavo Rojas Cuervo contra Andrea Lucero Salcedo (representada por Cecilia Salcedo Mondragón). Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia del 12 de febrero de 1980. Extracto número 200. 394

ACCION REIVINDICATORIA / POSESION. Cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda judicial 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. Si bien los medios más adecuados para demostrar la posesión son el testimonio y la inspección judicial, no por eso puede decirse que éstos sean

Págs.

los únicos. S-164 del 93-11-09 - Casa - Tribunal S. Ibagué - José Ignacio Montoya Ortegón contra Alvaro Orjuela. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Cas. Civ. 16 de junio de 1982, G.J. Tomo CLXV, pág. 125. Extracto número 000. 377

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO GENERAL / FUERO ESPECIAL. Las reglas generales de competencia, por razón del factor territorial, están orientadas por los denominados fueros o foros. Del domicilio, hereditario, contractual, de la gestión administrativa y real son los fueros más destacados que la doctrina y la jurisprudencia han tipificado. / El fuero a su vez es general si sirve para toda clase de procesos y asuntos que es en nuestro Estatuto Procesal Civil el del domicilio del demandado y a falta de aquél, el de su residencia quedando la opción al actor cuando el demandado tiene varios domicilios de escoger cualquiera de ellos, a menos que se trate de asuntos vinculados exclusivamente a uno de dichos domicilios, caso en el cual se está ante el denominado fuero especial, que tiene su génesis en tres motivos: a) materia del pleito; b) calidad de las partes; c) la convención. A-354 del 93-11-11 - Jdo. 5 Civ. Cto. Cartagena de Indias competente - Jdo. 21 Civ. Cto. Btá-Jdo. 5 Civ. Cto. Cigana - Gaby de Espitaleta contra Cooperación Financiera Popular S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. artículo 23 C.P.C. Extracto número 000. 430

REVISION / NULIDAD PROCESAL / INDEBIDA REPRESENTACION / INDEBIDA NOTIFICACION. Los numerales 7, 8 y 9 del artículo 140 del C.P.C. hacen relación a causales de nulidad que confluyen en el motivo séptimo de revisión y que, aunque todas encuentran fundamento en la garantía de la defensa, tienen supuestos diferentes, por lo que no se puede pretender que, indiscriminadamente, puedan ellas operar frente a un único evento. A qué se refiere cada una de aquéllas. Cualquiera que sea el motivo de nulidad alegado para que proceda su declaración por la vía extraordinaria del recurso de revisión, debe además estar plenamente demostrado, comprobarse que el vicio no se encuentra sancado. S-167 del 93-11-11 - Infundado recurso de revisión - Tribunal S. Bucaramanga - Carmen Doris Bautista de Landazábal en nombre propio y en representación de Rosa Helena, César, Lisandra y Mario Landazábal dentro del proceso iniciado por Tránsito Patiño Osorio, en representación de su menor hijo Jorge Armando Patiño contra los sucesores de Mario Landazábal Gamboa. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CLII, pág. 219. F.F. artículo 380 nums. 7, 8 y 9. Extracto número 202. 433

NULIDAD PROCESAL / INDEBIDA NOTIFICACION / EMPLAZAMIENTO / REVISION. No dirigir la demanda contra quien es el titular del derecho, no cuando se sabe quién es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado, habrá sido legítimo opositor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal

Págs.

hecho, al preceptuar que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de personas que deben ser citadas como parte y al establecer que este episodio genera causa de revisión del proceso. S-167 del 93-11-11 - Infundado recurso de revisión - Tribunal S. Bucaramanga - Carmen Doris Bautista de Landazábal actuando en nombre propio y representación de Rosa Helena, César, Lisandra y Mario Landazábal Bautista, contra la sentencia en el proceso iniciado por Tránsito Patiño Osorio, en representación de su menor hijo Jorge Armando Patiño contra los sucesores de Mario Landazábal Gamboa. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia del 30 de noviembre de 1976; CLIX. F.F. artículos 152-9; 360-7. Extracto número 203. 414

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Legitimación / LEGITIMACION EN LA CAUSA / LITISCONSORCIO FACULTATIVO. Para que pueda adelantarse válidamente un proceso de filiación extramatrimonial, es indispensable que se surta con legítimo contradictor, esto es con citación y audiencia del presunto padre si se encuentra vivo, y en su defecto, es decir, si ya ha fallecido, deberá dirigirse contra, según fuere el caso, sus herederos determinados e indeterminados y su cónyuge. Significa lo anterior que en caso de adelantarse un proceso de esta índole sin la debida integración del contradictorio o sin la citación de quien por ministerio de la ley debe ser parte demandada, la sentencia así obtenida se encuentra viciada de nulidad. / En los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario. El litisconsorcio que entonces se forma entre los herederos demandados es meramente voluntario. S-167 del 93-11-11 - Infundado recurso de revisión - Tribunal S. Bucaramanga - Recurrente de Revisión: Carmen Doris Bautista de Landazábal, actuando en nombre propio y en representación de Rosa Helena, César, Lisandra y Mario Landazábal Bautista contra la sentencia en el proceso iniciado por Tránsito Patiño Osorio, en representación de su menor Jorge Armando Patiño contra los sucesores de Mario Landazábal Gamboa. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia del 12 de diciembre de 1991; Tomo CXV, 110; Tomos LIX, pág. 593; CXXXII-CXIV, pág. 239 y CXLII, pág. 52; Cas. Civ. 6 de septiembre de 1975. F.F. artículo 403 C.C.; art. 7 Ley 45 de 1936; arts. 1008, 1011, 1155 C.C. Extracto número 203. 413

PERTENENCIA / CERTIFICACION / NULIDAD PROCESAL / CITACION / DERECHO DE DEFENSA. Si por quien inicia un proceso de pertenencia se anexa para el efecto un certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el que por error, deficiencia, fraude o cualquier razón no aparecen los titulares de derechos reales sobre el inmueble que se pretende usucapir en todo o en parte, para citarlos en esa forma su citación como legítimos contradictores que son en ese proceso, es evidente que allí se configura una ostensible violación del derecho de defensa. S-168 del 93-11-11 -. Ordénase la nulidad de lo actuado - Tribunal S. Montería - Recurrente en Revisión.

Págs.

Rafael Eduardo Pérez Ruiz, en el proceso de Jovita María de Hoyos Montes contra personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia 30 de noviembre de 1979, citada por la Corte en sentencia de revisión número 186 de 23 de mayo de 1990. F.F. artículo 29 C.N.; artículo 140 numeral 9; artículo 380 numeral 7 *ibidem*. Extracto número 204. 423

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA / PERTENENCIA / PRESCRIPCION. Si bien el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, que empezó a regir el 10 de enero de 1992, dispuso que deben observarse las reglas que el mismo precepto señala para demandas de casación entre ellas, la de no exigirle al recurrente integrar la proposición jurídica completa, también es cierto que el artículo 62 del mismo estatuto preceptúa que en los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos "se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso". / El recurso de casación que interpuso la parte demandante, que lo hizo mediante escrito presentado el 25 de septiembre de 1991, deberá, entonces, despacharse con sujeción a la disciplina técnica vigente a la fecha de su interposición y no a la existente cuando presentó la demanda de casación. / Cuando la situación litigiosa versa sobre una pretensión de declaración judicial de pertenencia de un bien raíz por haberlo adquirido por el medio de prescripción, el impugnante en casación tiene que denunciar como quebrantados los preceptos que conforman la proposición jurídica, entre ellos los artículos 407 del Código de Procedimiento Civil. S-169 del 93-11-11 -. No Casa. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Pedro Melo Pulido contra José Antonio Melo Pulido y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civ. 16 de noviembre de 1967, 1º de abril de 1975; 16 de mayo de 1980, 2 de agosto de 1985, no publicadas. F.F. artículo 51 Decreto 2651 de 1991; 407 C.P.C. Extracto número 000. 434

PRINCIPIO DE LA TRASCENDENCIA / NULIDAD PROCESAL - Legitimación. Si se tiene en cuenta el principio de la trascendencia, se puede sentar como regla general la de que está legitimado para alegar una nulidad procesal quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos. Con todo carecen de legitimación: a) Quienes hayan dado lugar al hecho que la origina; b) Quienes tuvieron la oportunidad de proponerla como excepción previa; c) La nulidad por indebida representación o emplazamiento en forma legal, sólo puede alegarla la persona afectada; d) Las nulidades a que se refieren los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 152 del C.P.C. no pueden invocarlas quienes hayan actuando en el proceso sin alegarlas. S-167 del 93-11-11. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior Bucaramanga. Carmen Doris Bautista de Landazábal actuando en nombre propio y en representación de Rosa Helena, César, Lisandra y Mario Landazábal Bautista contra el proceso iniciado por Tránsito Patiño Osorio, en representación de Jorge Armando Patiño, contra los sucesores de Mario Landazábal Gamboa. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CLXXX, pág. 193; Sentencia marzo 11 de 1991. F.F. art. 140 numerales 7, 8, 9, 142; 143 y 144 C.P.C. Extracto número 202. 413

Págs.

REVISION / MANIOBRA FRAUDULENTA. Por ser de tanta gravedad la colusión o el fraude procesal puede alegarla no solamente la parte perjudicada sino también el tercero que por la censurable conducta de las partes sufre perjuicios con la sentencia producto de la colusión o del engaño procesal, así este comportamiento no haya sido objeto de investigación penal. / La causal sexta de revisión se estructura mediante la ocurrencia de estos dos factores: a) Que haya existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia que se impugna en el recurso extraordinario de revisión, y b) que la colusión o el fraude procesal le haya causado perjuicio al recurrente. Concepto de las expresiones "maniobra fraudulenta", "engaño" y "fraude". S-170 del 93-11-12. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior Manizales. Guillermo Ocampo Avendaño contra Ligia Galeano Segura. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Gaceta Judicial LV, 533; CLXV, 36; G.J.T. CXCVI, págs. 185 y 186. F.F. arts. 380 numeral 6; 37 numeral 3 C.P.C. Extracto número 205. 440

COSTAS. Con la condena en costas se persigue el de impedir que la parte triunfadora sufra daño patrimonial apreciable por el hecho de haberse visto obligada a acudir a los tribunales para la persecución o defensa de sus prerrogativas, en la correspondiente liquidación no pueden incluirse entonces sino aquellos gastos que en trámite adelantado traigan causa directa y que, además, puedan considerarse útiles en orden a alcanzar el resultado procesal producido. Se tuvo presente la naturaleza e importancia de las cuestiones debatidas en casación, así como también la eficacia de los servicios profesionales prestados, todo ello con referencia a la tarifa del Colegio Nacional de Abogados. A-336 del 93-11-16. Aprobar la liquidación de costas. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). F.F. art. 393 numeral 6 C.P.C.; Tarifa del Colegio Nacional de Abogados, aprobada por la Resolución 020 de 1992 del Ministerio de Justicia. Extracto número 600. ... 449

SENTENCIA SUSTITUTIVA / PRESCRIPCION / POSESION. La prescripción, como modo de adquirir el dominio que es, está caracterizada por la posesión y ésta comporta de manera principal un elemento subjetivo, intencional, traducido en la actitud del poseedor por hacer la cosa suya, comportándose como un verdadero dueño, esto es, ejecutando con plena autonomía los actos y hechos que comúnmente son inherentes al derecho de dominio, pudiendo evitar deliberadamente que los demás invadan ese poder de hecho, tiénese que las razones que llevaron a invalidar la sentencia del Tribunal dicen muy a las claras que la pertenencia reclamada por Tulia O. debe fracasar. La posesión, no puede tener pacífica convivencia con las relaciones que desdibujan y repulsan su esencia, como son todas las que encarnan el reconocimiento de dominio ajeno, entre las que cabe destacar las de mera tenencia. S-171 del 93-11-16. Revoca sentencia del Juzgado Tercero Civil Circuito Montería. Tribunal Superior Montería. Tulia Rosa Ochoa Cuadrado contra Lucía Cabrales viuda de Bucivas. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F. art. 1º Ley 50 de 1936. Extracto número 600. 451

Págs.

VALORACION PROBATORIA / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. En tanto haya de desempeñar las funciones propias del Tribunal de Casación, a la Corte no le es permitido balancear libremente las pruebas y las contrapruebas aducidas para, a la manera de los falladores de instancia, deducir la verdad de los hechos controvertidos, ellos por cuanto, en este ámbito no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación como medio conducente a la violación de la ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto. S-172 del 93-11-17. No Casa. Tribunal Superior Pasto. Defensoría de Familia de Pasto, Zona Dos, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en interés del menor Pedro Alexánder Mulo contra Pedro Saúl Benavides Rivadeneira. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo LI, pág. 207. Extracto número 000. 455

NEGOCIO JURIDICO. La eficacia del negocio jurídico depende no sólo de la autonomía de la voluntad del individuo, sino también del ordenamiento legal en tanto que éste reconoce y tutela su libertad de disponer de sus intereses. Empero, tampoco se ha de perder de vista que, según la entidad de la infracción, el ordenamiento sanciona con la inexistencia, ineficacia, nulidad, anulabilidad y oponibilidad al acto irregular, entendiendo por tal aquel que por no sujetarse a las previsiones legales no agota todos los efectos propios de su función. S-174 del 93-11-17. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Víctor Alberto Arévalo Arévalo contra Banco Ganadero-Sucursal Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 206. 463

NULIDAD PROCESAL / ACTO JURIDICO. Declarada, por ejemplo, la nulidad de la integridad de un proceso, el problema de la invalidez de un negocio jurídico que allí pudiera estarse discutiendo, continuará vigente. Y viceversa: no obstante la declaratoria de nulidad del negocio el proceso, en sí, tiene su propia esfera de validez como quiera que su dimensión o perspectiva jurídica es otra. / Las distinciones entre la nulidad que afecta a las declaraciones de contenido negocial y la que atañe a los actos procesales, diferencias que son igualmente aplicables a la ineficacia de los actos jurídicos. S-174 del 93-11-17. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Víctor Alberto Arévalo contra Banco Ganadero-Sucursal Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Sentencia 30 de junio de 1972: Gaceta Judicial CXLII, pág. 250. F.F. art. 140 C.P.C. Extracto número 000. 463

REVISION / QUEJA. Si al recurso de revisión propuesto por la demandante le está asignado legalmente el trámite de única instancia, resulta a todas las luces improcedente el recurso de queja, que únicamente procede cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación. A-337 del 93-11-17. Rechaza por improcedente recurso de queja. Tribunal Superior Barranquilla. Carmen Sarmiento de Arrieta. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. arts. 26-2°, 377 C.P.C. Extracto número 000. 479

Págs.

ERROR DE HECHO. Para considerar ocurrido el error de hecho como motivo idóneo en orden a legitimar un cargo en sede de casación, preciso es poner de manifiesto que el juzgador de instancia imaginó pruebas del todo extrañas a la actuación surtida o que desconoció la presencia de las que allí sí están, hipótesis que comprenden los casos de desfiguración por adición o por preterición y además que por virtud de desaciertos de esta índole es contraevidente la conclusión sentada por el fallo proferido acerca de determinada cuestión fáctica influyente en la decisión final del litigio, contraevidencia que ha de traslucirse con absoluta inmediación y sin necesidad de razonamientos inductivos más o menos elaborados. S-172 del 93-11-17 - No casa - Tribunal Superior Pasto. Defensoría de Familia de Pasto, Zona dos, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en interés del menor Pedro Alexánder Melo contra Pedro Saúl Benavides Rivadeneira. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial número 1911, pág. 797. L.F. art. 368 núm. 1 inciso 2º. Extracto número 000. 455

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / RELACIONES SEXUALES. La existencia de trato carnal entre personas no casadas, inclusive en el evento en que no llegue a tener exteriorización ni familiar ni pública, importa una presunción legal en favor de la paternidad investigada y por añadidura, de la correspondiente filiación en disputa, siempre y cuando la ocurrencia de dichas relaciones íntimas se acredite de modo conveniente y además con una precisa ubicación en el tiempo, pues han de coincidir con la época en que, según los términos del artículo 92 del Código Civil, se presume de derecho que la concepción se produjo, vale decir con el período de ciento veinte días cabales corridos entre el día ciento ochenta y el día trescientos anteriores al nacimiento. S-172 del 93-11-17. No casa. Tribunal Superior Pasto. Defensoría de Familia de Pasto, Zona dos, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en interés del menor Pedro Alexánder Melo contra Pedro Saúl Benavides Rivadeneira. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto número 000. ... 455

REVISION NULIDAD EN LA SENTENCIA / PROCESO EJECUTIVO. Sólo surge cuando la nulidad se origina en la sentencia que pone fin al proceso, característica que es ajena a la providencia que ordena seguir adelante con la ejecución, ya que en este caso es únicamente un paso, aunque muy importante en el camino que lleva al pago de la obligación, fin verdadero y último del proceso ejecutivo. / No es acudiendo al recurso extraordinario de revisión como pueden alegarse las nulidades que se advierten en el proceso ejecutivo en curso, y que no hayan sido saneadas. S-174 del 93-11-17. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Víctor Alberto Arévalo contra Banco Ganadero-Sucursal Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. L.F. arts. 140, 142 inciso C.P.C. Extracto número 206. 463

REVISION / MANIOBRA FRAUDULENTA. El recurso de revisión mira certeramente a la entronización de la garantía de la justicia o el restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada material. / La causal exige

Págs.

la concurrencia de dos presupuestos que determinan su eficacia: 1) Que haya existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso. 2) Que la colusión o el fraude hayan causado perjuicios al recurrente. Concepto de la expresión "maniobra fraudulenta", "engaño" y "fraude". S-177 del 93-11-17. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Sociedad Unión de Financiamiento Comercial Profinanzas, Monssa Continental, en liquidación, contra "Roberto Collins & Cía. Limitada". Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Sentencia 11 de junio de 1976, no publicada, y del 26 de enero de 1982, Gaceta Judicial CLXV, pág. 38; sentencia de revisión del 13 de julio de 1992, no publicada, Gaceta Judicial CLXV, pág. 36. E.F. arts. 379, 380 numerales 6 y 8 C.P.C. Extracto número 208. 493

NULIDAD EN LA SENTENCIA. Fundado el recurso extraordinario en esta causal -nulidad originada en la sentencia-, su finalidad no tiende a que se revise la actuación procesal en que se profirió el fallo objeto de revisión, sino que, como causal *sui generis*, su proposición exige el examen de la sentencia en orden a determinar si ella en sí adolece la nulidad. S-177 del 93-11-17. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. "Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas, Monssa Continental, en liquidación, contra "Roberto Collins & Cía. Limitada". Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Gaceta Judicial CXLVIII, pág. 185. Extracto número 000. 493

CASACION - Procedencia / PARTICION SUCESORAL. La decisión de un recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición herencial está jurisdiccionalmente circunscrita a las cuestiones propuestas como objeción a la cuenta de la partición que ante la Corte no es posible presentar nuevos reparos o aspectos no considerados ni propuestos en el incidente correspondiente. / En casación sólo son viables los errores *in procedendo*, si la participación ha sido tachada u objetada, y sobre tales puntos no se ha decidido en la sentencia, o se provee sobre más de lo pedido o también por fuera de lo suplicado. S-176 del 93-11-17 - No casa - Tribunal Superior de Ibagué. Vicente y Gentil Lozano Bárcenas contra Alejandro Sánchez y Ernestina Zambrano de Ibata. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: Casación Civil 28 de abril de 1938, XLIV, pág. 322. Extracto número 207.. 482

SENTENCIA - Aclaración. Aunque el Tribunal pecara por imprecisión, o tal vez por motivación insuficiente o en oscuridades, podría haber sido objeto de aclaración el fallo, facultad que la parte ahora recurrente no ejercitó y que el *ad quem* no hizo. S-177 del 93-11-17. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. "Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas, Monssa Continental, en liquidación, contra "Roberto Collins & Cía. Limitada". Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* E.F. art. 309 C.P.C. art. 1º mod. 139 Decreto 2282 de 1989. Extracto número 000. 493

Págs.

SENTENCIA / CONGRUENCIA. La falta de congruencia del fallo no es causa de nulidad de la misma, como que tal defecto genera otro resultado mas no la invalidez del pronunciamiento. Sentencia 177 del 93-11-17 - Infundado recurso de revisión - Tribunal Superio: Bogotá - "Unión Financiera S.A. Compañía de Financiamiento Comercial Profinanzas. Monssa Continental, en liquidación", contra "Roberto Collins & Cía Limitada". Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F. artículo 305 C.P.C. Extracto número 000. 493

SENTENCIA SUSTITUTIVA / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria. Cada una de las declaraciones vertidas en el plenario, se hace palpable que, en conjunto, quedaron demostrados el trato, la fama y la permanencia que hacen próspera la causal de filiación extramatrimonial invocada. Sentencia 175 del 93-11-17 - Revoca sentencia - Luis Gonzalo Orozco contra Griseldina Reyes de Betancourth en su calidad y en calidad de cónyuge supérstite de Ernesto Antonio Betancourth Arias; de Artulfo Roda Ospina; y de María Nelly Orozco, citada en calidad de heredera conocida de Elvia Orozco. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000. 469

PRESTACIONES MUTUAS / FRUTOS. El artículo 964 del C.C., en lo pertinente, establece: "en toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que han invertido en producirlos". En esas condiciones, y como en el caso *sub lite* no obra prueba alguna que permita servir de soporte al cálculo hecho por los peritos, la poseedora vencida deberá reconocer el porcentaje de los frutos en el monto fijado sin que paralelamente quepa reconocerle gasto alguno causado en la producción. Sentencia 175 del 93-11-17 - Revoca sentencia - Juzgado 3º Civil Cto. Armenia - Luis Gonzalo Orozco contra Griseldina Reyes de Betancourth, en su propio nombre y en calidad de cónyuge supérstite de Ernesto Antonio Betancourth Arias; de Artulfo Roda Ospina y de María Nelly Orozco, citada en calidad de heredera conocida de Elvia Orozco. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. artículo 964 C.C. Extracto número 000. 469

REFORMA DEL TESTAMENTO / PETICION DE HERENCIA. No están legitimados para demandar la reforma del testamento aquellos herederos que fueron preteridos en la declaración testamentaria, porque la ley les reconoce una acción directa para reclamar su herencia dentro de la respectiva sucesión cuando ésta aún se encuentra en trámite, o, mediante la acción de petición de herencia cuando el susodicho proceso haya concluido. La reforma del testamento impetrada en este proceso no procede, mas como el hijo extramatrimonial del *de cujus* tiene derecho herencial sobre los bienes relictos dejados pos éste, de los que dispuso su difunto padre, se abre paso la acción de petición de herencia. Sentencia 175 del 93-11-17 - Revoca sentencia - Juzgado 3º Civil Cto. Armenia - Luis Gonzalo Orozco contra Griseldina Reyes de Betancourth, en su propio nombre y en calidad de cónyuge supérstite de Ernesto Antonio Betancourth Arias; de Artulfo Roda Ospina y de María Nelly Orozco, citada

Págs.

en calidad de heredera conocida de Silvia Orozco. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: LIV 1989, 39. F.F. artículos 1274, 1276 C.C. Extracto número 000. 469

REVISION. Es posible valerse del recurso de revisión para conseguir la anulación de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, siendo entendido que algunos de tales motivos, a diferencia de los que inducen a declarar que la sentencia impugnada es injusta en el fondo, contemplan hipótesis en que su validez extrínseca viene a ser afectada por ciertas faltas de procedimiento de suma gravedad como acontece, por ejemplo, cuando una providencia de esa estirpe, así sea intrínsecamente acertada, se pronuncia contra quien no fue citado o emplazado en la debida forma al proceso o se dicta contra quien no estuvo representado allí del modo que pide la ley, sufriendo en consecuencia detrimento ostensible la garantía constitucional de audiencia en los que son sus lineamientos fundamentales. Sentencia 178 del 93-11-18 - Infundado recurso de revisión - Tribunal Superior Bogotá - Paulina Romero de Galindo contra Basilio Quiñones Porras (recurrente en Revisión). Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CLII, página 191. F.F. artículos 380 numeral 7, 142 C.P.C. Extracto número 209. 506

PROMESA DE COMPRAVENTA / ACCION RESOLUTORIA. Si la promesa tuvo cabal cumplimiento con el perfeccionamiento del contrato de compraventa, mal se puede demandar ahora su resolución por incumplimiento de una de las partes o por mutuo disenso de ambas. Sentencia 179 del 93-11-18 - No casa - Tribunal Superior Bogotá - Gilberto Beltrán Santofimio contra Juan José Vargas Ramírez y la sociedad Inmobiliaria Calarcá Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000. 517

EMPLAZAMIENTO / CARGA DE LA PRUEBA. Las normas encargadas de reglamentar la notificación por Edicto destinadas a citar y emplazar a la parte demandada son categóricas en exigir como uno de los presupuestos de regularidad de las actuaciones de esta naturaleza el que se ignore el paradero del demandado, situación esta última que debe ser puesta de manifiesto por el actor mediante afirmación que se entiende por principio realizada bajo la gravedad del juramento y que, en consecuencia, tiene la virtualidad de invertir el peso de la prueba, toda vez que quien pretenda privarla de efectos debe demostrar la inexactitud de dicha afirmación. / La irregularidad consistente en no haberse indicado en el texto del edicto divulgado el tipo de prescripción alegada por el demandante, omisión que es un defecto de importancia que incide en la validez del acto de notificación surtida en la persona de un curador *ad litem* y que por lo tanto obliga a declarar la nulidad solicitada en la demanda de revisión. Sentencia 178 del 93-11-18 - Fundada causal de revisión - Tribunal S. Bogotá - Paulina Romero de Galindo contra Basilio Quiñones Porras. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente firme: Decreto 1250 de 1970; artículos 140 núm. 8, 380 núm. 7 C. P. C. Extracto número 209. 506

Págs.

ERROR DE HECHO. Suponiendo como cierta la tesis básica del impugnador acerca de que los diversos contratos ajustados entre las partes no son otra cosa que componentes, pasos o expresiones del negocio fundamental acordado y suponiendo correlativamente como evidentes los errores denunciados en el cargo, la Corte, colocada en sede de instancia, no podría tomar una decisión distinta de la adoptada por el *ad quem* porque, partiendo del propio razonamiento del demandante, se encontraría con la dificultad proveniente de la exclusión de la pretensión relativa a la sociedad, cuya constitución era pieza fundamental dentro del engranaje negocial descrito por el actor. Esa exclusión le impediría a la Sala ocuparse de las restantes peticiones contenidas en la demanda, pues de hacerlo resultaría en contradicción con la base argumental del propio recurrente, toda vez que ello haría ver, ni más ni menos, que los negocios sí son separables o autónomos, conforme los vio el Tribunal. Por lo tanto los errores de apreciación probatoria denunciados en el cargo, a más de no ser manifiestos, tampoco son trascendentes. Sentencia 179 del 93-11-18 - No casa - Tribunal S. Bogotá - Gilberto Beltrán Santofimio contra Juan José Vargas Ramírez y la sociedad Inmobiliaria Calarcá Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000. 517

NULIDAD PROCESAL / EMPLAZAMIENTO. No sólo se incurre en nulidad cuando se acude al emplazamiento del demandado siendo que el demandante no ignora la habitación y el lugar de trabajo del demandado, o éste no se encuentra ausente sino también, cuando a pesar de proceder el emplazamiento, se omite alguna de las otras formalidades tocantes con lo que debe contener el edicto, el tiempo de fijación del mismo, las publicaciones dela prensa y la radio, o el número en que deben hacerse, o los intervalos con que deben efectuarse, o figurando el emplazado en el directorio telefónico no se envía a la dirección que allí aparece copia del edicto por correo certificado, o con empleado que la entregue o la fije en la puerta de acceso, o, en síntesis, cuando se incumplen o omiten algunas de las formalidades que señala para el emplazamiento el artículo 318 del C. P. C., o las que de modo específico señalen, para el caso particular, otras normas según la naturaleza del proceso. Sentencia 178 de 93-11-18 - Fundada causal de revisión - Tribunal S. Bogotá - Paulina Romero de Galindo contra Basilio Quiñones Porras (recurrente en revisión). Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: sentencia de 7 de febrero de 1990. Fuente formal: artículos 140, 318 C.P.C. Extracto número 209. 506

TRANSACCION. Examinado dicho documento -escrito que precisa los alcances de la transacción-, encuéntrase que aparece suscrito por los apoderados tanto de los demandantes como de la entidad demandada; que además reúne los requisitos legales, toda vez que el libelo contentivo de la misma está presentando en debida forma, comprende los alcances de la transacción, versa sobre materia susceptible de transigirse y tales apoderados están facultados para hacerlo, es por lo que se debe declarar terminado el trámite del recurso de revisión. A-338 - Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero contra Labo-

Págs.

ratorios L'Abejare y Rafael Arjona Alvarado y Belisario Jara, Olga Alvarado de Arjona y Adelina Alvarado Martínez. Fuente firme: artículo 340, inc. 3 C.P.C. Extracto número 000. 527

MORA. Son tres los elementos indispensables para que pueda considerarse configurada la situación de mora del deudor, a saber: a) El retardo a él imputable en el cumplimiento de la obligación; b) La interpelación o requerimiento del acreedor; c) Una actitud legítima de este último que le permita aprovechar frente al deudor las ventajas del contrato. Son reconocidas tres clases posibles de interpelación, una de índole extracontractual, pues no resulta del contrato sino un acto de intimación personal efectuado con intervención judicial por el acreedor para que su deudor entregue, haga o deje de ejecutar una cosa, y las dos restantes de estirpe contractual por cuanto son partes quienes desde allí, al momento de concertarlo, han señalado el momento en que el cumplimiento debe producirse hasta el punto que puede decirse que en estos supuestos, son las propias cláusulas concluyentes del negocio las que interpelan y ese señalamiento convencional admite a su vez dos modalidades: La primera, que es expresa si se trata de un plazo hecho explícito por los estipulantes en su acuerdo de voluntades, caso en el cual el retardo viene dado por el vencimiento, mientras que la segunda, en la medida en que a ella se llega por vía interpretativa apreciando la naturaleza y circunstancias de la respectiva obligación, es tácita porque, de acuerdo con esos elementos, aparece clara en el segundo la intención de que la "mora" sea automática, ya que el cumplimiento sólo le es útil al acreedor en determinada época y no en otra distinta. Sentencia 181 del 93-11-22 - No casa - Tribunal Superior Bogotá - Luis Horacio Restrepo González contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. Tomo XLV página 543. F.F. artículos 1595, 1615, 1616 inciso 2; 1608 y 1609. Extracto número 212. 530

PRENDA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / OBLIGACION DE NO HACER. Existen dos clases de prenda, a saber: La ordinaria o normal "con tenencia", en la que es esencial el desplazamiento real y efectivo de la tenencia al acreedor para que se perfeccione en toda su amplitud, la garantía correspondiente, y una prenda especial en que este elemento no juega papel y mediante la cual podrá gravarse toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación. / La obligación que sobre el acreedor recae dada su condición de tenedor precario consistente en no abusar de la prenda, se pone de manifiesto entonces en una verdadera prestación negativa que, en el evento de ser quebrantada y de acuerdo con las reglas generales, puede dar lugar a la responsabilidad contractual de dicho acreedor, responsabilidad que al igual de todas las de su género, debe asentarse en la ocurrencia de varios presupuestos para cuyo tratamiento probatorio ha de distinguirse entre lo que es verificación de la correspondiente infracción encarnada en la realización positiva de la conducta prohibida, circunstancia que sin lugar a dudas es un elemento fáctico constitutivo de la

Págs.

pretensión resarcitoria que quien la haga valer siempre debe probar, y la cuestión referente a la posible justificación de esa contravención debitoria. Sentencia 181 del 93-11-22 - No casa - Tribunal Superior Bogotá - Luis Horacio Restrepo González contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. Ley 24 de 1921; artículos 2411, 1212 C.C. y 1204 C. Co. Extracto número 211. 530

DEMANDA DE CASACION. 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 de la que legalmente corresponde. Sentencia 181 del 93-11-22 - No casa - Tribunal Superior Bogotá - Luis Horacio Restrepo González contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. Tomo CLVIII, página 24. F.F. artículo 374 C.P.C. Extracto 212. 531

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 hace actuar una que le es extraña, ello por efecto de haber incurrido en errores en la estimación de las pruebas. Sentencia 181 del 93-11-22 - No casa - Tribunal Superior Bogotá - Luis Horacio Restrepo González contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 7 de diciembre de 1990; G.J. Tomo CXLVI, página 60. F.F. artículo 368 C.P.C. Extracto número 210. 530

CONGRUENCIA / TECNICA DE CASACION. Teniendo en cuenta los perfiles y elementos que caracterizan la causal de casación por incongruencia, resulta extraño e improcedente a la misma que se formulen en ella reparos o acusaciones que sólo son de recibo en otras causales. Por tanto, es impropio y carente de toda técnica, en la formulación de un cargo por la causal segunda, formular reparos a la sentencia del *ad quem* atinentes a la estimación de las pruebas, o al quebranto del principio prohibitivo de *reformatio in pejus*, como quiera que cada uno de estos puntos tiene diseñada por la ley su propia causal. / Distinto de uno decidir un extremo de la litis es resolver en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte. Sentencia 182 del 93-11-22 - No casa - Tribunal Superior Cali - Inversiones Echebor Limitada contra Banco Central Hipote-

Págs.

cario. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil 15 de diciembre de 1960, CXXXII, páginas 234 y 235. F.F. artículo 368 C.P.C. Extracto número 000. 546

CONGRUENCIA. La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a comprensión del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como *causa petendi*, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado oportunidad para contradecirlos. Tal el fundamento para afirmar que igual' de condenar a lo no pedido, que acoger una petición deducida, pero con causa distinta de la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados. Sentencia 183 del 93-11-22 - No casa - Tribunal Superior Ibagué - Claudia Cristina Palma Buriticá contra Rafael Palma Cárdenas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Fallo 6 diciembre de 1990; 28 noviembre de 1977. F.F. artículo 368 C.P.C. Extracto número 214. 554

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / CASACION. Ataque Todos los Fundamentos. Tratándose de la impugnación por la causal primera, en cuyo campo es de rigor que se demuestre la infracción ya directa, ya indirecta, de la ley sustancial, es preciso que por el recurrente se ataquen todos los fundamentos de derecho de esta especie, sobre cualquiera de los cuales aunque no hubiese sido expresamente considerado por el Juzgador pudiera la sentencia quedar en pie. Sentencia 182 del 93-11-22 - No casa - Tribunal Superior Cali - Inversiones Echeb' Limitada contra Banco Central Hipotecario. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civ. 2 de septiembre de 1966, T. CXVII, página 248; Cas. Civ. de 28 de agosto de 1974, CXVIII, 228; 13 diciembre de 1977; 12 de noviembre de 1986; y 16 de diciembre de 1987, no publicadas. F.F. artículo 368-1 C.P.C. Extracto número 213. 546

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / ERROR DE HECHO. Cuando uno o varios hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que los considere aisladamente o ya en conjunto con otros para su definición jurídica, ofrecen dos o más interpretaciones lógicas o aceptables, porque ninguna de las cuales resulta arbitraria o absurda, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que en tal evento incurra en yerro *de facto* manifiesto o evidente o que brille al ojo. Sentencia 183 del 93-11-22 No casa - Tribunal Superior Ibagué - Claudia Cristina Palma Buriticá contra Rafael Palma Cárdenas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: sentencia del 22 de agosto de 1989; LXVII, 434; CXLII, 200. F.F. artículos 75, 368-1 C.P.C. Extracto número 215. 554

VALORACION DE LA PRUEBA / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. El sentenciador *ad quem* goza de autonomía en la apreciación de las pruebas, porque no le es dado a la Corporación proceder a una nueva calificación, en el recurso extraordinario, del material probatorio, salvo haberse demostrado

Págs.

error de derecho o evidente yerro *de facto* que haya incidido en la decisión atacada, y por tanto, producido el quebranto de la ley sustancial indicada en la censura. Sentencia 183 del 93-11-22 - No casa - Tribunal Superior Ibagué - Claudia Cristina Palma Buriticá contra Rafael Palma Cárdenas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: CXXXIV, 146 y 147; Cas. Civ. 14 julio 1975 y 13 diciembre de 1976, no publicadas; Sent. 325 del 29 de agosto de 1988. F.F. artículo 368-1 C.P.C. Extracto número 215. . 554

CONGRUENCIA / INTERPRETACION DE LA DEMANDA. Hoy, la causal segunda de casación, contemplada en el artículo 368 del C.P.C., está así mismo destinada a enmendar el yerro *in procedendo* en que puede incurrir el Tribunal cuando produce una sentencia, no solamente inconsonante con las pretensiones de la demanda o con las excepciones propuestas por el demandado, sino también con los hechos o con las excepciones que el juez ha debido reconocer de oficio. Para no convertir en error *in procedendo* lo que típicamente es un yerro *in judicando*, enmendable por la causal primera de casación, que el vicio de inconsonancia solamente se estructura en el evento en que el juez, apreciando correctamente los hechos constitutivos de la causa para pedir o para excepcionar, y por tanto, alejado de cualquier labor interpretativa en torno al escrito de demanda o de excepciones, concluya que no son los hechos relacionados en dichas piezas procesales las que le sirven de fundamento para condenar o absolver, sino otros diferentes, no aducidos por el demandante ni alegados por el demandado, como quiera que tal es la filosofía que inspiró el aludido cambio jurisprudencial. Sentencia 184 del 93-11-24 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Rocío Rodríguez de Jaramillo, Olga Rodríguez de Arango, Hernán Rodrigo y Carlos Enrique Rodríguez Fernández contra Siderúrgica de Medellín S.A. y Siminera Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: proceso ordinario de Adolfo Aristizábal contra Arcadio Muñoz. F.F. artículo 368-2 C.P.C. Extracto número 216. 575

PRESUPUESTO PROCESAL / CAPACIDAD PARA SER PARTE / NULIDAD PROCESAL / EMPLAZAMIENTO / CURADOR *AD LITEM*. Cuando se demanda a un muerto en el proceso no puede desarrollarse normalmente por faltar la capacidad para ser parte, presupuesto procesal sin el cual no es dable un fallo de fondo y que no puede ser ignorado en forma alguna, por implicar no sólo que aquél no tiene aptitud para ser parte en el proceso, sino que aunque se le emplace y se le designe curador *ad litem*, la nulidad contagia toda la actuación, pues los muertos no pueden ser procesalmente emplazados, ni mucho menos representados válidamente por curador *ad litem*. A-339 del 93-11-24 - declara nulidad de todo lo actuado - Tribunal S. Santa Marta - C.I. Prodeco, Productos de Colombia S.A. contra personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* (solo). Igual sentido: Auto 12 de abril de 1991 N.P. F.F. artículo 140 numeral 5 C.P.C. Extracto número 000. 572

COSTAS / CASACION - Procedencia. Las costas no constituyen tema de litigio, sino una consecuencia del mismo. No tienen origen sustancial sino procesal.

Págs.

/ No sólo la condena en costas, considerada independientemente, no es susceptible de ser impugnada en casación, sino también, y es lo que no ve el recurrente, que tal condena no se toma en cuenta como integrante del recurso. Sentencia 189 del 93-11-25 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Comunidad El Duya contra Occidental de Colombia Inc. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Auto del 10 de septiembre de 1990; sentencia 30 octubre de 1989. Extracto número 224. 639

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Via Directa. El cargo formulado por el casacionista se aparta de la técnica del recurso de casación, que exige, en las acusaciones por infracción directa de la ley, el apego sin restricciones por parte del impugnante a los resultados sacados por el fallador de los elementos de convicción, como que las actitudes discrepantes en este plano, por ligeras que aparezcan, equivocar el camino en la formulación del recurso. Sentencia 186 del 93-11-25 - No casa - Tribunal Superior Pasto - Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo contra "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Extracto número 218. 599

TECNICA DE CASACION. No puede quebrantarse una misma norma al tiempo por la vía directa y por la vía indirecta, como en la acusación se hace. Esa mera falencia técnica lleva al fracaso la impugnación. Sentencia 189 del 93-11-25 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Comunidad El Duya contra Occidental de Colombia Inc. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Extracto número 224. 639

PRUEBA / RESPONSABILIDAD. La prueba de la conducta diligente del demandado, por sí sola, no es causal eximente de su responsabilidad civil. Sentencia 189 del 93-11-25 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Comunidad El Duya contra Occidental de Colombia Inc. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Cas. 10 de junio de 1977, T. CLV, página 210. Extracto número 000. 639

REVISION / MANIOBRA FRAUDULENTA. Concepto de las expresiones "fraude", "engaño" y "error". "Maniobra Fraudulenta" significa todo proyecto o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida ordinariamente a mal fin. / La causal sexta de revisión se estructura en tanto medie una maquinación fraudulenta, colusiva o no, de quien ha sido parte en un determinado proceso en que se dictó la sentencia por revisar, siempre que se hayan causado perjuicios al recurrente y corresponda a un obrar encubierto, lo que conduce a inferir, naturalmente, que no todo comportamiento que pueda calificarse de engañoso es acreedor a los fines indicados, vale decir para poderlo reconocer como causa eficiente de la rescisión de una sentencia definitiva dotada de firmeza. Sentencia 185 del 93-11-25 - Infundado recurso de revisión - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - María Amparo Carrillo Pérez contra Sociedad Inversiones Suba Ltda. (Recurrente en revisión). Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 18 de febrero de

Págs.

1974 G.J. Tomo CXLVIII, página 46; G.J. CLV, página 26; sentencia de 22 de febrero de 1978; Tomo LV, 533; CLXV, página 27. F.F. artículos 380 7º, 8º y 9º; 177, 384 C.P.C. Extracto número 217. 592

DEMANDA EN FORMA / LITISCONSORCIO NECESARIO / SENTENCIA INHIBITORIA. El demandante, al estructurar la demanda, se desentiende de demandar a los litisconsortes necesarios, tal defecto constituye falta de demanda en forma y conduce a un fallo inhibitorio, mas no a la nulidad del proceso. Sentencia 186 del 93-11-25 - No casa - Tribunal Superior Pasto - Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo contra "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales" Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación de 15 de enero de 1975, G.J. CXXXVIII, páginas 28 y 29; Cas. Civ. de 29 de septiembre de 1980, aún no publicada. Extracto número 000. 599

NULIDAD PROCESAL - Legitimación / PRINCIPIO DE PROTECCION / NOTIFICACION / EMPLAZAMIENTO. La nulidad no puede invocarse por cualquiera de las partes, sino únicamente por la afectada con la irregularidad procesal, que viene a ser la asistida de interés para proponerla, a menos de concurrir un defecto que perjudique por igual a todas las partes del proceso, pues en este último evento puede alegarlo en casación cualquiera de ellas. / El defecto procedimental previsto en el numeral 9 del artículo 140 del C.P.C. afecta exclusivamente a quien no ha sido legalmente notificado o emplazado en el proceso, debiendo ser citado como parte, y que, por consiguiente, es la vulneración de su derecho de defensa la que le proporciona legitimación para solicitar la nulidad en casación. Sentencia 186 del 93-11-25 - No casa - Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo contra "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Extracto número 000. 599

LITISCONSORCIO NECESARIO / NULIDAD SUSTANCIAL / COMPRAVENTA. La figura procesal del litisconsorcio necesario surge cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sea activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. / La nulidad de un contrato como el de compraventa tiene que promoverse por todos o contra todos los que intervinieron en el acto negocial que se pretende invalidar, pues es obvio que la relación sustancial de allí emanada tiene esa connotación procesal en orden al pronunciamiento de mérito de la pretensión, pese a no ser un fenómeno de dicha naturaleza. S-186 del 93-11-25 - No casa - Tribunal S. Pasto - Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo contra "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencia de 4 de junio de 1970: G.J. CXXXIV, pág. 170. F.F. Ley 50 de 1936 art. 2º. Extracto número 218. 599

Págs.

CASACION - Ataque todas las pruebas. No es procedimiento correcto en ese recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aun 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. S-187 del 93-11-25 - Casa - Tribunal S. Cundinamarca - Héctor Gregorio Gutiérrez contra sucesión de Héctor Gregorio Pineda Hernández, representada por su cónyuge sobreviviente Rosa María Matiz de Pineda e hijos legítimos Germán, Richard, Victoria y Rosalba Pineda Matiz. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: G.J. T. CXLII; pág. 146. Extracto número 000. 611

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO / TESTIMONIO. Uno y otro yerro, esto es, el de hecho y el de derecho, están pues colocados en planos distintos, que no permiten su confusión, como quiera que el primero se refiere a la contemplación natural u objetiva de la prueba, al paso que el segundo sólo es concebible en el ámbito de su contemplación jurídica. La calificación que de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes o contradictorios; o, por el contrario, responsivos, exactos y completos; si concuerdan o no en el hecho y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica, etc., es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho. S-187 del 93-11-25 - Casa - Tribunal S. Cundinamarca - Héctor Gregorio Gutiérrez contra sucesión de Héctor Gregorio Pineda Hernández, representada por su cónyuge sobreviviente Rosa María Matiz de Pineda e hijos legítimos Germán, Richard, Victoria y Rosalba Pineda Matiz. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencia de 10 de julio de 1974 no publicada; Cas. Civ. 7 de mayo de 1968; 23 de junio de 1970; 22 de julio de 1975. Extracto número 220..... 611

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria / TESTIMONIO. Tres son los elementos configurativos de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, a saber: trato, fama y tiempo. / La prueba respecto de los elementos estructurales de posesión notoria no puede ser exigente en extremo. No se exige que los testimonios fidedignos expresen, explícitamente, que la duración de la posesión fue mayor de cinco años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar aunque sea por la vía de la inferencia a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. S-187 del 93-11-25 - Casa - Tribunal S. Cundinamarca - Héctor Gregorio Gutiérrez, representada por su cónyuge sobreviviente Rosa María Matiz de Pineda e hijos legítimos Germán, Richard, Victoria y Rosalba Pineda Matiz. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Cas. 1º de agosto de 1960; G.J. CXXXI, págs. 113 y 114; Cas. Civ. 26 de septiembre de 1973, CXLVII y 78; y 28 de septiembre de 1978, aún no publicada. F.F. art. 6 Ley 75 de 1968. Extracto número 221. 612

Págs.

CONGRUENCIA. La disonancia de la sentencia con los extremos del litigio entraña un yerro *in procedendo*, el cual puede asumir tres modalidades diferentes, a saber: a) Otorgar más de lo pedido, caso en el que la sentencia es excesiva; b) Pronunciarse sobre pretensiones no formuladas por el demandante, y c) Dejar de decidir sobre alguna de las pretensiones o sobre las excepciones, que hacen el proveimiento diminuto. / Es vano el cargo por inconsonancia cuando, aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia. S-188 del 93-11-25 - No casa - Tribunal S. Cundinamarca - Luis Carlos Barrero Carvajal contra Miguel Arturo Flórez. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: G.J. CXLVIII, pág. 207. F.F. arts. 305, 368-2 C.P.C. Extracto número 222. 628

CASACION - Ataque todas las Pruebas / TECNICA DE CASACION. No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aun en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirían las razones que en torno a las demás expuso el sentenciador y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente impróspera la acusación. S-186 del 93-11-25 - No casa - Tribunal S. Pasto - Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo contra "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales". Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: G.J. CXLII, pág. 146. Extracto número 000. 600

NORMA SUSTANCIAL / TECNICA DE CASACION. El artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 impone al recurrente en casación señalar cualquiera de las normas de naturaleza sustancial que "constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada...". Esa disposición no se encuentra aquí atendida por la censura, por cuanto el artículo 1155 del C.C. que con tal propósito se trajo a colación, no colma esa expectativa legal, que sí hubiese quedado técnicamente satisfecha con la innovación del artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, precepto que, a despecho de la acusación, no permite el recibo técnico del cargo en este recurso extraordinario. S-186 del 93-11-25 - No casa - Tribunal S. Pasto - Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo contra "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. art. 1155 C.C.; art. 2 Ley 50 de 1936. Extracto número 000. 600

REFORMATIO IN PEJUS. La institución procesal de la *reformatio in pejus* se traduce en un principio negativo, por cuanto le prohíbe al juez *ad quem* modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente, cuando la contraparte no ha interpuesto apelación, ni ha adherido a dicho recurso y se configura mediante los requisitos siguientes: a) Vencimiento de un litigante; b) Que sólo una parte apele; c) Que el sentenciador *ad quem* haya empeorado por su decisión al único recurrente, y d) Que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella. S-187 del 93-11-25 - Casa - Tribunal S.

Págs.

Cundinamarca - Héctor Gregorio Gutiérrez contra sucesión de Héctor Gregorio Pineda Hernández, representada por su cónyuge sobreviviente Rosa María Matiz de Pineda e hijos legítimos Germán, Richard, Victoria y Rosalba Pineda Matiz. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencia 23 de abril de 1981, G.J. CLXVI, pág. 408. F.F. art. 357 C.P.C. Extracto número 219. 611

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía indirecta. El error de apreciación probatoria, ora de hecho o ya el de derecho, sólo tiene virtualidad para combatir con éxito una sentencia en casación cuando ha sido la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a derecho. Es pues indispensable que el yerro influya de manera directa en lo dispositivo de la sentencia, o que haya una relación causal entre éste y aquello, pues de no serlo resultaría inocuo. S-186 del 93-11-25 - No casa - Tribunal S. Pasto - Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo contra "Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sent. 2 agosto de 1985, G.J. CLXXX, pág. 225, Extracto número 000. 600

VALORACION DE LA PRUEBA / PRESUNCION DE ACIERTO. Al gozar los juzgadores de instancia de autonomía para apreciar las pruebas, la decisión por ellos proferida llega a la Corte amparada en la presunción de acierto, y en esta forma el único yerro del sentenciador capaz de producir la infirmación del fallo es aquél que emerge con tal notoriedad que puede apreciarse a primera vista. S-189 del 93-11-25 - No casa - Tribunal S. Santafé Bogotá - Comunidad El Duya contra Occidental de Colombia Inc. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia del 27 de septiembre de 1990. Extracto número 223. 639

ERROR DE HECHO. Se da error de hecho cuando el sentenciador supone una prueba que no obra en el proceso, dando por demostrado por este medio imaginario un hecho que no ha sucedido, o cuando deja de observar la prueba que sí milita en autos o apreciándola tal como se presente cercena su alcance de modo significativo. S-189 del 93-11-25 - No casa - Tribunal Santafé de Bogotá - Comunidad El Duya contra Occidental de Colombia Inc. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Extracto número 223. 639

ACCION REIVINDICATORIA / BIEN INMUEBLE / DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. Para determinar y encontrar en los procesos reivindicatorios la identidad del predio, cuya restitución se pide, no es rigor que exista una absoluta coincidencia de linderos entre los títulos y el bien pretendido, porque bien pueden variar con el correr de los tiempos, por segregaciones, variaciones en nomenclatura y calles, mutación de colindantes, etc. No es posible confundir el deslinde y amojonamiento con la reivindicación. S-188 del 93-11-25 - No casa - Tribunal S. Cundinamarca - Luis Carlos Barrero Carvajal contra Miguel Arturo Hórez. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civil. 11 de junio de 1965, CXI, pág. 155. Extracto número 000. . 628

Págs.

ERROR DE HECHO. El yerro fáctico, para que tenga entidad en casación y pueda, por ende, ocasionar la rotura de un fallo, tiene que ser manifiesto, particularidad que alcanza, cuando es tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso. S-188 del 93-11-25 - No casa - Tribunal S. Cundinamarca - Luis Carlos Barrero Carvajal contra Miguel Arturo Flórez. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: G.J. LXXVII, pág. 972. Extracto número 000. 628

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL. La competencia por el factor territorial, cuando son dos o más personas a quienes se cita como demandados, se determina teniendo en cuenta que será competente para conocer del proceso al juez del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante. La parte demandante optó por promover el proceso en Santafé de Bogotá, razón ésta por la cual la competencia para tramitarlo radica en este circuito y no en el de Villavicencio. A-342 del 93-11-29 - Jdo. 27 Civ. Circuito Santafé de Bogotá. Avocar conocimiento - Jdo. 27 Civ. Cto. Santafé de Bogotá - 2 Civ. Cto. Vcio. - Ana Teresa Díaz de Díaz y otras contra José Vicente Rodríguez G. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 23 num. 3 C.P.C. Extracto número 000. 651

RESPONSABILIDAD / CULPA. Si lo que se reduce es la apreciación, es decir, la estimación o la cuantificación del daño, cuando quien lo padece se ha expuesto a él de una manera imprudente, se debe ante todo entender que no es, como por algunos se suele afirmar equivocadamente, que se produzca una compensación entre la culpa del demandado y la de la víctima, porque lo que sucede, conforme se infiere del propio tenor del precepto, es que entre la denominada culpa de la víctima y el daño ha de darse una relación de causalidad, como también debe existir con la del demandado. Por eso, cuando ambas culpas concurren a producir el daño, se dice que una y otra son con causa de éste. S-191 del 93-11-29 - No casa - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - José Gonzalo Sánchez Castro y Elizabeth Barrera de Sánchez contra sociedad "Purina Colombiana S.A.". Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 227. 676

PRESUPUESTO PROCESAL / JURISDICCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Uno de los presupuestos procesales es el de la jurisdicción, cuyo control corresponde al juez que conoce del asunto y cuyo incumplimiento genera nulidad de carácter insanable. En este caso se encuentra que el litigio cuya decisión se impetra por las partes, corresponde a la jurisdicción de familia. A-342 del 93-11-29 - Jdo. 27 Civ. Cto. Santafé de Bogotá Avocar conocimiento - Juzgado 27 Civil Cto. Santafé de Bogotá - 2o. Civ. Cto. Vcio. - Ana Teresa Díaz de Díaz y otras contra José Vicente Rodríguez G. y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 140 num. 1 C.P.C. Extracto número 000. 651

Págs.

DEMANDA - Cuantía / CONGRUENCIA. Si el actor, al momento de configurar su pretensión prescinde de determinar el importe y solicita que la condena se hiciera por la cantidad que resulta probada dentro del proceso, puesto que con una formulación de este tipo no hubiere atentado ni contra la claridad ni contra la precisión con que debe ser expuesto lo que se deprecа. Desde el instante mismo en que el actor cuantificó sus aspiraciones y lo determinó de un modo tal, que su presentación asume el cariz dominante en el respectivo sintagma, esa cuantía no se torna en el elemento definidor de una claridad o precisión indispensable -o, incluso, mayores- a la pretensión, sino que le traza un límite. Límite que al fallador no le es dable desconocer puesto que, como en un comienzo se señaló, según lo prescrito por el artículo 305 del C. de P.C., en su inciso 2, el demandado no puede ser condenado por cantidad superior a la pretendida en la demanda. Cosa distinta hubiera sido que el demandante emplease otros términos para precisar su pretensión, o sea, que se hubiese abstenido de utilizar cifras concretas, o que las hubiese utilizado con un sentido diferente del que de hecho empleó. S-190 del 93-11-29 - Casa - Tribunal Santafé de Bogotá - Braulio Heli Vanegas Pinzón contra Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A. (Avianca). Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: LXXXIII, p. 627, y CLXXXVIII, 2o. sem. pág. 140. F.F. arts. 75, 305 inc. 2 C.P.C. Extracto número 226. 655

INTERPRETACION DE LA DEMANDA. Como quiera que el juez tiene la atribución de interpretar la demanda, tarea en la cual puede incurrir en un yerro de apreciación probatoria, que en casación es impugnable en los términos de la causal 1a. del art. 368 del C. de P.C., se ha de tener sumo cuidado para deslindar los campos en que uno y otro tipo de desacierto son perceptibles. S-190 del 93-11-29 - Casa - Tribunal Santafé de Bogotá - Braulio Heli Vanegas Pinzón contra Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A. (Avianca). Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 226... 655

INDICIO / ERROR DE HECHO. La indiciaria es la prueba indirecta por excelencia, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida. Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser contraevidente. Pero la eficacia probatoria del indicio también depende de la intensidad o del vigor con que se manifieste el enlace entre el *factum probandum* y el *factum probans*. Entre más ceñida a la lógica y a las máximas de la experiencia se vea la inferencia, mayor será la significación probatoria del indicio. / En la casación el error de hecho por la no apreciación de los indicios se puede presentar porque el sentenciador ignora la presencia del hecho indiciario, siempre y cuando, claro está, la existencia de éste se halle satisfactoriamente fijada, o, al contrario, porque sin estarlo, lo suponga. O porque viéndola, se abstenga de extraer de él la inferencia que lógicamente corresponde, o extraiga una que sea contraevidente. O, en fin, porque, no obstante ver los distintos indicios, cuando son contingentes, no los relaciona o concatena a fin de apreciarlos en conjunto. S-191

Págs.

del 93-11-29 - No casa - Tribunal S. Santa Rosa Viterbo - José Gonzalo Sánchez Castro y Elizabeth Barrera de Sánchez contra Sociedad "Purina Colombiana S.A.". Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Cas. Civ. 12 de marzo de 1992, sin publ. F.F. art. 248 C.P.C. Extracto número 000. 676

NORMA SUSTANCIAL / SENTENCIA / CONDENA EN CONCRETO. Si bien es cierto que en distintos pronunciamientos la Sala admitió que, dentro de los límites marcados por el mismo tenor del precepto -art. 307 del C.P.C. , aquél alcanzaba la citada calidad -sustancial-, tampoco se puede dejar de señalar que a una conclusión como ésa se llegó por virtud de la estructura y de la función que, antes de la reforma que le introdujo el Decreto 2282 de 1989, caracterizaban a la norma legal. / Si antes se sostuvo tal cosa, hoy ya no es posible por la sencilla razón consistente en que el supuesto sobre el cual se levantaba el derecho deducido por la jurisprudencia ha desaparecido. Con mayor aproximación, si antes se planteaba una alternativa entre que la condena pudiera ser en concreto o en abstracto, extremos de los que se hacía depender la condena cuando se juzgaba pertinente su pronunciamiento, hoy ya las cosas no pueden asumirse así, como que la cantidad y el valor determinados, de los que habla el precepto, han dejado de ser aspectos postergables del derecho, para convertirse en elementos cuya definición tiene que marchar a la par con el de la presencia misma del concepto respectivo, o sea, para el caso, con la del perjuicio. S.190 del 93-11-29 - Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Braulio Helí Vanegas Pinzón contra Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A. (Avianca). Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Cas. Civ. 19 abril de 1978, sin publ. F.F. art. 307 C.P.C. Extracto número 225. 655

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL.-Vías Directa e Indirecta / ERROR DE HECHO / INTERPRETACION DE LA DEMANDA. 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 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; 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 apreciación de la demanda o la estimación de las pruebas. S-192 del 93-12-01 - No casa - Tribunal S. Bogotá - José Antonio Bello Mesa contra Liborio Casanova Silva, Jorge Hernando Pinzón y Jorge Hernández Rincón. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 7 de diciembre de 1990, Tomo CXLVI, pág. 60. F.F. art. 368 C.P.C. Extracto número 229. 707

ACCION RESOLUTORIA. Tratándose de obligaciones recíprocas de simultánea ejecución, existe justificación clara para el deudor demandado que se resiste a realizar las prestaciones a su cargo, sentándose así un criterio general que por

Págs.

cierto deriva de una arraigada tradición doctrinaria en el país, de suyo orientada a evitar que la acción resolutoria pueda llegar a convertirse en un medio puesto en manos de maliciosos incumplidores para sustraerse con ventaja al vigor normativo que a los contratos válidamente celebrados les es consustancial. / En caso de que todas las partes que celebran un contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley, ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2o. del artículo 1546 del C.C. / El titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponde y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado o opositor. S-192 del 93-12-01 - No casa - Tribunal S. Bogotá - José Antonio Bello Mesa contra Liborio Casanova Silva, Jorge Hernando Pinzón y Jorge Hernández Rincón. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CLII, pág. 87; CLIX, págs. 309 y siguientes. F.F. art. 1546 inc. 2 C.C. Extracto número 000. 707

CONTRATO SINALAGMATICO / ACCION RESOLUTORIA / RESILIACION / MUTUO DISENSO. Entre la disolución de un contrato sinalagmático por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y la que acontece como consecuencia de la resiliación por mutuo disenso, existen radicales diferencias que nunca los jueces de instancia pueden ignorar para, a su talante, modificar pretensiones deducidas en juicio que con la claridad necesaria aparecen fundadas en uno u otro instituto. S-192 del 93-12-01 - No casa - Tribunal S. Bogotá - José Antonio Bello Mesa contra Liborio Casanova Silva, Jorge Hernando Pinzón y Jorge Hernández Rincón. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CLVIII, pág. 217. F.F. arts. 1609, 1546 C.C. Extracto número 228. 707

CASACION - Naturaleza / PRINCIPIO DISPOSITIVO / PRESUNCION DE ACIERTO. El recurso de casación no constituye una instancia adicional del proceso, ni ocasión apropiada para intentar el libre examen de la cuestión litigiosa, toda vez que cuando se trata del motivo primero del art. 368 del C. de P.C., ha de partirse de la base de que mediando demanda de parte interesada, tan sólo puede quedar planteado el enfrentamiento en re estos dos extremos, llegue o no a la infirmación de aquélla. / La Corte debe cumplir con sujeción rigurosa y estricta al principio dispositivo, en términos tales que la sentencia recurrida no puede ser enjuiciada por ella sino dentro de los términos que el recurrente indique como materia de su juzgamiento, lo que se explica porque esa sentencia llegue a la Corte cobijada por una presunción de acierto, de suerte que sólo en cuanto el recurrente demuestre lo contrario puede ella ser invalidada. S-194 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Medellín - María Adelina y Abel Elías Cuervo Morales representados por su madre María Magdalena

Págs.

Morales C., contra Julia Rosa Ruiz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Cas. Civ. 15 de febrero de 1990, sin pub. F.F. art. 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 736

ERROR DE HECHO / TECNICA DE CASACION. Hablar de la comisión de error de hecho en la apreciación de una serie de testimonios, sin individualizarlos y sin poner de presente qué es lo que dice cada uno de ellos y cómo los vio o los ha debido ver el Tribunal, estableciendo la evidencia del desacierto, es algo que, como sin esfuerzos se palpa, contraría las más elementales reglas de técnica en el recurso de casación. / La actividad del recurrente cuando formula su ataque por defectos de apreciación probatoria, no puede limitarse a hacer un enfoque global de la prueba para concluir, con base en él, que la decisión del Tribunal, por ser diversa es errónea, puesto que la casación no es una tercera instancia abierta para que las partes ensayen un análisis más lógico, o más completo y profundo de las pruebas, sino un remedio procesal contra los yerros fácticos protuberantes del sentenciador. Por lo mismo, cuando de esta acusación se trata, la labor del casacionista debe centrarse, dado el carácter formal y dispositivo del recurso, a indicarle a la Corte cuál o cuáles son los yerros cometidos en este campo por el juzgador y, luego de demostrarlos, cuál su incidencia en lo dispositivo del fallo, para que se allane el camino a una resolución de fondo sobre el ataque. S-194 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Medellín - Menores María Adelina y Abel Elías Cuervo Morales, representados por su madre María Magdalena Morales C. contra Julia Rosa Ruiz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Cas. Civ. 12 de marzo de 1992. Extracto número 000. 736

ERROR DE DERECHO. El fallador incurre en error de derecho cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las avalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalados, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere. S-194 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Medellín - María Adelina y Abel Elías Cuervo Morales representados por su madre María Magdalena Morales C. contra Julia Rosa Ruiz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Cas. Civ. 25 septiembre de 1973. F.F. art. 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 736

SENTENCIA SUSTITUTIVA / CAPACIDAD PARA SER PARTE / HEREDERO - Calidad / SENTENCIA INHIBITORIA. La capacidad para ser parte viene a ser cualidad (aptitud) que tenga la persona para ser titular (sujeto) de la relación jurídico-procesal, para concluir, con base en ello, que a la misma se le cataloga como un presupuesto procesal, o sea, como una condición para que el juzgador

Págs.

pueda proferir una decisión de mérito. Cuando a esa regla general de la capacidad que tiene toda persona para comparecer a juicio, se le agrega la invocación adicional de la calidad de heredero, pues en un evento tal el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte requiere, a efectos de que quede cabalmente perfilado, de la prueba de la condición agregada. En el presente caso, nada se logró en cambio con la relación a la prueba que demostrara la condición de herederos en los padres del causante y que habría de consistir en la copia de las providencias judiciales que les hubiese reconocido como herederos de aquél, o en los registros civiles de nacimiento del *de cujus* junto con el de matrimonio. S-195 del 93-12-02 - Revoca sentencia e inhibirse - Jdo. 1o. Civil Cto. Itagüí - Rosa Stella Moncada Zapata en representación de su hija Catalina Moncada contra Jaime Pareja, Alicia Vélez y personas indeterminadas, citados todos en calidad de herederos de Jaime Pareja Vélez. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sent do: fallo 21 junio 1959. G.J. XCI; Cas. Civ. 21 de mayo de 1971, G.J. CXXXVIII, p. 356. Extracto número 234. 751

MEJORAS / PRESTACIONES MUTUAS / DERECHO DE RETENCION. Cuando esta norma - art. 339 C. de P.C. - considera el supuesto consistente en que el valor de las mejoras no fuera regulado en concreto en la sentencia no quiere decir que tal cosa pudo obedecer a un olvido del juez, idea inaceptable vistos los claros términos y tajantes en que se encuentra concebido el artículo 307 anterior, sino que el legislador tuvo presente que existen hipótesis como la que en este caso se examina, en que, por fuerza de la naturaleza del derecho previsto en las normas de índole sustancial, no es posible darle en la sentencia una dimensión dineraria al crédito del que se viene hablando. Lo anterior quiere decir que existe una neta correlación entre los artículos 966 del C.C. y 339 del C. de P.C., sin que, parejamente, surja oposición con el art. 307 *ib.* S-194 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Medellín - María Adelina y Abel Elías Cuervo Morales, representados por su madre María Magdalena Morales C. contra Julia Rosa Ruiz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 966 C.C.; 339, 307 C.P.C. Extracto número 233. 737

NULIDAD PROCESAL.-Principios. Las nulidades en que pueda incurrirse en la tramitación del proceso, se encuentran establecidas y sometidas a los principios de la especificidad o taxatividad, la protección a la parte agraviada con el vicio, la legitimación para alegarlas, la trascendencia de la irregularidad y la convalidación o saneamiento de la actuación afectada inicialmente de invalidez. S-193 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Bucaramanga - Sociedad Carlomack Ltda. contra Banco Popular. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. arts. 140 a 148 C.P.C. Extracto número 230. 718

NULIDAD PROCESAL / PROVIDENCIA EJECUTORIADA / REVIVIR PROCESO / PRETERMITIR INSTANCIA. Sólo puede alegarse esta causal de casación -art. 368 num. 5 C.P.C.- en presencia de nulidades absolutas, insanables y, en ningún caso, respecto de aquellas en relación con las cuales

Págs.

hubiere operado alguna de las circunstancias de saneamiento señaladas por la ley. / Las causales de nulidad a que se refiere el numeral 3 del artículo 140 *ibidem*, por disposición legal pertenecen a la categoría de las que son insaneables, pues se encuentran establecidas para hacer efectivas la organización jerárquica de la Rama Judicial, el respeto a la cosa juzgada y el derecho de defensa. S-193 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Bucaramanga - Sociedad Carlomack Ltda. contra Banco Popular. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 520 num. 6 C. Judicial; arts. 140, 368 num. 5, 144 C.P.C. Extracto número 230. 718

RESPONSABILIDAD / CULPA. Constituye una especie particular de la culpa aquiliana en la que puede incurrirse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede motivado por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencional. S-193 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Bucaramanga - Sociedad Carlomack Ltda. contra Banco Popular. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: G.J. tomo XLVI, pág. 60. Extracto número 231. 718

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta / TECNICA DE CASACION. Resulta contrario a la lógica jurídica atacar simultáneamente una sentencia por violación indirecta de normas sustanciales por supuesto error de hecho y de derecho respecto de las mismas pruebas, a más de que semejante forma de acusación torna inane el cargo, pues su propia contradicción lo destruye así mismo y hace imposible su inteleccion. S-193 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Bucaramanga - Sociedad Carlomack Ltda. contra Banco Popular Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Tomo LXXVIII, pág. 313. Extracto número 232. 719

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. El error de hecho y el de derecho en que puede incurrir el fallador en la apreciación de las pruebas son de naturaleza y contenido diferente, como quiera que el primero atañe a la prueba como elemento material del proceso, en tanto que el segundo se refiere a equivocación judicial en torno a las normas procesales que regulan lo atinente a la admisibilidad, decreto, práctica y valoración de las pruebas, el legislador ha sido especialmente exigente en que la acusación de violación de normas sustanciales por la vía indirecta, ha de realizarse precisando con toda claridad sobre cuáles pruebas se produjo el yerro, así como en la especie de éste y su influjo en la decisión que se combate, todo lo cual ha de demostrarse. S.193 del 93-2-02 - Casa - Tribunal S. Bucaramanga - Sociedad Carlomack Ltda. contra Banco Popular. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 368 C.P.C. Extracto número 232. 719

MEDIDA CAUTELAR / ABUSO DEL DERECHO / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Si el embargo y secuestro es excesivo, es abusivo genera responsabilidad civil a cargo del ejecutante con relación a los daños ocasionados con las medidas cautelares practicadas a iniciativa dolosa o

Págs.

culposa en forma grave atribuida a aquél. Sin embargo se trata de una responsabilidad civil extracontractual especial, que no obstante, encontrarse sujeta a la estructura de dicha responsabilidad, tiene un doble tratamiento: uno especial y otro ordinario. S-193 del 93-12-02 - Casa - Tribunal S. Bucaramanga - Sociedad Carlomack Ltda. contra Banco Popular. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: G.J. tomo CXLVII, Nos. 2372 a 2373, págs. 81 y 82. F. P. art. 510, num. 4 C.P.C. Decreto 2282 de 1989. Extracto número 231. 718

COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO CONTRACTUAL / FUERO CONCURRENTE. Si se consideran las reglas de distribución de la jurisdicción por razón del territorio -factor territorial de competencia-, como una garantía que el Estado brinda a los asociados para facilitarles el ejercicio de sus derechos procesales, el art. 23 num. 5 del C. de P. C. encuentra plena justificación en que debido al poder vinculante del contrato, el cual se asimila al de la propia ley, bien pueden las partes determinar el lugar de cumplimiento de las prestaciones adeudadas, sometiendo de tal manera su libertad al designio del convenio, o en su defecto a las disposiciones supletorias que contienen las normas positivas. En el asunto *sub judice* se observa que el ejecutante aporta un documento que contiene las cláusulas de un contrato de mutuo celebrado entre las partes y en virtud del cual las demandadas se comprometieron a pagar en esta ciudad las sumas adeudadas que ahora el actor reclama. Luego resulta plenamente aplicable el foro concurrente del que se ha hablado. A-344 del 93-12-03 - Jdo. 13 Civil Circuito Santafé Bogotá competente - Jdo. 13 C. Cto. Santafé de Bogotá - Jdo. Penc. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Anaís Hortensia y Aída Cecilia Lozano Valbuena. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 23 num. 5 C.P.C. Extracto número 000. 755

NULIDAD PROCESAL / PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD / ANALOGIA. Todo el régimen de las nulidades procesales, siguiendo en el punto el principio de la especificidad, según el cual sólo tiene el carácter de nulidad adjetiva el vicio que expresamente señala la ley como tal. De ahí que la jurisprudencia venga afirmando que por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora se trate de las generales para todo proceso o ya de las especiales para algunos de ellos, son pues limitativas y por consiguiente no es posible extenderlas a informalidades diversas. S-196 del 93-12-03 - No casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Santos Darío Sánchez Guarín contra Carmen Ligia Guzmán y Nelly Rojas de Lacroix. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civ. - 23 - Nov. - 1972, T. CXLIII - F.F. art. 144 número 6 del C.P.C. Extracto número 235. 758

NULIDAD PROCESAL / TRAMITE INADECUADO. Sólo se estructura cuando ciertamente a la pretensión se le da un trámite diferente del indicado por la ley, como cuando debiéndose imprimir el rito del proceso ordinario se le da el del especial, o también cuando ocurre lo contrario. Empero, respecto de esto

Págs.

última hipótesis se debe tener en cuenta que es posible su saneamiento, al establecer la actual legislación procedimental que la nulidad se considerará saneada, "cuando un asunto que debía tramitarse por el proceso especial se tramitó por el ordinario, y no se produjo la correspondiente adecuación del trámite en la oportunidad debida". S-196 del 93-12-03 - No casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Santos Darío Sánchez Guarín contra Carmen Ligia Guzmán y Nelly Rojas de Lacroix. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospino Botero*. F.F. art. 144 No. 6 del C.P.C. Extracto número 235 758

AUDIENCIA DE ALEGACIONES / NULIDAD PROCESAL / OMISION DE TERMINOS U OPORTUNIDADES PARA PEDIR O PRACTICAR PRUEBAS. Audiencia de Alegaciones: Constituye ella pues, una nueva oportunidad que la ley brinda a las partes con el propósito de que expongan ante la correspondiente Sala en pleno, sus puntos de vista, y, además, para que dentro de los tres días siguientes aporten los extractos de lo por ellas manifestado en tal ocasión. Tratándose, por consiguiente, de un momento procesal adecuado en orden a la formulación de alegatos, su omisión por parte del juzgador, cuando la solicitud correspondiente ha sido introducida en tiempo, genera la causal de invalidez procesal prevista en el ordinal 6 del artículo 140 del C. de P.C. S-198 del 93-12-06 - Declara nulidad de lo actuado - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Ana Beatriz Jiménez de Marín contra Cecilia Cano de García, la sociedad en comandita simple "Lizcano Vega y Cía. S. en C.", Fruto Eleuterio Mejía Barón y Daniel Rodríguez Zambrano. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 140 ord. 6 C.P.C. Extracto número 238. ... 776

CONGRUENCIA. Adolecen del vicio de incongruencia aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos. / Cuando se trata de incongruencia negativa, para que proceda el cargo la omisión del Tribunal de decidir sobre un extremo de la litis debe ser real, producto de olvido o inadvertencia, y no que haya sido resuelto en forma adversa, caso en el cual no puede ser atacada tal resolución con base en la causal segunda puesto que de todas formas implicó un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podía ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. / Es vano el cargo por inconsonancia cuando la sentencia no es acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, si quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica la inconsonancia. S-197 del 93-12-06 - Casa - Tribunal S. Bogotá - Banco Cafetero contra Lorenzo Pascua García. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. CLXXXVIII, págs. 64 y 163; G.J. Tomo LXXVIII, pág. 882; CXXXVIII, pág. 36; G.J. Tomo LXXIX, pág. 37, entre muchas. F.F. arts. 305, 368 C.P.C. Extracto número 236. 763

Págs.

ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. La acción de enriquecimiento cambiario tiene un fundamento inconfundible que lejos de reducirse a una degradación procesal de las acciones cambiarias de suyo incomprensible, acaba por identificarse en últimas con el que le sirve de soporte a la acción común por enriquecimiento sin causa a expensas de otro. / Siendo la acción de enriquecimiento cambiario una aplicación típica de la doctrina general que prohíbe enriquecerse sin justificación a expensas de otro; visto como queda así mismo que a los fenómenos en los que suele ponerse de manifiesto el riguroso formulismo característico de los títulos valores y de los que es ejemplo el régimen de prescripción y de caducidad a que están sometidos los recursos de cobro que de dichos documentos emergen, se les priva por el ordenamiento del carácter de justas causas para consolidar desplazamientos patrimoniales no obstante que en su producción haya podido jugar papel de alguna importancia la culpa o la voluntad de la víctima. Elementos, requisitos de su ejercicio exitoso y efectos que en términos económicos le son inherentes a la acción de enriquecimiento cambiario. S-197 del 93-12-06 - Casa - Tribunal S. Bogotá - Banco Cafetero contra Lorenzo Pascua García. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. Tomo XLV, pág. 28; Tomo CXXXVIII, pág. 386 y CC, pág. 93; G.J. núm. 1930, pág. 893. F.F. Capítulo VI del Título 3o. del Libro Tercero del Código de Comercio, artículo 882 C.Co., arts. 5, 8 y 48 de la Ley 157 de 1887, 1527 C.C.; Art. 230 C.N. Extracto número 237. 763

REPRESENTACION SUCESORAL. El origen y la evolución del concepto de representación sucesoral ha estado siempre hermanado con el criterio de la premoriencia, cosa que fue y sigue siendo su principal soporte, así se cuenten hoy otros casos que igualmente quedan comprendidos por ella, eso es entonces lo que debe predicarse en relación con todos los eventos para los que la ley previó el fenómeno. Así, para no referirse más que al que ahora interesa en la definición de la litis, en el caso que, junto a otros, enlista el artículo 1043 del Código Civil, inherente a que hay siempre lugar a la representación en la descendencia legítima de los "hermanos legítimos" del difunto. Vale decir, que si, como en el *sub lite*, un hermano del causante le precedió en la muerte habiendo dejando hijos, éstos, los sobrinos del *de cujus*, suben a representar a su padre prefallecido. S-200 del 93-12-07 - No casa - Tribunal S. Bucaramanga - Ana Luisa Montañez de Medrano contra Raúl Antonio, José Andrés, César Augusto, Marlén Rosa y Dagoberto Rincón Medrano, demandados como herederos de Justa de Jesús Medrano de Rincón. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: CLXVI, pág. 464; CLXVI, p. 465. F.F. arts. 1041, 1044, 1841, 987 C.C. Extracto número 229. 791

CASACION - Ataque todas las Pruebas / TECNICA DE CASACION. 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 hace inevitablemente

Págs.

impróspera la acusación. S-199 del 93-12-07 - No casa - Tribunal S. Medellín - Ana María Villa de Calvo, Leonor Ester Villa de Fabra y Sol María Tirado contra Sociedades "Horacio Martínez y Cía. S.C.A." y "Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C.". Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: G.J. T. CXLIX, pág. 146. Extracto número 000. 781

SENTENCIA INHIBITORIA / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. Una sentencia contentiva de una decisión inhibitoria puede ser combatida en casación dentro de la órbita de la causal primera, ya sea por la vía directa, ora por la indirecta, según el desacierto que se le achaca al juzgador sea eminente y exclusivamente jurídico, y por ende, con absoluta prescindencia de los elementos de convicción, o por el contrario el desacierto que se endilga tenga por venero los medios de prueba, incluida la demanda con la cual se inició el litigio. S.199 del 93-12-07 - No casa - Tribunal S. Medellín - Ana María Villa de Calvo, Leonor Ester Villa de Fabra y Sol María Villa Tirado contra Sociedades "Horacio Martínez y Cía. S. C. A." y "Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C.". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* F.F. art. 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 781

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta. La violación directa de la ley sustancial implica, pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que, por consiguiente, no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba. S-199 del 93-12-07 - No casa - Tribunal S. Medellín - Ana María Villa de Calvo, Leonor Ester Villa de Fabra y Sol María Villa Tirado contra Sociedades "Horacio Martínez y Cía. S. C. A.". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: G.J. CXLVI, pág. 50. F.F. art. 368 - 1 C.P.C. Extracto número 000. 781

CASACION - Naturaleza. Dado el carácter extraordinario del recurso, él implica limitaciones que no puede sobrepasar la Corte; a ésta le está vedado decidirlo en el fondo cuando la demanda mediante la cual se sustenta no es, por su estructuración formal y técnica, sendero apto para que la conduzca al fin perseguido. S-199 del 93-12-07 - No casa - Tribunal S. Medellín - Ana María Villa de Calvo, Leonor Ester Villa de Fabra y Sol María Villa Tirado contra Sociedades "Horacio Martínez y Cía. S. C.A." y "Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C.". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Auto 9 agosto de 1974. Extracto número 000. 781

ERROR DE HECHO. El yerro fáctico se localiza en el plano de la contemplación objetiva de la prueba, vale decir, al constatar el juzgador la existencia material o el contenido de los medios de convicción obrantes en la actuación. S-199 del 93-12-07 - No casa - Tribunal S. Medellín - Ana María Villa de Calvo, Leonor Ester Villa de Fabra y Sol María Villa Tirado contra las Sociedades "Horacio

Págs.

Martínez y Cía. S.C.A." y "Emma María Méndez Gómez y Cía. S. en C.". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. art. 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 781

ACTO COMERCIAL. En la noción de acto de comercio consagrada en el numeral 16 del artículo 20 del Decreto 410 de 1971 (Código de la materia), no se involucra para nada el elemento de la especulación como factor condicionante del acto mercantil. S-201 del 93-12-09 - No casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad de "Auríferos del Nechí" contra Sociedad "Mineros de Antioquia S.A.". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. art. 20 num. 16 C. de Co. Extracto número 000. 799

MINA / SOCIEDAD DE MINA / SOCIEDAD DE HECHO. En vigencia del actual Código de Comercio, estas últimas empresas -organizadas para el laboreo de las minas-, aun cuando se designen como sociedades ordinarias de minas, deben constituirse por escritura pública, so pena de que por ausencia de este requisito surja una sociedad de hecho, cuya característica principal consiste en que no es persona jurídica, lo cual se traduce, en que los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídos a favor o a cargo de todos los socios de hecho. S-201 del 93-12-09 - No casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad "Auríferos de Nechí" contra Sociedad "Mineros de Antioquia S.A.". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencia de 24 de octubre de 1940 G.J: T. 50, pág. 386. F.F. Ley 38 de 1887: art. 251 *ibidem*: Capítulo XVI del Código de Minas; art. 283 C. de M.; art. 284 *ibidem*: num. 16 arts. 20, 25; 100; 121, 2036; 498, 499 C. de Co.; Decreto 410 de 1971: art. 2 Ley 124 de 1937; art. 3 Ley 153 de 1887. Extracto número 240. 799

BANCO DE LA REPUBLICA. El Banco de la República es una sociedad de derecho público económico de naturaleza única, especial o *sui generis*, que no puede clasificarse como establecimiento público, ni como empresa industrial y comercial del Estado, ni como sociedad de economía mixta. Está organizado como sociedad por acciones y tiene autonomía administrativa especial, personería jurídica y patrimonio independiente. Ejerce con exclusividad el atributo de emisión del Estado, es el guardián de las reservas internacionales del país y el ejecutor de la política monetaria. Tiene, a la vez, funciones de giro, depósito, descuento y redescuento, así como las demás contempladas en el presente reglamento constitucional y en otras leyes. S-201 del 93-12-09 - No casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad "Auríferos del Nechí" contra Sociedad "Mineros de Antioquia S.A.". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencia 19 junio de 1991. F.F. Decreto 444 de 1967: art. 1 Decreto Autónomo 386 de 1982; Ley 7a. de 1973; art. 18 Decreto 2617 de 1973; Decretos Extraordinarios 1050, 2400, 3074 y 3130 de 1968; 128, 130, y 150 de 1976; Decreto 222 de 1983; art. 2 Decreto 386 de 1982; Leyes 25 de

Págs.

1923; 82 de 1931 y 7a. de 1973; Decreto Extraordinario 1189 de 1940; Reglamentos Constitucionales 2617 y 1618 de 1973; Inc. 3 art. 2o. Decreto 386 de 1982. Extracto número 241. 799

COMPRAVENTA DE ORO. La venta de oro al Banco de la República no sólo no es acto regido por el derecho público, sino que, dentro de las distintas especialidades que conforman el derecho privado, se acomoda perfectamente a las normas del Código de Comercio, por las cuales se gobierna. S-201 del 93-12-09 - No casa - Tribunal S. Medellín - sociedad "Aurífezos del Nechí" contra Sociedad "Mineros de Antioquia S.A.". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencia 19 de junio de 1991, aún no publicada. Extracto número 241. 799

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. El proceso de deslinde y amojonamiento, cada una con la finalidad que le es propia, cual es la de fijar en forma clara y definitiva la línea demarcatoria entre predios contiguos, fue organizado bajo una tramitación especial. Si las partes o una de ellas no aceptan la línea demarcatoria señalada por el juez, allí finaliza el trámite especial y, en adelante, la contención así surgida, ha de resolverse en un proceso ordinario cuyo carácter asume desde entonces. A-347 del 93-12-13 - Revoca auto proferido por Tribunal. - Tribunal S. Pereira - Marco Antonio Rojas Rojas contra Diego, Gabriel, María Elena, Olga Muñoz López, María Nelly Muñoz de Arbeláez, Ligia Muñoz de Llano, José Antonio Muñoz López y Ernestina López viuda de Muñoz. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. Título XXV, artículos 460 a 466 C.P.C. Extracto número 000. 811

CASACION - Procedencia / PROCESO ORDINARIO. Cuando el numeral 1o. del art. 366 del C. de P.C. establece el recurso de casación para las sentencias que se profieran en procesos ordinarios o que asuman ese carácter, alude únicamente a las dictadas en procesos declarativos de mayor cuantía sin trámite especial o que no versen sobre derechos patrimoniales, sin que por lo tanto quepa posibilidad alguna de que con ellos se confundan los otros asuntos que se despachan por la cuerda del proceso abreviado, del verbal de mayor y menor cuantía o sumario, o del especial, a menos que por disposición emanada de la misma ley, haya una conversión al diligenciamiento propio del proceso ordinario. A-351 del 93-12-14 - Bien denegado recurso de casación - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Helena Serrano Remolina contra Luis Felipe Gutiérrez Góngora. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F. art. 366 num. 1 C.P.C. Extracto número 242. 821

PROCESO DECLARATIVO. La ley procesal civil dispuso que por la vía del proceso declarativo con trámite ordinario se rituaran y decidieran todos aquellos asuntos contenciosos que no están sometidos a un trámite especial, trámite específico contemplado para diligenciar los asuntos de mayor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales; que, por el trámite del proceso declarativo abreviado se sustanciaran y definieran los asuntos ordinarios de menor cuantía y los que, sin consideración a su cuantía, que al trámite

Págs.

del proceso declarativo verbal de mayor y menor cuantía y verbal sumario se someterán los asuntos enumerados en los artículos 427 y 435, respectivamente, y los ordinarios de mínima cuantía; y, finalmente, que la expropiación, el deslinde y amojonamiento y la división y venta de la cosa común y de las grandes comunidades, se ventilarán y decidirán por el trámite especial previsto para cada uno de tales asuntos, en los respectivos títulos. A-351 del 93-12-14 - Bien denegado recurso de casación - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Helena Serrano Remolina contra Luis Felipe Gutiérrez Góngora. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F. arts. 396, 397, 408, 427 y 435 C.P.C. Extracto número 000. 821

DICTAMEN PERICIAL. En la diligencia de posesión deben los peritos solicitar el suministro de lo necesario para viáticos y gastos de la pericia, solicitud que habrá de ser resuelta en la misma diligencia y contra la cual, no existe ningún recurso. Ello significa, que la decisión que allí se tome por el juez queda notificada y ejecutoriada en la misma diligencia, como quiera que las partes han tenido conocimiento, con antelación, de la fecha, el día y la hora en que los peritos designados como auxiliares de la justicia han de tomar posesión de sus cargos. A-350 del 93-12-14 - Declárase conforme a derecho el auto Tribunal S. Buga - María Dolores García contra Miguel Enrique Vargas Ortiz. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 236, nums. 2 y 4. Extracto número 000. 816

NULIDAD PROCESAL / INTERRUPCION PROCESAL / ENFERMEDAD GRAVE. Como garantía del derecho de defensa, entre otras causales de interrupción del proceso, el art. 168 num. 2 del C. de P.C. ha establecido la enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes, la que tiene operancia "a partir del hecho que la origine". En armonía con lo preceptuado en tal norma procesal, el art. 140 del mismo código consagra como causal de nulidad total o parcial del proceso, el haberlo adelantado después de ocurrida cualquiera de las causales de interrupción. Mas, cuando tal interrupción ocurra por enfermedad grave del apoderado de una de las partes, ella deberá alegarse dentro de los cinco días siguientes al en que haya cesado la incapacidad, la cual no podrá invocarse luego por quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla. A-350 del 93-12-14 - Conforme a derecho auto - Tribunal S. Buga - María Dolores García contra Miguel Enrique Vargas Ortiz. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. arts. 168 num. 2, 142, 143 inc. 5 C.P.C. Extracto número 000. 816

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS NO PUBLICADAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

RECUSACION. La providencia que resolvió sobre la recusación de que fue objeto el magistrado ponente de este asunto, es inimpugnable. Auto-170 del 93-07-01. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (Solo). Fuente formal: penúltimo inciso artículo 152 del C. de P. C. Extracto número 000.

CASACION - Trámite / AUDIENCIA. La celebración de audiencia dentro del trámite del recurso de casación, es una actuación apenas eventual, que por lo tanto, puede realizarse por iniciativa propia de la Sala cuando existan razones en verdad atendibles que la hagan conveniente. Auto-169A del 93-07-01. Expediente: 3797. Fuente formal: artículo 373 inciso 6º C.P.C. Extracto número 000.

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida / CASACION - Carga procesal. Para el cumplimiento del fallo impugnado en casación, cuando no está en presencia de alguno de los tres casos de excepción - artículo 371 inciso 1º C.P.C.-, la misma norma dispone que el recurrente, en el plazo allí mismo indicado, suministre lo necesario para la expedición de las copias de las piezas procesales que el tribunal determine con tal finalidad, so pena de que se declare desierto el recurso; carga procesal que sigue vigente aun cuando el Tribunal omita el señalamiento de las piezas procesales de las cuales deben expedirse copias para el cumplimiento del fallo, pues en tal caso el recurrente debe solicitar expedición de las que considere necesario y suministrar lo indispensable para dicho fin. Auto-172 del 93-07-07 - Inadmisible recurso de casación - Tribunal Superior Villavicencio - la menor Nasly Andrey Baquero representada por su madre Mary Luz Baquero Gutiérrez contra Silvino Baquero Baquero. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Autos 7 de julio de 1992, 21 julio 1992; Auto 22 octubre de 1990; Auto 29 septiembre de 1992. Fuente formal: artículo 371 inciso 1º, artículo 371 C.P.C. Extracto número 001.

DEMANDA DE CASACION / NORMA SUSTANCIAL / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / NORMA JURIDICA. Entre los requisitos de forma que debe reunir la demanda de casación, si se trata de la causal primera, deben señalarse

las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas. El artículo 362 del C.C., señalado como vulnerado, fue derogado expresamente por el artículo 123 del Decreto 1260 de 1970. Auto-174 del 93-07-08 - Admite la demanda de casación parcialmente - Ana Celia Cárdenas Soler. Expediente: 4389. Fuente formal: artículo 374 C.P.C.; artículo 123, Decreto 1260 de 1970. Extracto número 000.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / NORMA SUSTANCIAL. Las normas sustanciales son aquellas que en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación. Ni el artículo 53 de la Constitución Nacional, ni el artículo 241 del C.P.C., son de tal naturaleza, puesto que el primero impone al Congreso el deber de expedir el estatuto del trabajo que deberá contener "los principios" allí contenidos, y, el segundo hace relación a la apreciación probatoria del dictamen pericial. Auto-173 del 93-07-08 - Inadmite demanda de casación parcialmente - Tribunal Superior Ibagué - Beatriz Díaz Ortiz, María Olga Díaz Rojas, María Eugenia Rojas Díaz y Luz Marina Guzmán Acero contra Transportes "Rápido Tolima S. A.". Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 29 agosto 1988; G.J. página 254. Fuente formal: artículo 374 C.P.C. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. El censor acusa la sentencia por violación de la ley sustancial por yerros probatorios sin que indicara los preceptos de tal clase que hubiesen sido vulnerados. Auto-173 del 93-07-08 - Inadmite demanda de casación parcialmente - Tribunal Superior Ibagué - Beatriz Díaz Ortiz, María Olga Díaz Rojas, María Eugenia Rojas Díaz y Luz Marina Guzmán Acero contra Transportes "Rápido Tolima S. A.". Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículo 374 C.P.C. Extracto número 000.

COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO. Al liquidar las costas ha de incluirse en ellas el valor de las agencias en derecho, para lo cual son de aplicación las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio de Justicia por el Colegio de Abogados del respectivo distrito judicial. Auto-175 del 93-07-08 - Confirma auto dictado por magistrado ponente - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Sociedad Autores y Compositores de Colombia "Sayco". Expediente: 3625 contra Moisés Hernán Cruz. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: artículo 393 numeral 3º C.P.C. Extracto número 000.

COMISION / INSPECCION JUDICIAL. Se comisiona al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena en su Sala Civil -despacho del magistrado x-, para la práctica de la inspección judicial con intervención de peritos. Auto-177 del 93-07-09 - Se libra despacho comisorio con insertos - Expediente: 3586. Fuente formal: artículos 32, 181, inciso final C.P.C. Extracto número 000.

DICTAMEN PERICIAL / PRUEBA DE OFICIO. Para contar con suficientes elementos de juicio en la tarea de medir el daño patrimonial propio que para los demandantes significó la muerte del menor, hay lugar a disponer la

ampliación del dictamen. Auto-176 del 93-07-09 - Se dispone ampliación del dictamen rendido - Guillermo Méndez Paternina y Sara Olivares Ojeda - muerte del menor Guillermo Méndez Olivares-. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (Solo). Fuente formal: artículo 37, numerales 4º, 179, 180, 240 y 307 C.P.C. Extracto número 000.

REVISION / CAUCION. Por cuanto la parte interesada en el recurso extraordinario de revisión, no prestó caución para que éste fuera tramitado, se declara desierto el recurso mencionado. Auto-179 del 93-07-12 - Se declara desierto recurso de revisión - Tribunal Superior Barranquilla - Mercedes Elena González Córdoba contra personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: artículo 383 inciso 1º C.P.C. Extracto número 000.

CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / ERROR DE HECHO. El tribunal incurrió en yerro fáctico evidente, al estimar que la totalidad de los intereses debían cancelarlos los prometientes compradores conjuntamente con el saldo del precio el 16 de septiembre de 1989, presentándose por tanto una petición antes de tiempo del demandante principal. Sentencia-102 del 93-07-12 - Casa - Tribunal Superior Distrito Judicial Santafé de Bogotá - Luis Emiro Linares Bejarano contra José Manuel Monroy y Sonia Rodríguez Sánchez. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: artículo 368 1 C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. La competencia para conocer de los procesos de investigación de la paternidad, por el factor territorial corresponderá al juez del domicilio del menor cuando éste sea demandante. Auto-180 del 93-07-13 - Juzgado 2º Promiscuo Familia Ciénaga (Mag.) competente - Juzgado 2º Promiscuo Familia Ciénaga - 2º Promiscuo Familia Villavicencio - Sandra Patricia Castillo representada por su madre Yolanda María Castillo Cortés contra Pedro Castillo en calidad de heredero determinado del causante Pedro Castillo y herederos indeterminados del mismo. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: artículo 8º, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

AMPARO DE POBREZA / COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO. Uno de los efectos del amparo de pobreza es el de impedir que el litigante titular de dicha prerrogativa pueda ser obligado a pagar costas; y por ende tampoco hay lugar a señalar agencias en derecho. Auto-181 del 93-07-14 - Expediente: 3680. Fuente formal: artículos 163 y 395 C.P.C. Extracto número 000.

CASACION - Carga procesal / CASACION - Admisión. Entre los requisitos que deben observarse para la admisión del recurso de casación, está la expedición oportuna de las copias, lo cual conlleva el suministro también oportuno de las expensas correspondientes en el término improrrogable de tres días, contados a partir de la ejecutoria del auto que así lo disponga. Auto-182 del 93-07-21 - Se dispone devolver expediente al tribunal - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - José Lisandro Vega Cabrera contra Miguel Pineda López. Magistra-

do Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: artículo 372 C.P.C. Extracto número 000.

AUTO - Corrección / PROVIDENCIA JUDICIAL. El estatuto procesal civil, permite que todas las providencias objeto de errores aritméticos y otros yerros, sean corregibles por el juez que las dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, cuando ellas consistan en error "por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidos en la parte resolutiva o influyen en ella". En el presente caso, el yerro material en la parte resolutiva, consistió en un cambio meramente accidental en la denominación del juzgado en contra de quien se resolvió el conflicto. Auto 183 del 93-07-21 - corrige: Juzgado 1º Civil Circuito Puerto Tejada competente - Central Cooperativa de Crédito y Desarrollo Social Limitada -Coopdesarrollo- contra Félix Prado Muñoz y otro. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: artículo 310 C.P.C. Extracto número 000.

QUEJA / CASACION - Carga Procesal / CASACION - Interés para Recurrir. Por considerar el tribunal de instancia que el interés para recurrir en casación no estaba determinado, dispuso el justiprecio de aquél interés por parte de un perito a quien se ordenó notificar con cargo al recurrente, para lo cual, en la misma providencia determinó que dentro de la ejecutoria el interesado debía aportar los valores correspondientes, carga que por no haber sido cumplida a tiempo, condujo al tribunal a declarar desierto el recurso de casación. Auto-185 del 93-07-21 - Ajustada ley providencia recurrida en queja - Tribunal Superior Bucaramanga - Luis Francisco Muñoz Solano y Victoria Bernal Cortés de Muñoz contra Gonzalo Reyes Ruiz. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: artículo 370 inciso 1 C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE REVISION. La demanda en virtud de la cual se interpone recurso de revisión debe indicar, entre otros requisitos, el día en que quedó ejecutoriada la sentencia objeto del recurso, lo mismo que "los hechos concretos que le sirven de fundamento" a la causal invocada, requisitos éstos que no los satisface la demanda *sub lite* y por ende se declara su inadmisión. Auto-184 del 93-07-21 - Inadmite demanda de revisión - Tribunal Superior Ibagué - Benigno Quijano contra Cooperativa de Transportadores del Sur del Tolima "Cointrasur" y Aristides Pérez Sabogal. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas* (solo). Fuente formal: artículo 382 y incisos 3º y 4º; artículo 383 C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE CASACION. La Corte no puede, *ab libitum*, modificar, suprimir o corregir las deficiencias en la formulación de los cargos. Los fundamentos de cada acusación, según lo prescribe el artículo 374 del C.P.C., deberán ser presentados en forma clara y precisa. Qué se entiende por el vocablo "claro" según el diccionario de la Real Academia Española. Auto-186 del 93-07-23 - Inadmite demanda parcialmente - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Karl Buchholz Roeper contra Yolanda de Jesús Espinosa de Bulla. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículo 374 C.P.C. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. La técnica del recurso exige que se indique la clase de error, se individualice la prueba y se demuestre el yerro con su carácter de trascendente. La violación por la vía directa es incompatible con la violación por la vía indirecta, y un mismo cargo en casación no puede fundarse a la vez en las dos clases de quebranto de la ley sustancial. Sentencia-110 del 93-07-27 - No casa - Tribunal Superior Ibagué - Natividad González Parra contra Myriam Celemín García. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Casación Civil 28 noviembre de 1969, CXXXII, 193. Fuente formal: artículos 368, 374 C.P.C. Extracto número 000.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta. A la violación de la ley sustancial puede llegarse de dos maneras diferentes: por la vía directa o por la vía indirecta. En la infracción directa no entre en juego el análisis de los elementos de convicción incorporados al proceso, sino la confrontación entre el fallo y la norma sustancial que se dice o afirma violada. Por el contrario, en el quebranto indirecto sí entra en juego la apreciación probatoria que hizo el juzgador. Sentencia 110 del 93-07-26 - No casa - Tribunal Superior Ibagué - Natividad González Parra contra Myriam Celemín García. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: artículos 368, 374 C.P.C. Extracto número 000.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta / ERROR DE HECHO. La mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contenido de la misma no implica error manifiesto de hecho, a menos que de haberse apreciado tal medio, la conclusión del pronunciamiento hubiera tenido que ser evidentemente distinta de la aceptada por el sentenciador. Sentencia-113 del 93-07-30 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Compañía Industrial y Comercial de Polymer S. A. Contra Polinelfinas Colombianas S. A. "Policolsa". Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido. Gaceta Judicial CXXIV, 448. Fuente formal: artículo 368-1 C.P.C. Extracto número 000.

DICTAMEN PERICIAL / INFORME TECNICO. De conformidad con el artículo 243 del C.P.C. "Antes que el dictamen sea rendido, el Director de la entidad o dependencia oficial podrá solicitar al juez que se suministre a aquella el dinero necesario para viáticos, transporte y demás costos de la pericia, si fuere el caso" -pago del costo para la traducción de pruebas . Transcurrido lo cual si fuere pertinente, se procederá a correr traslado del dictamen para que las partes se pronuncien sobre lo que estimen procedente, de conformidad con el último inciso del mencionado precepto. Luego la oportunidad para pedir aclaraciones, complementaciones o formular objeciones, es posterior al momento en que éste se halla; razón por la cual resulta impróspero el recurso de reposición. Auto-192 del 93-08-02 - Peritos: Carmelo Alonso Arias Pérez y Suzette Barbosa Barbosa. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* (solo). Fuente formal: artículos 243, 348 C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE REVISION. Por cuanto el recurrente en revisión no indicó el día en que quedó ejecutoriada la sentencia, ni los hechos concretos que le sirven

de fundamento a la causal invocada, dentro de los cinco días para subsanar esa irregularidad, se rechaza la demanda. Auto-194 del 93-08-04 - Rechaza demanda - Tribunal Superior Ibagué - Benigno Quijano contra Cooperativa de Transportadores del Sur del Tolima "Cointrasur" y Aristides Pérez Sabogal. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas* (Solo). Fuente formal: artículo 383 inciso 3º C.P.C. Extracto número 000.

NULIDAD PROCESAL. - Técnica. Nota de relatoría. Remitirse Auto-196 del 93-08-04. Expediente: 3573. Auto-195 del 93-08-04 deniega nulidad. Expediente: 3680.

REPOSICION / SUPLICA. Los autos del magistrado ponente en segunda o única instancia, que por su contenido serían apelables si los hubiera proferido un juez singular o unitario en primera instancia, no admiten reposición sino súplica, y si a pesar de ello es la primera de esas vías la utilizada para reclamar la reconsideración de los respectivos proveídos, ella entonces resulta improcedente. Auto-197 del 93-08-05 - Rechaza por improcedente recurso reposición - Expediente: 4492. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Fuente formal: artículos 348 y 363 C.P.C. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION. Cuando el recurrente opta por la vía indirecta, no le es dable confundir en el mismo cargo ambos tipos de errores, y si de hecho los confunde, ese defecto da al traste con el ataque pues a la Corte le está vedado suplir las falencias del impugnante. Sentencia-118 del 93-08-09 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Benjamín Páez Achury contra herederos de Francisco Parodi Avila y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículo 374 C.P.C. Extracto número 000.

HONORARIOS PROFESIONALES. En la regulación de honorarios profesionales debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza, calidad y duración de la gestión del mandatario judicial. Auto-202 del 93-08-09 - Se regulan los honorarios del abogado - Promovido por el abogado Luis Ignacio Rosero Revelo frente al demandante Genaro Juan Bautista Montenegro Vallejo contra Comité Municipal de la Cruz Roja de Ipiales. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: artículo 393 numeral 3º C.P.C. Extracto número 000.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta. La violación indirecta de la ley sustancial proviene, de manera general, del erróneo análisis que el fallador haga del material probatorio recaudado, el cual lo lleva a la transgresión de la norma sustancial. Ese erróneo análisis debe concretarse en un evidente yerro fáctico o en un error de derecho, los cuales aunque tengan como común denominador la indebida apreciación de las pruebas, poseen una muy diversa naturaleza jurídica. Sentencia-118 del 93-08-09 No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Benjamín Páez Achury contra herederos de Francisco Parodi Avila y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículo 368-1 C.P.C. Extracto número 000.

NULIDAD PROCESAL - Oportunidad / INTERRUPCION PROCESAL / ENFERMEDAD GRAVE. Esa interrupción del proceso -artículo 168, 2ª causal C.P.C.- se causa, por ministerio de la ley, a partir del hecho que la origine, o de la notificación de la providencia que se pronuncie seguidamente; debe ser alegada "dentro de los cinco días siguientes al en que haya cesado la incapacidad", según lo prescribe el artículo 142 del C.P.C., norma que guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 143 *ibidem*, que impide alegar esa y otras nulidades, a quien "haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla". En el caso de autos, el apoderado de los recurrentes en casación, no propuso la nulidad procesal en comento, dentro de aquella oportunidad. Auto-203 del 93-08-10 - Deniégase nulidad de la actuación - Tribunal Superior Tunja -Sala Civil- - Manuel Rodríguez Cuervo y otras contra Herminio López, Silvino López Cuervo y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: artículos 168, 140 numeral 5ª, 142, 143 C.P.C. Extracto número 000.

INCIDENTE. En el caso de autos, se prescinde del traslado de que trata el artículo 137 del C.P.C., toda vez que, en vista del estado en que la actuación se encuentra, no hay partes que puedan hacer uso del mismo. Por lo tanto, es pertinente abrir la cuestión a pruebas y disponer la práctica de algunas diligencias. Auto-204 del 93-08-11 - Se ordena practicar diligencias - Expediente: 4408. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (Solo). Fuente formal: artículo 137 C.P.C. Extracto número 000.

SUPLICA / CASACION-Admisión. La discrepancia entre el recurrente y tribunal estriba en que mientras el sentenciador se ubicó justamente en el proceder que legalmente ordena el artículo 370, el impugnante es del parecer de que ha debido ordenarse la actualización de peritaje preexistente; y no oficiosamente, sino a petición de parte. Mecanismo este sin duda se ofrece extraño a los propósitos indicados, pues aquella disposición es determinante al preceptuar que, invariablemente, ante el presupuesto de la no determinación del interés, debe éste justiprecisarse por un perito. Auto-205 del 93-08-11 - Ceñido a la ley auto impugnado en súplica. Fuente formal: artículos 370, 366 C.P.C., 363 *ibidem*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA / JURISDICCION DE FAMILIA / SOCIEDAD DE HECHO-Clases / JURISDICCION CIVIL. Con la expedición de la Ley 54 de 1990, coexisten en nuestro ordenamiento en lo que a la sociedad de hecho concierne, la civil, la comercial y la proveniente de la unión marital de hecho. A esta última se denomina, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular. El artículo 4º *ibidem*, asignó a los jueces de familia, en primera instancia, el proceso de establecimiento de la existencia de la susodicha sociedad. Es del resorte exclusivo de los jueces civiles el reconocimiento del otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos, aún entre concubinos. Auto-206 del 93-08-12 - Sala Civil del Tribunal Bogotá competente - Tribunal Superior Santafé de Bogotá -Sala Civil y Familia- - Clementina Urrego contra Antonio de Jesús

Caro Merchán. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: auto 16 de julio de 1992. Fuente formal: artículo 1º Ley 54 de 1990. Extracto número 000.

IMPEDIMENTO. Se ordena pasar el expediente a despacho para que el magistrado manifieste su impedimento. Auto-207 del 93-08-12 - Expediente: 622. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* (solo). Extracto número 000.

PRUEBA. Se procede a decretar pruebas. Auto-208 del 93-08-12. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Extracto número 000.

CASACION - Naturaleza. Por no ser la casación una tercera instancia, no cabe plantear en este recurso cuestiones, incidentes o pruebas que no fueron sometidos a las instancias, pues ello daría margen a juzgar la sentencia ante situaciones que el Tribunal no fue llamado a resolver. Auto 209 del 93-08-17 - No accede solicitud - Expediente: 3908. Solicitud de: Miguel Antonio Novoa Puentes. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Becerra Simancas* (solo). Igual sentido: CXIII - CXIV, página 220. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. Si la parte le hace ver al juzgador que es incompetente, no significa que al encontrar viables las razones, revoque el auto por el cual había aceptado la competencia, o sea, que el conflicto surge por el acto del juez, aun que haya sido provocado por la parte. / En el presente caso, para la fecha de la presentación de la demanda, y aun de su admisión, el domicilio conocido y con efectos vinculantes de la persona jurídica demandada era el lugar señalado en la demanda y que aparecía como el declarado ante la oficina correspondiente. De esa manera alcanza fuerza obligatoria el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* sancionado en el artículo 21 del C.P.C. Luego si no se presenta alguna de las hipótesis que dicho precepto enumera como excepciones que alteren la competencia determinada, no podría el juez competente por dicho factor territorial en su foro general o del domicilio del demandado hacer dejación de su poder jurisdiccional para continuar conociendo del proceso. Auto-212 del 93-08-18 - Juzgado 10 Civil Circuito Santafé de Bogotá competente - Juzgado 10 Civil Circuito Zipaquirá - Felipe Suárez Cavelir y otros contra Sociedad Pasteurizadora La Alquería S.A. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: artículos 99-8, 148, 143 C.P.C.; 21 *ibidem*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA. Las peticiones del demandante no desbordan la órbita contractual que es su fuente, independientemente de que la decisión que se adopte afecte un bien sucesoral, evento éste al cual indudablemente, no se refiere al numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989. Auto-213 del 93-08-19 - Juzgado 29 Civil Circuito Santafé de Bogotá - Juzgado 29 Civil Circuito Bogotá - 7º Familia Bogotá - Pedro Alonso Puente Durán contra Javier y María del Pilar Tinoco Laverde; otros y herederos indeterminados de Rosa Aurora Laverde de Tinoco. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículo 5º. numeral 12, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA. El Decreto 2272 de 1989, atribuyó a los jueces de familia el conocimiento, en primera instancia de los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio, vale decir, aquellos en los cuales el litigio versa sobre la sociedad conyugal o su liquidación, cuando quiera que entre las partes existan discrepancias con respecto a los bienes que integran el haber de la sociedad conyugal, a las cargas que ésta ha de soportar, a las obligaciones pendientes al momento de la liquidación, a la administración ordinaria o extraordinaria de los bienes de la sociedad conyugal, a la partición o a la renuncia de gananciales, a la dote y las donaciones por causas de matrimonio, todo conforme a lo dispuesto en el Título XXIII del Código Civil, con las modificaciones introducidas por la Ley 28 de 1932. En el presente caso, el conocimiento del proceso corresponde a la jurisdicción de familia, como quiera que la pretensión se refiere a la aplicación de las normas que rigen la sociedad conyugal, en orden a determinar su activo patrimonial para su posterior liquidación. Auto-219 del 93-08 26 - Juzgado 12 Familia Bogotá competente - Juzgado 12 Familia -6° Civil Circuito Santafé de Bogotá - Blanca Ivia Sánchez de Unigarro contra Raúl Orlando Unigarro Caguanzango y otro. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989, artículo 5°, parágrafo 1°, numeral 12; artículos 1771 a 1848, Ley 28 de 1932, artículo 28 C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / JURISDICCION CIVIL / DISTRITO JUDICIAL. En el presente caso, los juzgados que entrentan su parecer en torno al conocimiento del asunto -10 Civil del Circuito y 56 Civil Municipal, ambos de Bogotá- pertenecen a la misma jurisdicción civil y al mismo distrito judicial de Bogotá, por lo cual se ordena devolver al tribunal de procedencia para que allí se adopte la determinación que legalmente corresponda. Auto-225 del 93-08-26 - Devuélvase Tribunal procedencia - Juzgado 10 Civil Circuito y 56 Civil Municipal de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / DERECHO SUCESORAL / JURISDICCION DE FAMILIA. Quienes aquí demandan, actúan en su calidad de herederos del causante y persiguen el amparo judicial de su interés jurídico sucesoral, al incoar la rescisión de la partición efectuada en la sucesión del causante, por haber sufrido ellos lesión enorme en la adjudicación de sus correspondientes cuotas hereditarias. Los actores procuran la protección o beneficio de su derecho sucesoral, lo cual concierne naturalmente a los jueces de familia. Auto-222 del 93-08-26 - Remitir actuación Juzgado 2° Familia Santafé de Bogotá - Juzgado 2° Familia -28 Civil Circuito Santafé de Bogotá - Luis Fernando, María Victoria y Manuel Adriano Sánchez Araque como herederos del causante Francisco Antonio Sánchez Sopó contra Miguel, Inés y Gladys Sánchez Velandia y otros. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989, artículo 5°, numeral 12. Extracto número 000.

CASACION - Cumplimiento Sentencia Recurrida / CASACION - Carga Procesal. El tribunal ha debido ordenar las copias para que con ellas se cumpliere la sentencia; al no hacerlo y tratarse de la impugnación contra una sentencia susceptible de ser cumplida, el casacionista no puede exonerarse de la carga vista con sólo protextar que el tribunal no se la ordenó cumplir. Auto-224 del 93-08-26 - Inadmisible y desierto recurso casación - Tribunal Superior Neiva Defensoría de Familia en representación de Katherin Johana Charry contra Luis Urbano Olaya Sosa. Igual sentido: Auto 22 de octubre de 1990. Fuente formal: artículo 371 C.P.C.; Decreto-ley 2282 de 1989, ordinal 186 de su artículo 1°. Extracto número 000.

SUPLICA / DEBIDO PROCESO / REVISION / ACCION DE TUTELA. Estas preciosas garantías -artículos 28 Constitución Nacional y 4° C.P.C.-, no propenden porque bajo su rodela reinen el caos y desorden en los trámites judiciales. En ningún caso se trata de un principio que sea incompatible con el también respetable postulado constitucional de la observancia plena del debido proceso. En el presente caso, en un mismo escrito se solicitó dos cosas bien diferentes: la tutela y la impugnación extraordinaria; no le era dado, pues, abrigar la vana ilusión, desde luego que ningún apoyo legal encuentra, de que las providencias de revisión le fuesen notificadas como se le notificaron las de tutela. Auto-228 del 93-08-27 - Impróspero recurso de súplica - Tribunal Superior Ibagué - Benigno Quijano: recurrente en súplica. Fuente formal: artículos 28 Constitución Nacional, 4° C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / CAMARA DE COMERCIO / DOMICILIO / SOCIEDAD. El artículo 1941 del Código de Comercio, que hace parte integrante del canónulo citado -artículo 19 de la Ley 35 de 1993 , regula el aspecto de la competencia por razón del territorio, que es el que enfrenta a los juzgados inmersos en la colisión, al indicar que el juez competente lo es el del domicilio de dentur. El certificado de la Cámara de Comercio, es idóneo para probar el domicilio de la sociedad. Auto 226 del 93-08-27 - Juzgado 30 Civil Circuito Bogotá competente - Juzgado 30 Civil Circuito Bogotá -2° Civil Circuito Especial Medellín - Expediente: 4495. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículo 23, numeral 15, C.P.C.; artículo 194 , C.C.; Ley 35 de 1993, artículo 19. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION / ERROR DE DERECHO. Si la transgresión de la ley sustancial se denuncia como consecuencia de un error de derecho, "se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción" -inciso 2°, numeral 3°, artículo 374 C.P.C.-. En el presente caso, el censor no señaló cuál fue la norma de linaje probatorio que resultó quebrantada por el tribunal. Por consiguiente, omite también la indicación de cómo se produjo la vulneración de la regla probatoria. Auto-227 del 93-08-27 - Desierto recurso de casación - Tribunal Superior Ibagué - Wilson Cortés Páez contra Electrificadora del Tolima S. A. "Electrolima". Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: inciso 2°, numeral 3°, artículo 374 C.P.C. Extracto número 000.

CASACION - Trámite. Por cuanto las demandas fueron presentadas en tiempo y reúnen los requisitos formales exigidos por la ley, se tiene por sustentado el recurso de casación y en consecuencia se corren traslados individuales sucesivos a cada apoderado de la parte demandada. Se libra oficio con destino al Juzgado 2º Civil del Circuito de Buga para que expida y haga llegar a esta Corporación copia auténtica del oficio dirigido a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esa ciudad; se expide copias a costa del interesado y se reconoce personería al apoderado de uno de los demandados. Auto-229 del 93-09-01 - Tiénese por sustentado el recurso de casación - Luz Marina y Gloria Mercedes Campo Becerra y Félix Hernán Roldán Salcedo, contra Humberto Campo Cabal, Jorge Eliécer Herrera, Luis Israel Castellanos, Luis A. Castro Vera, Jaime Eduardo Ortega Campo, Ana Lucía Margarita Ortega de Medina y la sociedad Agrícola y Ganadera del Valle Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Fuente formal: artículo 373, inciso 4º C.P.C., *ibidem*.

CASACION - Oportunidad / SUPLICA. Como el recurso de casación puede interponerse dentro de los cinco días a la notificación de la sentencia, no hay duda lo oportuno que fue la presentación de dicho medio de defensa por parte de quienes lo invocaron. Auto-234 del 93-09-02 - Está ceñido al derecho - Tribunal Superior Distrito Judicial Bogotá - Antonio José Avila Perilla contra Nación y otros. Fuente formal: artículo 369 C.P.C.

CASACION Cumplimiento Sentencia Recurrida / CASACION - Carga Procesal. Si la sentencia recurrida debe cumplirse, incumbe al Tribunal indicar en el auto que concede el recurso de casación las piezas procesales que deben copiarse para tal efecto. Empero, si así no acontece, esto es, si omite pronunciarse al respecto, gravita sobre el recurrente la carga procesal de solicitar su expedición so pena de que se declare desierta la impugnación. Auto-233 del 93-09-02 - Declárase inadmisible y desierto el recurso - Sala Civil Tribunal Superior Distrito Judicial Bogotá - Ricardo Martínez González contra Rogelio Rodríguez Macías, Teresa Sopó de Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículos 371, 356, incisos 3º y 4º C.P.C.

ERROR DE HECHO. La tarea demostrativa del error fáctico no se puede reducir a la mera contraposición del punto de vista del recurrente con el del Tribunal acerca del sentido atribuible al material probatorio, así el de aquél pueda tenerse como racional o atendible. No, lo que prescribe la ley es que el impugnador, con miras a establecer la presencia del yerro, tiene que confrontar el fallo con la prueba, a fin de que allí brote el desacierto del sentenciador de manera clara y evidente. Sentencia-123 del 93-09-02 - No casa - Tribunal Superior Ibagué. Pedro Antonio Vásquez y otros contra María Hilda, Casilda Edith y Francisco José Rodríguez Perdomo, la primera como cónyuge supérstite y los restantes como hijos legítimos de Francisco Antonio Rodríguez Sandoval. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículo 368-1 C.P.C.

REVISION / CAUCION. Por cuanto no se prestó caución en oportunidad, falta entonces uno de los presupuestos legales de admisibilidad del recurso de

revisión, quedando así en estado de deserción el recurso interpuesto. Como consecuencia de lo anterior, la Corte rechaza la demanda de revisión. Auto-236 del 93-09-06 - Rechaza demanda de revisión. Tribunal Superior de Cali - Recurrente en revisión: José Ferney Valencia Vanegas contra Nancy Serna de Agudelo. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas* (Solo). Fuente formal: artículo 383, inciso 2º C.P.C.

CONFLICTO DE JURISDICCION / DERECHO SUCESORAL / JURISDICCION DE FAMILIA. El conflicto negativo así surgido -jurisdicción civil y jurisdicción de familia-, correspondería solucionarlo al Consejo Superior de la Judicatura por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sin embargo, conocida la posición negativa de esa institución judicial, la Corte Suprema de Justicia, como órgano máximo de la administración de justicia ordinaria, entra a dirimir el conflicto suscitado. Los derechos sucesorales son todos aquellos bienes corporales e incorporales que adquiere un asignatario a la muerte del causante. Conforman la sucesión o la herencia los derechos, bienes y pasivos avaluables en dinero que integran el activo y el pasivo hereditario. Cuando el asignatario pretende como tal, ocupando el puesto jurídico de su autor o causante, plantea una contención sobre derechos sucesorales, como que reclama un derecho o una situación que habría poseído el causante, o que habría de plantearse frente o contra él. Luego un asunto de esa índole lo subsume en el numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989. Auto-239 del 93-09-07 - Juzgado 7º Familia Santafé de Bogotá competente - Juzgado 29 Civil Circuito - 7ª Familia Santafé de Bogotá - Ignacio María Camargo Camargo y otros contra Sociedad Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda., Compañía Urbanizadora Santa Martha Ltda., en liquidación. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Auto 4 de junio de 1993; derechos sucesorales y jurisdicción de familia; Auto 10 de junio de 1993. Fuente formal: Preámbulo de la Constitución Nacional; artículo 2º Constitución Nacional; 28 C.P.C.; artículos 653, 654, 664, C.C., 1008 a 1012 C.C., numeral 12, artículo 5º, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CASACION-Deserción. Por cuanto la parte recurrente dejó transcurrir el término del traslado sin presentar la demanda respectiva, se declara desierto el recurso de casación. Auto-242 del 93-09-07 - Declara desierto - Tribunal Superior Distrito Judicial Bucaramanga - Marina González contra Luis María González Santamaría. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (Solo). Fuente formal: artículo 373, inciso 3º C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / LESION ENORME / COMPRAVENTA / DERECHO SUCESORAL / JURISDICCION DE FAMILIA. Conflictos como el que ahora se analiza son de jurisdicción y que por lo tanto, el competente es el Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria; empero frente a la necesidad de que haya juez que provea y que lo haga con la mayor rapidez, conocida la posición negativa de esa institución judicial, esta Corporación como órgano máximo de la administración de justicia ordinaria, asume la decisión. La devolución del precio, la purificación del inmueble y la cancelación de la escritura y su registro son

consecuencias legales de la rescisión del contrato por lesión enorme, ya que es la manera de volver a las partes al estado que tenían antes de haber contratado, y por ello tales pronunciamientos debe hacerlos el juez aún sin petición de parte. La legitimación en la causa para demandar en rescisión por lesión enorme en principio se radica en cabeza del vendedor, quien lo deriva de su derecho personal emanado del contrato. Luego fallecido éste, sus herederos que pasan a ocupar su lugar, se legitiman para el efecto. Qué se entiende por derechos sucesorales. El asunto que en litigio se combate, por su naturaleza encaja en el concepto jurídico "derechos sucesorales", la competencia para conocer él radica en la jurisdicción de familia. Auto-240 del 93-09-07 - Juzgado 2º Promiscuo Familia competente - Juzgado 3º Civil Circuito y 2º Promiscuo Familia de Pereira - María Cristina Osorio Henao y otro contra Leonardo Osorio Acevedo y otro. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Casación 28 de junio de 1931, XXXIX, 142; Casación 12 de julio de 1954, LXXVIII, 115; 29 septiembre de 1970, CXXXV, 185. Fuente formal: artículos 653, 654, 664 C.C.; 1008 a 1012 *ibidem*; numeral 12 artículo 5º; Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / SOCIEDAD DE HECHO / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA / JURISDICCION CIVIL. 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 una con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal. / Toda pretensión deprecada bajo su abrigo, es de competencia de la jurisdicción de familia; la naturaleza del asunto así lo orienta por cuanto su decreto conlleva el reconocimiento legal de un núcleo familiar, con las obligaciones y derechos que de él dimanan. Es del resorte exclusivo de los jueces civiles el reconocimiento del otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos, aún entre concubinos. Auto-237 del 93-09-07 - Juzgado 10 Civil Circuito Santafé de Bogotá competente - Juzgado 10 Civil Circuito 21 Familia Bogotá - Teresa Cárdenas Cruz contra Edilberto Beltrán Calvo y otros, en su calidad de herederos del causante José Eleázar Beltrán Rozo. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Auto 16 julio 1992. Fuente formal: artículos 4º y 7º Ley 54 de 1990. Extracto número 000.

CASACION - Oportunidad / PROVIDENCIA JUDICIAL / SENTENCIA. Mientras está pendiente de decisión alguna de aquellas peticiones -adición corrección o aclaración de la sentencia-, el recurso de casación no puede concederse por el tribunal, independientemente del sentido que pudiera dársela a esa resolución, pues ello sería prematuro, dado que ese aspecto concerniente al fallo podría afectar a una cualquiera de las partes y construirse eventualmente por eso en otro factor determinante del recurso extraordinario en mención. Auto-238 del 93-09-07 - Devolver expediente al Despacho Origen - Tribunal Superior Distrito Judicial Santafé de Bogotá - Oscar A. Cabanillas contra Du Pont de Colombia S. A. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas* (solo). Fuente formal: artículo 369 1er. Inciso parte final C.P.C. Extracto número 000.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO / COSTAS. Se acepta el desistimiento del recurso de casación, declarando que queda en firme la sentencia impugnada y no imponer condena en costas. Auto 241 del 93-09-07 - Acepta el desistimiento del recurso casación - Tribunal Superior Distrito Judicial Santafé de Bogotá - Cooperativa Camilo Daza de Ahorro y Crédito para la Producción y Servicios Especiales contra Compañía J. E. Ospina Ortiz y Cía., Sociedad en Comandita Simple. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: artículos 344, 345 C.P.C. Extracto número 000.

CASACION - Carga Procesal Pecuniaria / CASACION-Cumplimiento de sentencia recurrida. Aun en los eventos en que el Tribunal no ordene la expedición de copias, sobre el recurrente persevera la carga de suministrar lo necesario para dicho fin, si la sentencia recurrida no es de las que están exentas de cumplimiento y, por lo tanto, debe solicitar expedición de las que con tal propósito considere necesarias, so pena de que se le declare desierto el recurso; consideración de la que no puede haber discrecionalidad distinta de las que no toca con las salvedades para el cumplimiento de la sentencia. Auto-249 del 93-09-08 Inadmite recurso de casación - Tribunal Superior de Neiva - Martha Lucía Sánchez Cerquera, representante legal hija menor María Paula contra Marlio Bravo. Fuente formal: artículo 371 inciso 4° C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / COMPETENCIA. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, de los conflictos de jurisdicción. Auto-245 del 93-09-08 Juzgado 21 de Familia competente - Juzgado 21 de Familia 15 Civil Circuito de Bogotá - Beatriz Eugenia Vanegas de Hastamory contra Gonzalo Hastamory Rubiano y otra. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido Autos-2 y 15 de octubre de 1992 (conflictos de jurisdicción). Fuente formal: artículo 256 numeral 6°. Constitución Nacional, 234, 229 *ibidem*, artículo 5ª, numeral 12. Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS / DOMICILIO / *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. Las modificaciones del domicilio del menor demandante en un proceso de alimentos, posteriores a la presentación de la demanda no tiene la virtualidad de alterar la competencia inicialmente asignada. Auto-247 del 93-09-08 - Juzgado Promiscuo de Familia Facatativá competente - Juzgado 2° Promiscuo Municipal Villeta - Promiscuo Familia Fusagasugá - William Alejandro Cardozo Prada contra William Alberto Cardozo Aguado. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto octubre de 1990, Auto mayo 10 de 1993. Fuente formal: artículos 142, Decreto 2737 de 1989, 148 C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE REVISION. Se rechaza la demanda de revisión, por cuanto la demandante-recurrente no subsanó en tiempo el defecto de la demanda advertido. Auto-248 del 93-09-08 - Rechaza la demanda de revisión - Tribunal Superior Distrito Judicial Ibagué - La Nación Ministerio de Defensa contra Alcira Ramírez de Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* (Solo). Fuente formal: artículo 383, inciso 3º C.P.C. Extracto número 000.

JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA. Si la Sala Civil del Tribunal advirtió que no tenía jurisdicción para decidir la segunda instancia, tal decisión implica necesariamente reconocer la existencia de una nulidad insanable de lo actuado por todas las dependencias de esa misma línea vertical de competencia, situación ante la cual, la providencia a proferir no es, en manera alguna, la remisión a quien se considere competente, sino la declaración de la nulidad y la orden de que la actuación viciada se repare desde el momento mismo en que nace el vicio. El Decreto 2272 de 1989, si bien creó la jurisdicción de familia no hizo cosa distinta a ésta, o sea, no trazó pautas de desmedro de los terceros ajenos a la relación de familia que puedan verse citados ante los jueces de familia. Auto-251 del 93-09-09 - Abstenerse y envía expediente a Sala Civil - Tribunal Superior Bogota - Salas Civil y Familia - Anilbia Duque de Perea contra Armando Perea Rosero y otros. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto de marzo 11 de 1993; Auto de junio 04 de 1993. Fuente formal: artículo 357 del C.P.C., Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

JURISDICCION DE FAMILIA / SIMULACION / SOCIEDAD CONYUGAL. Lo que ha movido a actuar es la búsqueda del amparo jurisdiccional para un interés suyo proveniente de su condición de cónyuge de la demanda, y en tal virtud, con miras de devolver a la sociedad conyugal el inmueble que se dice enajenó simultáneamente, interés éste que sirve de derrotero para entender que se está ante una contienda que concierne al régimen económico del matrimonio: así vista la cuestión, su conocimiento es de incumbencia de la jurisdicción de familia. El Decreto 2272 de 1989 no trazó pautas de inaplicabilidad 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-250 del 93-09-09 - Sala de Familia competente - Tribunal Superior de Bogotá - Salas Civil y Familia - Rafael Carlos Fernández Martín contra María Cristina Elvira Gómez de Fernández. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto de junio 4 de 1993, entre otras. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CASACION - Procedencia. En tratándose de un recurso extraordinario como es el de casación, su probabilidad es taxativa en el sentido de que solamente son recurribles las sentencias que expresamente menciona la ley. Auto-253 del 93-09-10 - Admite recursos - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Margarita Calderón Calderón representante legal menor hija Camila Calderón contra Julio Ernesto Peña. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículo 366 del C.P.C.; artículo 9º Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

SENTENCIA - Adición. Por cuanto en la sentencia sustitutiva se indica con la suficiente exactitud la persona legitimada para recibir la prestación opcional a que alude el escrito precedente, no hay lugar a hacer nuevos pronunciamientos que implicarían modificarla, adicionándola sin fundamento procesal. Auto-254 del 93-09-13 - Expediente: 3269. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. 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) y los menores de dieciocho (18) años. 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 cometidas por los menores de edad, porque la ley en forma expresa asignó esa función a los jueces de familia. Auto-261 del 93-09-15 - Se abstiene y envía al Juzgado Promiscuo de Familia - C.S. de la J. (Fiscalía - Juzgado Promiscuo de Familia) - Expediente: 4600 proceso penal contra el menor Francisco Javier Díaz Mesías. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989, artículo 349, Decreto 2737 de 1989, artículo 167; Decreto 2700 de 1991, artículos 3º, 9º, 169, 165 C. del Menor; artículo 178 C.P.C. Extracto número 000.

JURISDICCION DE FAMILIA / SOCIEDAD CONYUGAL. Corresponde a la jurisdicción de familia el conocimiento de los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio, vale decir, los relativos a capitulaciones matrimoniales, existencia de la sociedad conyugal haber y cargas de la misma, así como lo relativo a su disolución y partición los gananciales. Lo que se tiene a la vista es un conflicto de orden patrimonial, surgido como consecuencia de la disolución de una sociedad conyugal, es decir, un conflicto de orden económico que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 5º parágrafo 1º, numeral 12 del Decreto 2272 de 1989 corresponde conocer a la jurisdicción de familia. Auto-256 del 93-09-15 - Corresponde al Juzgado 10 de Familia - Juzgado 10 de Familia y 2ª Civil Circuito Bogotá - Alvaro Ladino Arévalo contra María del Carmen Ladino de Ladino. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: artículo 5º, parágrafo 1º, numeral 12, Decreto 2272 de 1989; Título XXX C.P.C. Extracto número 000.

NULIDAD PROCESAL - Causales. La enumeración de las causales de nulidad previstas en el artículo 140 del C. de P. C., es taxativa y no admite comparaciones con motivos o vicios diferentes. 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, se impone. Auto-260 del 93-09-15 - Rechaza de plano la nulidad - Expediente: 4294. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas* (solo). Fuente formal: artículo 140 del C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION FAMILIA. Remitirse: Auto número 261 del 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-263 del 93-09-15 - Juzgado Promiscuo de Familia Distrito Judicial Pasto competente - Juzgado Promiscuo de Familia Distrito Judicial Pasto Jhony Andrés Lasso Rojas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido Auto 13 de mayo de 1992. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989; artículo 167, Decreto 2737 de 1989, artículos 29, 30, 163, 182. Código del Menor, 178 Código del Menor. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION FAMILIA. Remitirse: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-266 del 93-09-15 - Abstenerse tramitar aparente conflicto - Juzgado Promiscuo Familia Pasto - Coord. Fisc. Espzadas - Liliana Elizabeth Madroñero Burbano, Hugo Hernán Madroñero y Joun Mena Erazo contra. Igual sentido: Auto 13 de mayo de 1992 N.P. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989: artículos 167, 163, 29, 30, 182, 178, Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remitirse: Auto número 261 de 15 de septiembre de 19893, expediente: 4600. Auto-267 del 93-09-15 - Envíese la actuación Juzgado Promiscuo Familia Pasto - Juzgado Promiscuo Familia Pasto Unidades Fiscales - José Manuel Tumal Bolina. Igual sentido: Auto 13 de mayo de 1992. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989; artículos 167, 163, 29, 30, 182, 178, Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA / COMPETENCIA. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para conocer de los conflictos de jurisdicción. El juicio versa efectivamente sobre derechos sucesorales, cuyo conocimiento, competente a la jurisdicción de familia. Auto-264 del 93-09-15 - Juzgado 15 de Familia Santafé de Bogotá competente - Juzgado 23 Civil Circuito 15 de Familia Santafé de Bogotá - Guillermo Agudelo y otros contra Humberto Agudelo y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto 30 de junio de 1993, conflicto de jurisdicción en procesos de Raúl Pulgarín Grajales contra Roberto Emilio Pérez Castaño. Fuente formal: numeral 12, artículo 5°, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

SUPLICA / CASACION - Justiprecio / CASACION - Deserción. Mediante el artículo 370 del C.P.C., antes de ser modificado por el Decreto 2282 de 1989 se extendía la drástica sanción prevista en el artículo 388 *ejusdem*, a la omisión, de pagar oportunamente los honorarios del auxiliar que justipreciara el interés para recurrir del casacionista. Sin embargo, la norma actualmente vigente contempla tal sanción. La deserción del recurso deviene únicamente de la imposibilidad de practicar el esperticio por culpa del recurrente. Auto-259 del 93-09-15 - La actuación propia del recurso de casación - Tribunal Superior Distrito Judicial Santafé de Bogotá - Compañía Agropecuaria de la Victoria S. A., contra María Isabel Bohórquez. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículos 370, 388 C.P.C. Extracto número 000.

CASACION - Cumplimiento Sentencia Recurrida / SENTENCIA DECLARATIVA. El efecto no suspensivo del recurso de casación es la regla general; la ejecución provisional de la sentencia es lo común, no la excepción y debe ser dispuesta de oficio, tal como se lee en el artículo 371 del C.P.C., al determinar que el tribunal, en el auto que conceda el recurso, ordenará que el recurrente suministre lo necesario para la expedición de las copias pertinentes, y si no lo hace y el recurrente las considera necesarias, éste deberá solicitar su expedición. Régimen de excepción que consagra el citado artículo, en tratándose de sentencia recurrida que verse exclusivamente sobre el estado civil de las

personas o cuando sea ella meramente declarativa. Finalidad de esta última. Auto-268 del 93-09-16 - Reconócese al doctor Carlos Fradique apoderado - Tribunal Superior Distrito Judicial Neiva - Katherin Johana Charry contra Luis Burbano Olaya Sosa. Igual sentido: Auto 22 de octubre de 1990, Auto 24 de enero 1980. Fuente formal: artículo 371 C.P.C. Extracto número 000.

CASACION - Cumplimiento Sentencia Recurrida / CASACION - Carga Procesal. Si la sentencia recurrida debe cumplirse, incumbe al tribunal indicar en el auto que conceda el recurso de casación las piezas procesales que deben copiarse para tal efecto. Empero, si así no acontece, esto es, si omite pronunciarse al respecto, gravita sobre el recurrente la carga procesal de solicitar su expedición so pena de que declare desierta la impugnación. Auto-298 del 93-09-20 - Inadmisible y desierto recurso de casación - Tribunal Superior Popayán - Bertha Hilda Trujillo contra Sofía Albeiro Chávez de Trujillo, en calidad de cónyuge sobreviviente de Jorge Horacio Trujillo Díaz. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículo 371, incisos 4° y 5° C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE CASACION / CASACION - Deserción. La parte recurrente no presentó dentro de término legal del traslado la demanda respectiva y como consecuencia, se declara desierto el recurso de casación. Auto-272 del 93-09-20 - Declaró desierto el recurso - Tribunal Superior de Bucaramanga - Alberto José Martínez Fernández y otros contra Elizabeth Martínez Olarte y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: artículo 372, inciso 3° C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION FAMILIA. Remítase: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-270 del 93-09-20 - Avócase la actuación Juzgado Promiscuo Familia Pasto - Juzgado Promiscuo del Distrito Judicial Pasto contra Marco Alfonso Timaná y Wilson Guerrero. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Auto 13 de mayo de 1992 N.P. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989; artículos 167, 29, 30, 163, 182, 178, Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remítase: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993, expediente: 4600. Auto-271 del 93-09-20 - Se abstiene y envía al Juzgado Promiscuo de Familia - Fiscalía y Juzgado Promiscuo de Familia de Pasto - Expediente: 4616 presunta infracción de hurto contra el menor Carlos William Carvajal. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Auto de mayo 13 de 1992 N.P. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989; artículos 167, 163, 29, 30, 182, 178, Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remítase: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-277 del 93-09-21 - Abstenerse tramitar aparente conflicto negativo - Juzgado Promiscuo Familia Pasto - Coord. Unidades Especiales - Presunto delito de hurto agravado, implicados los menores: Jairo Edmundo Noguera y Sandro Arias Achicanoy. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remitirse: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-276 del 93-09-21 Se abstiene y envía al Juzgado Promiscuo de Familia - Juzgado Promiscuo de Familia - Fiscalía de Pasto - Expediente: 4626 presunto delito de hurto agravado de los menores Jairo Edmundo Nogueira y Sandro Arias Achicanoy. Extracto número 000.

COMISION / INVESTIGACION DISCIPLINARIA. Se encuentra necesario insistir en la comisión que alude el despacho comisorio, con la advertencia de que el término para ello es de quince (15) días. Se ordena expedir por secretaría copias con objeto de investigación disciplinaria al órgano investigador competente. Auto-274 del 93 09-21 Ordena investigación. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remitirse. Auto número 261 del 15 de septiembre de 1993. expediente: 4600. Auto 275 del 93-09-21 Se abstiene y envía al Juzgado Promiscuo de Familia - Juzgado Promiscuo de Familia - Fiscalía de Pasto Expediente: 4622 posibles delitos en que se vio implicado el menor Francisco Javier Romero Daza. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remitirse: Auto número 261 del 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-276 del 93-09-21 - Se abstiene y envía al Juzgado Promiscuo de Familia - Juzgado Promiscuo de Familia - Fiscalía de Pasto Expediente: 4626 presunto delito de hurto agravado de los menores Jairo Edmundo Nogueira y Sandro Arias Achicanoy. Extracto número 000.

REVISION / PRUEBA. Queda abierta la causa a pruebas por el término legal y en consecuencia se decretan pruebas. Sentencia-278 del 93-09-22 - Decreta pruebas - Expediente: 4327. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Puede formar: artículo 383 C.P.C. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION / CASACION - Cargos. En el recurso extraordinario, cada uno de los cargos debe ser autónomo, es decir, debe estar completo en su exposición de la manera que su cuerpo reúna la totalidad de los requisitos que debe llenar todo ataque en casación. Por ello la Corte, repetidamente, ha desechado el estudio de los que sólo podrían ser despachados buscando en otros cargos partes fundamentales no expresadas en aquellos. Sentencia-131 de 93-09-22 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Siegfried Kosuchowski y otra contra Tejidos Coral Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido CXXXVIII, página 186. Extracto número 000.

CASACION - Carga Procesal / EXPEDIENTE / OFICINA POSTAL. Los diez días de término que otorga el artículo 132 del C.P.C., pago el pago de portes, vencieron sin que los recurrentes cumplieran con esa carga, omisión ante la cual el jefe de correos estaba en el deber de devolver la actuación al tribunal para que éste tomara las medidas pertinentes. Auto-279 del 93 09-22 - Inadmite recurso de casación - Tribunal Superior de Medellín - Alvaro

Francisco Echeverri Restrepo y Jorge Enrique Soto Lotero contra Centro de Investigaciones Médicas de Antioquia -CIMA-. Fuente formal: artículo 132 C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remitirse: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-286 del 93-09-23 - Abstenerse tramitar aparente conflicto Fiscalía General de la Nación -Dir. N. Fis. - Asunto penal contra el menor Elvio Villar Salas. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remitirse: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-285 del 93-09-23 - Se abstiene y envía al Juzgado Promiscuo de Familia - Juzgado Promiscuo de Familia y Fiscalía de Pasto - Expediente: 4627. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero* Sierra. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO ESPECIAL / JURISDICCION DE FAMILIA. El legislador con el evidente propósito de dar cumplido desarrollo a la efectiva protección del menor, estableció un fuero territorial especial (el juez del domicilio del menor demandante), como quiera que se apartó del conocidísimo principio según el cual el demandado no puede ser convocado a juicio sino ante el juez de su domicilio. Auto-287 del 93-09-23 - Juzgado 21 Familia Santafé de Bogotá competente - Juzgado Proiscuo Municipal. Pandi - 21 Familia Santafé de Bogotá - María Bernardita Infante Rey en representación de los menores Mario Joseph y Angela Lorena Infante contra Mario Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículo 8º, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remitirse: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-281 del 93-09-23 - Se abstiene de tramitar el conflicto - Juzgado Promiscuo de Familia y Fiscalía Epzada. - Menor sindicado Segundo E. Martínez Jurado. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Extracto número 000.

JURISDICCION DE FAMILIA / MATRIMONIO. Cuando la pretensión deducida en una demanda plantea una controversia atinente a un derecho subjetivo del actor frente al régimen económico del matrimonio, es ese interés jurídico específico pretendido el llamado a fijar en la jurisdicción de familia el conocimiento y trámite del asunto, pues no es la causa ni el objeto pretendido quien tiene la virtud de determinarlo así. Auto-282 del 93-09-23 - Juzgado 5ª de Familia Bogotá competente - Juzgado 6º Civil Circuito y 5º de Familia Bogotá - Frank Paba Hoyos contra Beatriz Serje de Paba. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: artículo 5º, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / SIMULACION / DERECHO SUCESORAL / JURISDICCION DE FAMILIA. En la demanda con que se pretende iniciar el proceso de simulación, el actor ejerce no sólo una típica acción de heredero, calidad en la que indiscutiblemente actúa, sino que procura obtener mediante

la declaración de simulación deprecada, el reintegro de la masa herencial, correspondiente a la sucesión del causante, del mismo modo que la protección particular de su derecho sucesoral lesionado precisamente por el acto simulatorio, que el actor estima restablecido en la medida en que revierta a él su cuota hereditaria. No es la causa ni el objeto pretendido lo que permite definitar si la controversia es familiar o no. Auto-284 del 93-09-23 - Juzgado 5º Promiscuo de Familia de Manizales competente - Juzgado 5º Promiscuo de Familia y 2ª Civil Circuito - Noel López Mora contra Mery o Mary López Mora. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: numeral 12, parágrafo 1º, artículo 5º, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA. Remítase: Auto número 261 de 15 de septiembre de 1993. Expediente: 4600. Auto-283 del 93-09-23 - Se abstiene y envía al Juzgado Promiscuo de Familia - Juzgado Promiscuo de Familia y Fiscalía Epzda. - Paola Verónica Rodríguez menor víctima del delito contra la libertad y el pudor sexual. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Extracto número 000.

DEMANDA DE REVISION / CAUCION. Por cuanto no se prestó caución en la oportunidad señalada, falta entonces uno de los presupuestos legales de admisibilidad del proceso de revisión, quedando así en estado de deserción el recurso interpuesto y como consecuencia se rechaza la demanda de revisión. Auto-288 del 93-09-24 - Rechaza demanda de revisión - Tribunal Superior Cundinamarca - María del Pilar Orjuela Riveros contra Pedro Pablo Pulido Orjuela. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo* Schloss (Solo). Fuente formal: artículo 383 C.P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / SOCIEDAD CONYUGAL / MATRIMONIO / JURISDICCION DE FAMILIA. Como quiera que el objeto del mencionado proceso relativo a declaraciones de propiedad, restitución y declaraciones de ineficacia de ventas (por estimarse de cosa ajena), se refieren a inmuebles que envuelven controversias sobre derechos de gananciales de la sociedad conyugal ilíquida del matrimonio y sobre los derechos hereditarios de la difunta, se trata de un asunto que se refiere al régimen económico del matrimonio y a derechos sucesorales, razón por la cual corresponde su conocimiento a la jurisdicción de familia. Auto-291 del 93-09-27 - Enviar expediente Sala de Familia Tribunal - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Andrés Melo contra María Magdalena Cárdenas de Rodríguez y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: artículo 5º, numeral 12, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

COMPETENCIA FUNCIONAL / APELACION. A diferencia de otros factores, el funcional atiende a la organización jerárquica de los despachos judiciales, y, en virtud de ello, corresponde al superior conocer de los recursos de apelación interpuestos contra providencias susceptibles del mismo dictadas por sus inferiores jerárquicos. Las Salas de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial son los superiores funcionales de los Juzgados de Familia y, por ello, a aquellas corresponde tramitar y resolver los recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas en primera instancia por éstos. Auto-

291 del 93-09-27 - Envía el expediente Sala de Familia Tribunal - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Sala Civil Familia - Andrés Melo y José Froilán Puentes Melo contra María Magdalena Cárdenas de Rodríguez y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: artículo 5°, numeral 1°, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

COMPETENCIA TERRITORIAL / NULIDAD PROCESAL / COMPETENCIA. La situación está enmarcada en la discrepancia relativa al factor territorial de competencia; y todo porque el Juzgado de Cisneros, al acometer la labor de saneamiento que le impone el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, por su propia iniciativa se consideró carente de competencia; cosa que hizo, sin caer en la cuenta de que a esa altura del proceso ya estaba proscrita cualquier discusión acerca de la competencia por el aspecto del territorio. Auto-295 del 93-09-29 - Juzgado Promiscuo Familia Cisneros continuar - Juzgado Promiscuo Familia Cisneros - T. Familia Medellín - Liliana María Chaverra Vargas contra herederos indeterminados de José Eleázar Chaverra Muñetón. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículos 101 ,148, incisos 2°, 143 num. Incisos 100, 144 numeral 3° C.P.C. Extracto número 000.

CASACION - Naturaleza. Debido al carácter eminentemente dispositivo del recurso no le es dado a la Corte completarlo, efectuando una revisión oficiosa de acervo probatorio recaudado en el proceso, para establecer la existencia de un yerro de hecho que el recurrente no demostró en su demanda de casación, pues la casación no constituye una instancia adicional, no apropiada para intentar el libre examen de la cuestión litigiosa a través de tal proceso ventilada. Sentencia-138 del 93-09-29 - No casa - Tribunal Superior Medellín - Luis Berrío Vásquez y otro contra Parroquia de Santa Ana de Sabaneta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: LXII. 467. Fuente formal: artículo 368 C.P.C. Extracto número 000.

EXEQUATUR / PROVIDENCIA JUDICIAL - Ejecutoria. Se desconoce si el fenómeno de la ejecutoria ha tenido ocurrencia o no, incógnita que pide despejar previamente la ley para la admisión de la demanda. Auto-292 del 93-09-29 - Rechaza demanda exequatur - División Corte de Asuntos Familiares. EE.UU. - Gloria María Arboleda Olave contra Jacob Astudillo Hernández. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). Fuente formal: artículos 695, 85 C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE REVISION. La demanda de revisión se declarará inadmisible cuando no vaya dirigida contra todas las personas que deben intervenir en el recurso; siendo esas personas, las que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia objeto de revisión. Auto 293 del 93-09-29 - Inadmisible demanda de revisión - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - José del Carmen Cruz C., contra Damián Rodríguez y la sucesión de Eufrasio Cruz Ventura. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). Fuente formal: artículos 383, incisos 3°, 382 C.P.C. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION / ERROR DE HECHO. La demostración del error de hecho denunciado y su influencia en la decisión, además de constituir un requisito forma. de la demanda, es una regla de técnica que impone la naturaleza misma del recurso de casación, pues por tratarse de una violación medio, el recurrente que acusa la sentencia de instancia por infracción indirecta de la ley, debe comenzar por demostrar que frente a determinadas pruebas el juzgador no las apreció, o las apreció erróneamente; y que esta falsa apreciación incidió en el desconocimiento de los derechos que la consagra la norma sustancial que denuncia como transgredida con el fallo que combate. Sentencia-138 del 93 09-29 - No casa - Tribunal Superior Medellín. - Luis Berrío Vásquez y otro contra Parroquia de Santa Ana de Sabaneta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Gaceta Judicial LXXVII, 119. Fuente formal: artículos 368-1, 374 C.P.C. Extracto número 000.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. - Vía Indirecta. Cuando se acuse la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, es preciso que el ataque se inicie indicando la falla que se endilga al sentenciador en la apreciación de determinada prueba; que se continúe luego demostrando con claridad y precisión la existencia del yerro denunciado; que se indique la norma sustancial que se infringió; y finalmente, que se demuestre la incidencia del error en la parte resolutiva de la sentencia. Sentencia 138 del 93-09-29 No casa Tribunal Superior Medellín - Luis Berrío Vásquez y otro contra Parroquia de Santa Ana de Sabaneta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículo 368 C.P.C. Extracto número 000.

QUEJA / CASACION Procedencia / PROVIDENCIA JUDICIAL. Finalidad del recurso de queja. El recurso extraordinario de casación sólo procede contra las sentencias proferidas en los procesos enumerados en el art. 366 del C.P.C., de modo que fuera de éstas, las demás providencias que bajo la forma de autos se pronuncien, aun cuando le pongan fin al proceso anormalmente, carecen de tal recurso. Cuáles providencias son sentencias y cuáles son autos. 93-09-29 - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Fanny Navarro González contra Germán Antonio Gamboa Bernal Bien denegado recurso de casación. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: art. 377, 366, 302 C.P.C. Igual sentido: CLXXVI, pág., 103; CLXXIV, pág. 322; auto 16 de octubre de 1986, CLXXX, pág. 323.

INTERES PARA RECURRIR / CONSULTA / APELACION. El interés para recurrir una providencia se refiere a que quien la impugna resulte agraviado con la misma, sino se presenta tal agravio, no es viable el recurso. / En el proceso civil sólo la consulta que no es recurso sino un grado de competencia funcional, determina que una sentencia sea de oficio examinada por un superior. Interés del recurrente en tratándose de los recursos de apelación, en la apelación adhesiva, casación y revisión. / Uno de los requisitos esenciales en el recurso de apelación es el del interés para recurrir, lo que significa que, siendo éste inexistente no es procedente la impugnación. 93-09-29 - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Fanny Navarro González contra Germán Antonio Gamboa Bernal - Bien denegado recurso de casación.. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo*

García Sarmiento. Fuente formal: art. 350, 353, 382 C.P.C. Igual sentido: Sentencia 11 de enero de 1991 N.P.

AUTO ILEGAL. Los autos pronunciados con quebranto de las normas legales no tienen fuerza de sentencia, ni virtud para constreñir a asumir una competencia que se carece cometiendo un nuevo error. 93-09-29 - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Fanny Navarro González contra Germán Antonio Gamboa Bernal - Bien denegado recurso de casación. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: auto 042 del 18 de abril de 1992.

EXCEPCION / EXCEPCION DE MERITO. Cuando el demandado dice excepcionar, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo ninguna excepción, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto. Deber del juzgador en tratándose de excepciones que no pueden declararse de oficio. Los hechos que, configurando la excepción, al encontrarse probados dentro del proceso, son los que determinan el deber del juez de declarar ésta de oficio. 93-09-29 - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - Sofía Roselli vda. de Román contra Luis Carlos Ayala o Franco Ayala, representado por Susana Ayala de Villamil - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Fuente formal: art. 306 C.P.C. Igual sentido: LXXX, 715; CXXX, 19.

PRESCRIPCION / EXCEPCION - Denominación. Razón de ser para que el juez no le sea permisible declarar de oficio la prescripción. / Puede el excepcionante equivocar la denominación jurídica de la excepción, sin que semejante proceder le acarree ninguna consecuencia. Mas, si, por el contrario, desacierta en el trazado fáctico de la excepción, reseñándole de manera imprecisa o incompleta, el asunto asume un cariz por completo diferente, por más que la calificación jurídica esté bien presentada. 93-09-29 - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - Sofía Roselli vda. de Román contra Luis Carlos Ayala o Franco Ayala, representado por Susana Ayala de Villamil - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Fuente formal: art. 2513, 2514 C.C.; 306 C.P.C. Igual sentido: Sentencia 14 de diciembre de 1992; sentencia 11 de mayo 1981; XXXVI, 460, No. 1949, 524.

ACCION REIVINDICATORIA - Títulos. Cuando el título abarca forzosamente la comparación entre los dos títulos, el del demandante y el del demandado, para dar prevalencia a uno de ellos, teniendo en cuenta en esa valoración el origen de los títulos, el modo como se efectuó la tradición del dominio y los demás elementos del caso que demuestran la superioridad de un título sobre otro. 93-09-29 - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - Sofía Roselli vda. de Román contra Luis Carlos Ayala o Franco Ayala, representado por Susana Ayala de Villamil - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: Cas. Civ. del 6 de mayo de 1932, XL, 48; 5 de noviembre de 1932, XL, 609; 9 de septiembre de 1944, LVII, 564; 1o. de septiembre de 1950, LXVIII, 21.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. Lo que el recurso de casación, apoyado en la causal primera, suscita es, ese examen de la sentencia impugnada, con

el fin de establecer, en función del control jurídico, si el derecho objetivo llamado a regir la especie materia de la litis fue o no observado por el juzgador. 93-09-29 - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - Sofía Roselli vda. de Román contra Luis Carlos Ayala o Franco Ayala, representado por Susana Ayala de Villamil - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal, art. 368-1 C.P.C. Igual sentido: Cas. Civ. 15 de enero de 1990.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL- Vía Indirecta. Tal quebranto tiene lugar, cuando el fallador en la estimación de la prueba incurre en error de hecho o de derecho y, a consecuencia de tal desacierto deja de aplicar al caso litigioso, la norma que verdaderamente lo regula o, le aplica, desde luego, indebidamente, la que es extraña. 93-09-29 Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - Sofía Roselli vda. de Roman contra Luis Carlos Ayala o Franco Ayala, representado por Susana Ayala de Villamil - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

ERROR DE HECHO. El error de hecho en la apreciación probatoria tiene lugar cuando el juzgador incurre en suposición de pruebas, al dar por existente en el proceso un elemento de juicio que no obra en el mismo o, en adicionar el contenido del existente, dando así por demostrado un hecho que no aparece en la controversia, o en preterición, al ignorar una prueba que ciertamente obra en el proceso o, en cercenar su genuino alcance objetivo, a consecuencia de lo cual desconoce el hecho que tal medio de convicción exterioriza que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el juzgador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente. 93-09-29 - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - Sofía Roselli vda. de Román contra Luis Carlos Ayala o Franco Ayala, representado por Susana Ayala de Villamil - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. Mientras en el de hecho atañe a la existencia de un medio de prueba, como elemento material del proceso, el de derecho se refiere a la interpretación o inaplicación de las normas legales que lo gobiernan. 93-09-29 - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - Sofía Roselli vda. de Román contra Luis Carlos Ayala o Franco Ayala, representado por Susana Ayala de Villamil - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

ACCION REIVINDICATORIA - Improcedencia. La acción reivindicatoria no puede prosperar cuando entre el propietario y el poseedor actual exista un vínculo contractual en virtud del cual el segundo haya adquirido del primero la posesión del bien objeto de restitución por cuanto la pretensión reivindicatoria excluye de suyo todos los casos en que la posesión del demandado sea de naturaleza contractual. 93-09-29 - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo Sofía Roselli vda. de Román contra Luis Carlos Ayala o Franco Ayala, representado por Susana Ayala de Villamil - No casa Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*.

JURISDICCION DE FAMILIA. Fue organizada por el Decreto 2272 del 7 de octubre de 1989, con vigencia a partir del 1o. de febrero de 1990 y entró en

funcionamiento con la remisión de los procesos de la jurisdicción civil a la de familia con autorización del respectivo tribunal superior. Entre tanto, de los procesos y actuaciones seguirán conociendo los magistrados y jueces competentes, de acuerdo con las respectivas disposiciones legales vigentes al momento de entrar a regir el presente decreto. 93-09-29 - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Blanca Cecilia Beltrán de Beltrán contra heredero y cónyuge de Luis Eduardo Moreno Vargas y otros - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Fuente formal: Decreto 2272 de 1989, art. 17 *ibidem.*

NULIDAD PROCESAL / FALTA DE JURISDICCION / INCOMPETENCIA. Puede invocarse en casación la nulidad por falta de jurisdicción y por incompetencia, en cuanto la causa de ésta no se haya saneado o sea insaneable. Aquélla constituye un vicio que por su magnitud jurídica impide el correcto establecimiento y desarrollo de la relación jurídico procesal, ya que el juez no puede traspasar las fronteras de la legalidad ni atender cuestiones que conciernen a funcionarios de otra jurisdicción. 93-09-29 - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Blanca Cecilia Beltrán de Beltrán contra heredero y cónyuge de Luis Eduardo Moreno Vargas y otros - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Fuente formal: art. 368 nu n. 5, 140 num 1 C.P.C. Igual sentido: G.J. CLXXVI, pág. 262

SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA / UNION MARITAL DE HECHO / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA. 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 conformada por relaciones de contenido eminentemente patrimonial. Conocimiento de aquélla por parte de los jueces de familia y respecto de la segunda, continúa adscrita al conocimiento de los jueces ordinarios. / 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 ámbito sustantivo como en el procesal. 93-09-29 - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Blanca Cecilia Beltrán de Beltrán contra heredero y cónyuge de Luis Eduardo Moreno Vargas y otros - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Fuente formal: Ley 54 de 1990, art. 4 *ib.*, art. 1 *ib.* Igual sentido: actos del 16 de julio, 25 de agosto, 14 y 16 de septiembre de 1992.

DEBIDO PROCESO / NULIDAD PROCESAL. La garantía constitucional del debido proceso es un imperativo judicial para asegurar ante todo el derecho de defensa que puede verse afectado en el desarrollo del proceso, por lo que el Estatuto de Procedimiento Civil prevé los mecanismos para evitar los defectos en forma preventiva para el juzgador y las partes y correctivos, como sanción de nulidad procesal. 93-09-29 - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Blanca Cecilia Beltrán de Beltrán contra heredero y cónyuge de Luis Eduardo Moreno Vargas y otros - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Fuente formal: artículo 140 C.P.C., 29 C.N.

SOCIEDAD DE HECHO - Clases / SOCIEDAD CONYUGAL. Se distinguen dos clases: a) Las que se forman en virtud de un consentimiento expreso, pero respecto de los cuales se omiten algunos requisitos, y b) las que tienen su génesis en la colaboración de dos o más personas que resulta del consentimiento implícito de las actividades realizadas en común, o sea, la sociedad creada de hecho por los hechos. / Entre los concubinos no se forma sociedad conyugal, pero sí puede constituirse en una compañía de carácter lucrativo, civil o comercial, regular o de hecho y celebrarse toda clase de contratos. 93-09-29 - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Blanca Cecilia Beltrán de Beltrán contra herederos y cónyuge de Luis Eduardo Moreno Vargas y otros - No casa - Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Cas. Civ. 5 de noviembre de 1960.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / CONSERVACION DE LA COMPETENCIA. El propósito de la ley no ha sido someter la competencia territorial a la influencia de factores que la hagan cambiante o fácilmente alterable, pues su propósito ha sido contrariamente y por regla general el que sea inmodificable, de manera que una vez fijada, ella puede por fuera del influjo de las variantes circunstancias que la determinaron. Auto-300 del 93-10-04 Juzgado Promiscuo Familia Neiva, competente - Juzgado Promiscuo Familia Neiva 1ª Promiscuo Familia Cartago - Myriam Consuelo Díaz Sandoval en representación de Jorge Guaca Díaz contra Jorge Guaca Peña. Magistrado Ponente: doctor: *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: artículo 21 C.P.C. Extracto número 008.

INTERRUPCION PROCESAL. Enfermedad grave. La interrupción del proceso no se produce cuando el apoderado padece una enfermedad de cualquier tipo, sino un quebranto de salud de tal magnitud que constituya por sí mismo una imposibilidad real de atender como se debe sus deberes profesionales, como mandatario judicial en un proceso determinado. Auto-299 del 93-10-06 - Manifiesto acto suplicado - Tribunal Superior Cali - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra Municipio de Cali. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: artículo 168 C.P.C. Extracto número 009.

CASACION - Cumplimiento Sentencia Recurrida / CASACION - Carga Procesal. Los fallos recurridos en casación son susceptibles de cumplimiento, salvedad hecha de aquellos que versen exclusivamente sobre el estado civil de las personas, de los que hayan sido recurridos por todos los legitimados para hacerlo o cuando sean ellos expresión de decisiones meramente declarativas. En el presente caso, el tribunal ha debido ordenar las copias para que con ellas se cumpliera la sentencia; al no hacerlo y tratarse de la impugnación contra una sentencia que requería cumplimiento, el casacionista no puede exonerarse de la carga vista con sólo pretextar que el tribunal no se la ordenó cumplir y debía solicitar su expedición, suministrando los emolumentos indispensables. Auto-306 del 93-10-06 Inadmisible y desierto recurso de casación - Tribunal Superior Popayán - María Leonor Rivera en representación de Karen Alejandra Rivera contra Campo León Rivera Estrella. Igual sentido: Auto 23 de

octubre de 1990. Fuente formal: artículo 371 C.P.C., artículo 371-4 *ibidem*; Decreto-ley 2282 de 1989, ordinal 186, artículo 1°. Extracto número 000.

FALTA DE JURISDICCION / JURISDICCION DE FAMILIA / DERECHO SUCESORAL / SUJETO PROCESAL / TERCERO. La carencia de jurisdicción no solamente priva de la facultad para proferir sentencia sino también para adelantar el trámite respectivo. La órbita de competencia que encierra el numeral 12 del artículo 5° del Decreto 2272 de 1989, tiene como supuesto ineludible el de que el pleito plantee controversia en torno a los derechos sucesorales, lo que ciertamente no se genera cuando el actor no toca propiamente ese aspecto, porque se presenta al juicio como tercero, no rozando así para nada el aspecto hereditario. Auto-309 del 93-10-07 - Se abstiene decidir aparente conflicto - (Juzgado 25 Civil Circuito - 4ª Familia) Santafé de Bogotá - Alfonso Díaz Gamboa contra María Laverde de Román. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989, artículo 5ª, numeral 12. Extracto número 000.

COMPETENCIA TERRITORIAL / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. La competencia por el factor territorial en los procesos de investigación de la paternidad extramatrimonia , en los cuales el menor sea demandante, corresponde al juez de su domicilio -Decreto 2272 de 1989, artículo 8ª-, norma ésta que tiene por objeto la protección de los menores. Una vez que ha sido trabada la relación jurídico-procesal y superada la etapa de la *litis contestatio*, el juzgado en el cual se encuentra radicado el proceso, ha de continuar conociendo de él sin que la competencia pueda variar por el cambio de domicilio de cualquiera de las partes, pues ello resulta contrario al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. Auto-307 del 93-10-07 - Juzgado Unico Promiscuo Familia Plata (Huila) competente - Juzgado Unico Promiscuo Familia Plata-2ª Familia Santafé de Bogotá - Gladys Sofía Gómez Valderrama en representación de su hija menor Andrea Melisa del Pilar Gómez contra Carlos Mauricio Caicedo Monroy. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989, artículo 8ª. Extracto número 000.

PRUEBA - Valoración. El fallador goza de discreta autonomía para apreciar la prueba que ante esta discrecional facultad de apreciación, no corresponde a la Corte pronunciar nuevas o distintas conclusiones, sino cuando la estimación del sentenciador de instancia resulta evidentemente contraria a la naturaleza y realidad misma de los hechos que las pruebas demuestran; y que el impugnante puede tener un criterio de apreciación distinto del aplicado por el Tribunal, pero mientras éste no degenere ostensiblemente en arbitrariedad, no puede casarse el fallo para proferir otro diferente, simplemente porque aquél, al ensayar un análisis más sutil y más severo de la prueba, no está de acuerdo con el modo como el juez aprecia los hechos. Sentencia-152 del 93-10-13 - No casa - Tribunal Superior Antioquia - Alfonso Pérez Vélez y Aníbal Aristizábal Hoyos contra herederos determinados e indeterminados de Manuel Castro Zapata. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: CLXVI, 592. Extracto número 000.

CASACION - Objeto. El recurso de casación no tiene por objeto como si tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o 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. Sentencia-152 del 93-10-13 - No casa Tribunal Superior Antioquia - Alfonso Pérez Vélez y Aníbal Aristizábal Hoyos contra herederos determinados e indeterminados de Manuel Castro Zapata Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: LXII, 467. Fuente formal: artículo 368 C.P.C. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION / PRINCIPIO DISPOSITIVO. El censor debe expresar en forma concreta los desaciertos que se le achacan a la sentencia, sin ambigüedad alguna, de tal suerte que no quede duda sobre la identificación de la falencia que denuncia, y para que ella, y nada más que ella, por supuesto que así lo reclama el principio dispositivo que informa el recurso de casación pueda aplicarse la Corte. Auto-317 del 93-10-14 - Admite demanda parcialmente - Tribunal Superior Armenia Jaime García Carmona contra Hernando Pemperthy Saavedra. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículo 374, numeral 3º C.P.C. Extracto número 000.

EXEQUATUR. Se admite demanda de exequatur. Auto-318 del 93-10-14 . Se admite demanda de exequatur - Estado Táchira-República Venezuela - Jaime Rojas contra Virginia Matamoros Beltrago. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: artículo 695 C.P.C. Extracto número 000.

ERROR DE HECHO. La impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o 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, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba. Sentencia-155 del 93-10-15- No casa - Tribunal Superior Buga - Nercy Torres contra cónyuge sobreviviente y herederos de Raúl Triana Rengifo. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: LXXXVIII, 176; CXLIII, 72; CVII, 289; CXLIII, 73 y 74. Fuente formal: artículo 368-1 C.P.C. Extracto número 000.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta / TECNICA DE CASACION. Cuando se plantee esta forma de violación, conocida jurisprudencialmente como la vía indirecta, de rigor es que el recurrente precise cuál es la deficiencia probatoria que en concreto denuncia; indicará entonces cuál o cuáles son los medios probatorios en que tal cosa incidió y puntualizará si se causó por error de hecho o de derecho, para proceder, así mismo, a ajustar la

demanda a las exigencias formales del caso. Con el agregado de que si es de derecho, debe señalar, además, las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas y explanar en qué consiste esa infracción. Auto-320 del 93-10-20 - Declara desierto recurso de casación - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Bertha Parada de Zambrano contra José Ignacio Zambrano y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículos 368, numeral 1º, 374 C.P.C. Extracto número 000.

IMPEDIMENTO / ESTABLECIMIENTO DE CREDITO / SOCIEDAD ANONIMA. La causal de impedimento consistente en que el juez o magistrado es acreedor o deudor de alguna de las partes salvo cuando se trate de personas de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima: excepciones que se explican por cuanto la naturaleza de estas entidades, su finalidad y la prestación de su servicio a la comunidad en general, no permiten suponer interés del juez o magistrado por la circunstancia de estar involucrado con ellas en la condición de acreedor o deudor. La Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria es un establecimiento de crédito y la Compañía de Seguros Colpatria S. A., con quien se podría presentar hipotéticamente la causal, es sociedad anónima. Auto-321 del 93-10-21 - No acepta impedimento manifestado. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: artículo 150, numeral 10 C.P.C. Extracto número 000.

CASACION. Ataque todos los Fundamentos y Pruebas. No sólo es deber del recurrente demostrar la necesidad jurídica de remover en su integridad los pilares en que se fundamenta la sentencia, sino que frente a cada uno de ellos, debe asimismo controvertir la totalidad de las pruebas civiles que el *ad quem* dio por acreditados los hechos relevantes, pues si alguna de ellas no se atacaría y por sí mismas presta base sólida a la resolución, esta quedará en pie y el fallo no puede infirmarse en sede de casación. Sentencia-156 del 93-11-23 - No casa - Tribunal Superior Bogotá - Fernando Díaz Pérez contra Banco Industrial Colombiano, sucursal "Antiguo Country" de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CXLIII, página 146. Extracto número 000.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. El error de derecho relevante en casación se configura cuando, a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, se equivoca el sentenciador en la tarea de definir su eficacia demostrativa, o en sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o bien negándoles el que ella asigna, al paso que el error de hecho en la apreciación probatoria tiene lugar cuando el juzgador incurre en suposición de pruebas, al dar por obrante una que no lo está o adicionar el contenido de una existente, o en preterición de prueba al ignorar una que obre en el proceso o cercenar su genuino alcance objetivo. Sentencia-156 del 93-10-22 - No casa - Tribunal Superior Bogotá - Fernando Díaz Pérez contra Banco Industrial Colombiano, Sucursal "Antiguo Country" de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Casación Civil 8 de junio de 1978. Extracto número 193.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. En el terreno propio de la causal primera de casación, debe ser dicho recurso una crítica precisa y concluyente frente a los argumentos de la sentencia pues la Corte tiene circunscrito su radio de acción a los límites señalados por la demanda, dado que no puede entrar oficiosamente en la consideración de cuestiones que no se le hayan planteado concretamente, aspecto éste que marca ostensiblemente diferencia entre las funciones de los juzgadores de apelación y las que competen al tribunal de casación, toda vez que aquel os tienen atribuciones amplias para examinar las cuestiones de hecho y de derecho, en tanto que las de la Corte en casación están estringidas a examinar las causales invocadas de los términos de cada una de ellas, y siempre que la demanda llene la forma que prescribe la ley. Sentencia-156 del 93-10-22 - No casa - Tribunal Superior Bogotá - Fernando Díaz Pérez contra Banco Industrial Colombia es. sucursal "Antiguo Country" de Bogotá - Magistrado Ponente, doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CII, página 131; Casación Civil 10 de septiembre de 1991. Extracto número 600

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía indirecta / TECNICA DE CASACION. Cuando se opta por la forma de violación conocida jurisprudencialmente como la vía indirecta, de rigor es que el recurrente precise cuál es la deficiencia probatoria que en concreto denuncia e indique entonces cuál o cuáles son los medios probatorios en que la misma incidió y puntualizará si se cause por error de hecho o de derecho, para proceder así mismo a ajustar la demanda a las exigencias formales del caso. Con el agregado de que si es de derecho debe señalar además las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas y explanar en qué consiste la infracción. Auto 326 del 93-10-28 - Admite demanda parcialmente - Tribunal Superior Valledupar - Dimas Sampayo Noguera Noguera contra Tomás José, Tulio Elías, Augusto Eliseo, Alba Josefina y Anny Patricia Sampayo Noguera. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: artículos 368, 374 C.P.C. Extracto número 600.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía indirecta / ERROR DE HECHO. El impugnador, con miras a dejar sentada la presencia del yerro fáctico, tiene que confrontar lo expuesto en el fallo con lo representado por la prueba, a fin de que de esa confrontación brote el desacierto del sentenciador de manera clara y evidente. Cuando el error denunciado no lo sea por preterición total de la prueba, sino por adición o cercenamiento de la misma, se ha de señalar qué es lo que ella dice en realidad, para indicar a continuación qué fue lo que vio el Tribunal. Enseguida se debe concretar la disparidad entre el tenor de la prueba y la estimación cumplida por el sentenciador, punto en el cual la patentización del yerro representa el componente definidor de la misma. Si un hecho admite dos o más interpretaciones que no pugnen con la evidencia, la circunstancia de que el Tribunal elija la que en el sentir del recurrente y aún en el de la Corte, no sea más atendible, no sería constitutiva de error de hecho evidente. Sentencia-162 del 93-11-04 - No casa - Tribunal Superior Neiva - Miguel Angel Gutiérrez y Carmen Ortiz contra herederos indeterminados de Ignacio

Antonio Sandoval Ciceri y al que concurrieran Enrique Tovar Sandoval, Amparo Trujillo de Fidalgo, Jorge Hernando Trujillo Tovar, Eduardo Trujillo Tova:, Gloria Trujillo de Blanco, Daniel Alberto Trujillo Tovar, Clemencia Trujillo Tovar y Judith Trujillo V., como herederos determinados del mismo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: CXLII, 245. Fuente formal: artículo 368, inciso 2º, numeral 1º C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE CASACION / CASACION - Deserción. Teniendo en cuenta que la parte recurrente no presentó dentro del término legal de traslado la demanda respectiva, se declara desierto el recurso de casación interpuesto. Auto-331 del 93-11-05 - Se declara desierto recurso de casación - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Margarita Calderón Calderón, en representación de la menor Camila Calderón contra Julio Ernesto Peña. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (Solo). Fuente formal: artículo 373, inciso 3º C.P.C. Extracto número 000.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. - Vía Indirecta / TECNICA DE CASACION. Con relación a la técnica de la primera de las causales de casación cuando se enfoca por la vía indirecta no puede olvidarse que en cuanto a la apreciación de las pruebas por parte del juzgador de instancia, ha de respetarse por norma la autonomía de dicho órgano jurisdiccional para formarse su propia convicción sobre la determinación probatoria del asunto debatido, pues la facultad de la Corte frente a una impugnación que utilice esta vía es por principio la de velar por la recta inteligente y la debida aplicación de las leyes sustanciales, no así la de revisar una vez más y con absoluta discreción, todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en las instancias. Sentencia-163 del 93-11-08 - No casa - Tribunal Superior Manizales - Kelly Johana Sánchez contra Juan de Jesús Molina Trujillo. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CXXX, página 63. Extracto número 000.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. - Vías Directa e Indirecta. La causal primera de casación, en la forma como la actualidad se encuentra reguladа, tiene como supuesto básico 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 hecho o de derecho atribuibles a la sentencia en la apreciación de determinadas pruebas. Sentencia-163 del 93-11-08 - No casa - Tribunal Superior Manizales - Kelly Johana Sánchez contra Juan de Jesús Molina Trujillo. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 7 de diciembre de 1990. Fuente formal: artículo 368, causal 1ª C.P.C. Extracto número 000.

ERROR DE HECHO. Para que el cargo en casación por error de hecho prospere, debe reunir los siguientes requisitos: a) El yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o hubiere ignorado la que sí existe en ellos, o adulterado la objetividad de ésta agregándole algo que le es extraño o cercenando su real contenido; b) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contrievidente, vale decir, contraria a la realidad manifestamente 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. Sentencia-163 del 93-11-08 - No casa - Tribunal Superior Manizales - Kelly Johana Sánchez contra Juan de Jesús Molina Trujillo. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Tomo CXXX, página 63; Gaceta Judicial Tomo CXLII, página 242. Fuente formal: artículo 368 1 C.P.C. Extracto número 000.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. El ejercicio de las facultades de los jueces de mérito en el terreno de las pruebas no es susceptible de control en sede de casación sino en los eventos específicos de errores de derecho o de hecho. Sentencia-166 del 93-11-10 - No casa - Tribunal Superior Tunja - Gloria Cecilia Parra contra Ana Joaquina Beltrán de Sáenz en su condición de madre de Algemiro Sáenz Beltrán (q.e.p.d.). Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CII, página 75; Gaceta Judicial Tomo CXLVII, página 52; Gaceta Judicial Tomo CXXXIX, página 130. Fuente formal: artículo 187 C.P.C. Extracto número 000.

PRUEBA / PUBLICIDAD / CONTRADICCION / DICTAMEN PERICIAL. El diligenciamiento de la prueba, está estructurado sobre unos principios básicos sin cuya observancia pierde validez. Dentro de éstos y para lo que acá interesa, son primerdiales los de publicidad y contradicción, puesto que debe permitirse a las partes conocerlas, discutirlas, analizarlas y cuestionarlas, vale decir, se les debe brindar la real posibilidad de fiscalizarlas. Siguiendo las reglas estatuidas para la contradicción de la prueba pericial, del experticio rendido debió darse el traslado por cuanto sobre él las partes pueden estar interesadas en pedir que se complemente o aclare. Auto-333 del 93-11-11 - Devolver la actuación al tribunal - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Teresa de Jesús Torres de López contra Sérvulo Rodolfo Arias Avellaneda. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: artículos 370, 238 C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE CASACION. La parte recurrente dejó transcurrir el término del traslado, sin presentar la demanda respectiva. Auto-335 de. 93-11-12 - Se declara desierto recurso de casación - Tribunal Superior Cundinamarca - Lilia Bertha Pinzón de Castaneda contra Jesús María Rodríguez Gómez y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (Solo). Fuente formal: artículo 373, inciso 3º C.P.C. Extracto número 000.

ERROR DE HECHO. En el caso *sub judice*, no se advierte yerro denunciado -de facto- ni mucho menos con las características de evidente o manifiesto que

reclama la naturaleza del recurso interpuesto. Sentencia 180 del 93-11-19 - No casa Tribunal Superior Medellín - Colombianos Distribuidores de Combustibles S. A. CODI- contra Martha Ligia Soto Correa. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

DEMANDA DE CASACION / TECNICA DE CASACION. La demanda de casación, no reúne los requisitos enunciados en el artículo 374-3, inciso segundo, del C. de P. C., esto es, que diciendo que el tribunal incurrió en error de derecho, no menciona las normas de carácter probatorio que se estimen infringidas. Auto 340 del 93-11-25 - Desierto recurso de casación - Expediente: 4635. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Extracto número 000.

EXEQUATUR / DEMANDA DE EXEQUATUR / DOCUMENTO EXTRANJERO / EMPLAZAMIENTO. La prueba documental -sentencia de disolución de matrimonio civil-, omitió cumplir con lo estatuido por el artículo 260, en cuanto a la autoridad o persona competente para realizar la traducción dado que ésta ha de provenir o del Ministerio de Relaciones Exteriores, o de un intérprete oficial o de un traductor designado por el juez, observándose que en el caso presente la persona que hizo la traducción del documento público extendido en idioma extranjero no tiene ninguna de tales cualidades, por lo menos, ello no se desprende de la documentación allegada. La demanda es adicionalmente defectuosa por cuanto en ella apenas se indicó que se desconoce el domicilio del demandado, sin señalar los otros requisitos previstos en el artículo 318 *ibidem*, para proceder a su emplazamiento. Auto 341 del 93-11-29 Rechaza demanda exequatur - Juzgado Municipal Munich -Alemania- Lucely Escobar Valencia (demandante) contra Hans Herman Schreiber. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). Fuente formal: artículos 260, 695, inciso 1º, 318 C.P.C. Extracto número 000.

DEMANDA DE REVISION / REPOSICION. En razón de que el recurso extraordinario de revisión, por su propia índole, persigue retirar del ordenamiento jurídico una sentencia ya ejecutoriada y con fuerza de cosa juzgada cuando para el efecto se demuestre la ocurrencia de una cualquiera de las causales establecidas para el efecto del artículo 380 del C. de P. C., para la interposición de este recurso, de carácter eminentemente extraordinario, el legislador, expresamente exige que ese acto procesal se realice "por medio de demanda", cuyos requisitos se indican en el artículo 382 del C.P.C., que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación han de integrarse, en cuanto corresponda, a los prescritos por el artículo 75 del mismo código, y cuya omisión acarrea la inadmisión de la demanda que de ellos adolezca, por expreso mandato del artículo 383, inciso 3º del C.P.C. Examinadas las razones expuestas por el recurrente en reposición y, cotejadas con el texto de la demanda con la cual se promovió el recurso extraordinario de revisión a que se refiere esta providencia, se encuentra que no es procedente revocar el auto admisorio de la demanda. Auto 343 del 93-12-03 - No repone auto - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Sociedades URBS Arquitector Limitada -en liquidación- y DSB Arquitectos Diego Suárez Betancourth y Cía. Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro*

Lafont Pianetta (solo). Fuente formal: artículos 380, 382, 75 C.P.C. Extracto número 000.

JURISDICCION AGRARIA / APELACION / CASACION - Procedencia / REVISION. La normatividad jurídica que creó y organizó la jurisdicción agraria - Decreto 2303 de 1989- establece el recurso ordinario de apelación y el extraordinario de casación, éste desde luego contra las sentencias que allí taxativamente enumera. Pero en ninguna de sus reglas y normas alude siquiera implícitamente al extraordinario de revisión. Auto-345 del 93-12-07 - Rechaza demanda - Tribunal Superior Cundinamarca Sildana Quintero de Sarmiento y Luis Eduardo Quintero García contra José Manuel Arango Terán y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* (solo). Igual sentido: Auto 135 del 3 de junio de 1993 N.P. Fuente formal: Decreto 2303 de 1989, artículos 50, 71 y 130; 29 y 31 Constitución Nacional. Extracto número 000.

DEMANDA DE REVISION. Se admite la demanda mediante la cual se interpone recurso extraordinario de revisión. En consecuencia, córrase traslado de esta demanda. Auto-346 del 93-12-10 - Se admite demanda de revisión - Tribunal Santafé de Bogotá - Jaime Posada Rodríguez contra Gilma Sáenz de Velasco, Felipe Velasco Sáenz y Efraín Velasco Téllez, actuando en sus propios nombres y el último, además, en nombre y representación de Constructora Doitama Ltda. Promociones Sué Ltda. Prosue y Velasco Sáenz e hijos Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Extracto número 000.

IMPEDIMENTO. Se acepta el impedimento aludido y se señala fecha y hora para el sorteo del Conjuez. Auto-348 del 93-12-12 - Acéptase el impedimento aludido - Expediente: 1001. Fuente formal: artículos 39, Decreto 2591 de 1991; 103 C.P.C. (artículo 15 de la Ley 81 de 1993), 106 C.P.P. Extracto número 000.

QUEJA. En el caso *sub judice*, el escrito sustentatorio en el que invoca las razones por las cuales solicita sea concedido el recurso de casación denegado, llegó a esta Corporación por fuera del término que expresamente señala la ley; por lo tanto ha de limitarse la Corte a declarar precluida la procedencia del recurso de queja. Auto-354 del 93-12-14 - Rechaza recurso de queja - Tribunal Superior Barranquilla - Francisco Javier Libreros Arias contra Inversiones Tarel Ltda. Fuente formal: artículos 378, numerales 7°, 107, 84 C.P.C. Extracto número 000.

COMPETENCIA FUNCIONAL / INTERROGATORIO DE PARTE. La competencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, para el conocimiento exclusivo de los asuntos a que se refiere el artículo 25 del C. de P. C., se enlistan los siguientes: Los recursos de casación y los de revisión que no estén atribuidos a los Tribunales Superiores; de queja cuando se deniegue el de casación; de *exequatur* de sentencias y laudos arbitrales proferidos en país extranjero, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados internacionales; los procesos contenciosos en que sea parte un agente diplomático acreditado ante

el gobierno de la República, en los casos previstos por el derecho internacional; los procesos de responsabilidad de que trata el artículo 40, contra los magistrados de la Corte y de los Tribunales cualquiera que fuere la naturaleza de ello, todo con arreglo a lo que sobre el particular establece el artículo 235 del ordenamiento superior. No siendo competente esta Corporación para conocer de la actuación de que se trata -solicitud de interrogatorio de parte-, forzoso es que se abstenga de conocer de la misma y disponga en cambio su remisión al funcionario competente para lo que estime pertinente. Auto-353 del 93-12-14 - Abstenerse de conocer de esta actuación. - María F. Izquierdo de Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* (solo). Fuente formal: artículos 22 C.P.C.; 235 Constitución Nacional. Extracto número 000.

ACCION DE TUTELA. Se dispone de oficio la suspensión provisional inmediata del cumplimiento del despacho comisorio, suspensión que tendrá vigencia hasta tanto se resuelva sobre el mérito de la impugnación. Auto-349 del 93-12-14 - Se dispone suspensión despacho comisorio - Tribunal Superior Cundinamarca - Expediente: 1948. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto número 000.

DECRETO DE PRUEBA. Se decretan pruebas, para cuya práctica se dispone del término de cuarenta (40) días. Auto-352 del 93-12-14 - Se decretan pruebas - Juzgado Civil Circuito Aguas (Caldas) - María Elvia Patiño Hoyos (en su condición de heredera de Antonio María Patiño Atehortúa) contra Arturo de Jesús López Rivera. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Extracto número 000

INDICE NORMATIVO

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

(Segunda Parte)

NUMERO S/A : Número de la providencia, sentencia o auto.

FECHA M/D : Mes, día.

PONENTE C : Código interno de magistrado

C	:	SALA
1	:	Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
2	:	Dr. PEDRO LAFONT PIANETTA
3	:	Dr. HECTOR MARIN NARANJO
4	:	Dr. ALBERTO OSPINA BOTERO
4.1	:	Dr. NICOLAS BECHARA SIMANCAS
5	:	Dr. EDUARDO GARCIA SARMIENTO
6	:	Dr. RAFAEL ROMERO SIERRA
s	:	Auto Unitario

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
Constitución Nacional de 1886	215	S-122	08.26	4.1
Constitución Nacional de 1991	Preámbulo	A-239	09.07	5
	2	A-239	09.07	5
	4	A 198	08.05	2
	"	A-228	08.27	0
	"	S-122	08.26	4.1
	28	A-228	08.27	0

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	29	A-280	09.23	2
	"	S-136	09.29	5
	"	A-345	12.07	5s
	"	S-168	11.11	2
	"	S-165	11.09	6
	41	A-345	12.07	5s
	42 inc. 4	S-122	08.26	4.1
	42 inc. 10	S-122	08.26	4.1
	228	A-296	09.30	3
	229	A-200	08.09	1
	"	A-243	09.08	1
	"	A-245	09.08	1
	230 inc. 2	S-197	12.06	1
	234	A-200	08.09	1
	"	A-210	08.17	5
	"	A-243	09.08	.
	"	A-245	09.08	1
	256 num. 6	A-200	08.09	1
	256 num. 6	A-243	09.08	1
	256 num. 6	A-245	09.08	1
	380	A-198	08.05	2
CODIGO CIVIL.	17	S-117	08.09	1
	76	A-244	09.08	1
	78	A-244	09.08	1
	81	A-244	09.08	1
	92	S-129	09.20	1
	"	S-154	10.15	3
	"	S-172	11.17	1
	180	S-128	09.15	6

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	248	S-154	10.15	3
	"	"		Lsv
	1771 A 1848	A 219	08.26	2
	398	S-140	10.04	4
	399	S-140	10.04	4
	403	S-144	10.07	5
	"	S-167	11.11	1
	404	S-144	10.07	5
	407	S-108	07.22	6
	653	A-239	09.07	5
	"	A-240	09.07	5
	664	A-239	09.07	5
	"	A-240	09.07	5
	665	S-147	10.12	1
	673	S-178	11.18	1
	756	S-103	07.16	4.1
	759	S-103	07.16	4.1
	762	S-106	07.21	1
	768	S-111	07.30	2
	769	S-109	07.22	5
	"	S-111	07.30	2
	775	S-106	07.21	1
	934	S-153	10.14	1
	935	S-153	10.14	1
	938	S-153	10.14	1
	946	S-147	10.12	1
	946	S-108	07.22	6
	952	S-146	10.08	1
	955	S-146	10.08	1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	957	S-146	10.08	1
	961 inc. 2	S-120	08.18	4.1
	964	S-175	11.17	3
	966	S-194	12.02	3
	966	S-109	07.22	5
	966	S-112	07.30	3
	1008	A-239	09.07	5
	"	A-240	09.07	5
	1008	S-142	10.07	3
	1009 inc. 2	S-142	10.07	3
	1009	A-239	09.07	5
		A-240	09.07	5
	1010	A-239	09.07	5
	"	A-240	09.07	5
	1011	A-239	09.07	5
	"	A-240	09.07	5
	1012	A-239	09.07	5
	"	A-240	09.07	5
	1019 inc. 3	S-142	10.07	3
	1041	S-200	12.07	6
	1041 inc. 2	S-122	08.26	4.1
	1043	S-122	08.26	4.1
	1044	S-122	08.26	4.1
	1155	S-186	11.25	4
	1242	S-175	11.17	3
	1243	A-303	10.05	0
	1274	S-175	11.17	3
	1321	S-111	07.30	2
	"	S-115	08.05	3

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	1521	S-142	10.07	3
	"	S-187	11.25	4
	1522	S-111	07.30	2
	"	S-115	08.05	3
	1523	S-111	07.30	2
	"	S-115	08.05	3
	1523	S-175	11.17	3
	1524	S-111	07.30	2
	"	S-115	08.05	3
	1525	S-111	07.30	2
	"	S-115	08.05	3
	1526	S-115	08.05	3
	1538	S-142	10.07	3
	1540	S-142	10.07	3
	1558	S-142	10.07	3
	1527	S-197	12.06	1
	1546	S-192	12.01	1
	1546 inc. 2	S-192	12.01	1
	1595	S-181	11.22	1
	1602	S-184	11.24	6
	"	S-192	12.01	1
	1607	S-134	09.27	5
	1604	S-145	10.07	6
	1608	S-181	11.22	1
	1609	S-181	11.22	1
	1612	S-181	11.22	1
	1613	S-184	11.24	6
	1614	S-184	11.24	6
	1615	S-181	11.22	1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	1616 inc. 2	S-181	11.22	1
	1625	S-192	12.01	1
	1647	A-325	10.28	4
	1740	S-142	10.07	3
	1746	S-120	08.18	4.1
	1757	S-197	12.06	1
	"	S-181	11.09	.
	1766	A-303	10.05	0
	1795	S 158	10.25	3
	1801	S-158	10 25	3
	1824	A 304	10.06	1
	1824	S-111	07 30	2
	1857	S-103	07.16	4.1
	1857 inc. 2	S-103	07.16	4.1
	1915	S-119	08.09	6
	1915	S-153	10.14	1
	1930	S-199	12.07	4
	1932	S-199	12.07	4
	1941	A-226	08.27	6
	1947	S-103	07-16	4.1
	1948 inc. 1	S-103	07.16	4.1
	1951	S 103	07 16	4.1
	1951 inc. 2	S-103	07.16	4.1
	1952	S-103	07.16	4.1
	1953	S-103	07.16	4.1
	1954	S-103	07.16	4.1
	1967	S-144	10.07	5
	1968	S-144	10.07	5
	2341	S 146	10.08	1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	"	S-189	11.25	5
	2347	S-101	07.12	4.1
	2341	S-184	11.24	6
	"	S-193	12.02	2
	2342	S-193	12.02	2
	2343	S-193	12.02	2
	2356	S-189	11.25	5
	2419	S-181	11.22	1
	2420	S-181	11.22	1
	2421	S-181	11.22	1
	2488	S-193	12.02	2
	2489	S-096	07.02	5
	2513	S-137	09.29	6
	2513	S-151	10.13	6
	2514	S-151	10.13	6
	2514	S-137	09.29	6
	2518	S-178	11.18	1
	2536	S-153	10.14	1
	2557	S-191	11.29	3
	2673	S-103	07.16	4.1
CODIGO DE COMERCIO				
	20 num. 16	S-201	12.09	4
	23	S-201	12.09	4
	25	S-201	12.09	4
	28-6	S-134	09.27	5
	110	S-134	09.27	5
	110	S-201	12.09	4
	112	S-134	09.27	5
	116	S-134	09.27	5

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	117	S-134	09.27	5
	118	S-134	09.27	5
	264	A-328	11.02	1
	323	S-134	09.27	5
	337	S-134	09.27	5
	516 num. 7	S-180	11.19	6
	709	S-177	11.17	5
	715	S-114	08.03	1
	734	S-114	08.03	1
	735	S-114	08.03	1
	736	S-114	08.03	1
	737	S-114	08.03	1
	738	S-114	08.03	1
	822	S-134	09.27	5
	876	A-325	10.28	4
	879	S-180	11.19	6
	882	S-197	12.06	1
	887	S-180	11.19	6
	897	S-174	11.17	3
	934	S-153	10.14	1
	938	S-153	10.14	1
	968	S-159	10.27	6
	975	S-159	10.27	6
	977	S 159	10.27	6
	992	S 097	07.02	6
	992 inc. 1	S 097	07.02	6
	1008	S-167	11.11	1
	1011	S-167	11.11	1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	1055	S-167	11.11	1
	1055	S-167	11.11	1
	1088	S-132	09.23	2
	1089	S-132	09.23	2
	1097	S-132	09.23	2
	1096	S-132	09.23	2
	1097	S-132	09.23	2
	1098	S-132	09.23	2
	1099	S-132	09.23	2
	1139	S-132	09.23	2
	CAPITULO II TITULO V	S-132	09.23	2
	2036	S-201	12.09	4
	2409	S-181	11.22	1
	2411	S-181	11.22	1
	2422	S-181	11.22	1
	CAPITULO II TITULO V	S-132	09.23	2
	TITULO IX LIBRO SEGUNDO	S-157	10.22	2
	CAPITULO V TITULO XIII LIBRO CUARTO	A-328	11.02	1
CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE DE 1887	677	S-132	09.23	2
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL				
	4	S-178	11.18	1
	9 num. 8	A-217	08.24	4
	16 num. 9	A-221	08.26	2
	21	A-212	08.18	5
	21	A-300	10.04	4
	22	A-215	08.23	1
	23	A-334	11.11	2

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	23	A-325	10.28	4
	23 num. 1	A-328	11.02	1
	23 num. 1	A-325	10.28	4
	23 num. 1	A-328	11.02	1
	23 num. 1	A-325	10.28	4
	23 num. 1	A-324	10.28	2
	23 num. 1	A-305	10.06	6
	23 num. 1	A-188	07.27	2
	num. 1	A-244	09.08	1
	23 num. 3	A-342	11.29	2
	23 num. 4	A-305	10.06	6
	num. 4	A-188	07.27	2
	23 num. 4	A-305	10.06	6
	23 num. 5	A-344	12.03	3
	23 num. 5	A-325	10.28	4
	23 num. 5	A-216	08.23	5
	23 num. 7 1ª parte	A-328	11.02	1
	23 num. 12	A-324	10.28	2
	23 num. 13	A-226	08.27	6
	23 num. 14	A-312	10.12	4
	23 num. 18	A-328	11.02	1
	23 num. 19	A-244	09.08	1
	24	A-215	08.23	1
	25	A-353	12.14	5s
	25	A-353	12.14	5s
	25 num. 2	A-332	11.09	0
	25 num. 3	A-350	12.14	2
	25 num. 3	A-347	12.13	2
	26	A-330	11.05	5

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	26 num. 2	A-337	11.17	3
	26 num. 2	A-332	11.09	0
	28	A-342	11.29	2
	28	A-219	08.26	2
	28	A-239	09.07	5
	28 inc. 1°	A-325	10.28	4
	32	A 177	07.09	0
	37 num. 4°	A-176	07.09	1
	37 num. 3°	S-170	11.12	5
	40	A 353	12.14	5s
	52	S-157	10.22	2
	52 inc. 4°	A-308	10.07	2
	58	S-170	11.12	5
	60 inc. 3°	A-269	09.20	1s
	71 num. 4°	S-178	11-18	1
	75	A-343	12.03	2s
	75	S-140	10.04	4
	75	S-154	10.15	1sv
	75	S-199	12.07	4
	75 num. 2°	S-178	11.18	1
	75 num. 5°	S-141	10.04	4
	75 num. 6°	S-141	10.04	4
	75 num. 6°	S-154	10.15	1sv
	75 num. 7°	S-141	10.04	4
	75 num. 11	S-178	11.18	1
	75	S-103	07.16	4.1
	76	S-146	10.08	1
	76	S-154	10.15	1sv
	77	S-140	10.04	4

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	77	S 154	10.15	
	81	S-144	10.07	5
	81	S-168	11.11	2
	82	S-154	10.15	3
	82	S-154	10.15	1sv
	82	S-100	07.12	2
	84	A-354	12.14	0
	85	A-341	11.29	4s
	85	A-330	11-05	5
	85	S-154	10.15	1sv
	87	A-346	12.11	6s
	99-8	A-212	08.18	5
	100	A-215	08 23	1
	107	A-258	09.15	3
	107	A-354	12.14	0
	107	S-178	11.18	1
	115	A-229	09.01	1s
	118	S-193	12.02	2
	121	A-316	10.14	4
	132	A-279	09.22	6
	132	A-316	10.14	4
	137	A-204	08.11	1s
	140	A 260	09.15	4s
	140	S-100	07.12	2
	140	S-108	07.22	6
	140	S-136	09.29	5
	140	A-350	12.14	2
	140	S-193	12.02	2
	140	S 193	12.02	2

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	140	S-196	12.03	4
	140	S-174	11.17	3
	140 num. 1ª	A-330	11.05	5
	140-1	S-136	09.29	5
	140 num. 3ª	S-142	10.07	3
	140 num. 4ª	S-121	08.25	4.1
	140 num. 5ª	A-203	08.10	2
	140 num. 5ª	A-252	09.10	1s
	140 num. 5ª	S-108	07.22	6
	140 num. 5ª	A-339	11.24	5s
	140 num. 6ª	A-339	11.24	5s
	140 num. 6ª	S-198	12.06	3
	140 num. 7ª	A-339	11.24	5s
	140 num. 7ª	S-167	11.11	1
	140 num. 8ª	S-178	11.18	1
	140 num. 8ª	A-339	11.24	5s
	140 num. 8ª	S-167	11.11	1
	140 num. 8ª	A 218	08.25	1
	140 num. 8ª	S-100	07.12	2
	140 num. 8ª	S-104	07.16	6
	140 num. 9ª	S-100	07.12	2
	140 num. 9ª	A-339	11.24	5s
	140 num. 9ª	S-167	11.11	1
	140 num. 9ª	S-186	11.25	4
	140 num. 9ª	S-168	11.11	2
	141	S-193	12.02	2
	141	S-100	07.12	2
	141	S-193	12.02	2
	142	S-193	12.02	2

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	142	A-350	12.14	2
	142	S-174	11.17	3
	142	A-203	08.10	2
	142	S-100	07.12	2
	142, inc. 2ª	A-232	09.02	2
	142, inc. 2ª	A-252	09.16	ls
	142 num. 3ª	S-168	11.11	2
	142	A-203	08.10	2
	142	A-212	08.18	5
	143	A-215	08.23	1
	143	A-252	09.10	1s
	143	S-100	07.12	2
	143	S-100	07.12	2
	143 inc. Pen.	A-231	09.02	2
	144	A-215	08.23	1
	144	A-252	09.10	1s
	144	S-100	07.12	2
	144	S-100	07.12	2
	144	A-330	11.05	5
	144	S-167	11.11	1
	144	S-193	12.09	2
	144	S-193	12.02	2
	144 num. 3°	S-108	07.22	6
	144 num. 6ª	S-196	12.03	4
	145	S-193	12.02	2
	145	S-193	12.02	2
	145	S-100	07.12	2
	146	A-330	11.05	5
	146	A-304	10.06	1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	146	S-193	12.02	2
	146	A-330	11.05	5
	146	A-304	10.06	1
	146	S-100	07.12	2
	147	S-100	07.12	2
	147	S 193	12.02	2
	148	S-193	12.02	2
	148	A 212	08.18	5
	148	A-231	09.02	2
	148	A-247	09.08	3
	150 num. 3°	A-321	10.21	3
	152 pen. Inc.	A-170	07.01	6
	152 num. 5°	S-178	11.18	1
	154	S-167	11.11	1
	155	S-167	11.11	1
	156	S-167	11.11	1
	163	A-181	07.14	1s
	163	S-189	11.25	5
	168	A-203	08.10	2
	168	A-252	09.10	1s
	168	A-350	12.14	2
	168	A-299	10.04	2
	168 num 2°	A-350	12.14	2
	168 num. 1°	S-108	07.22	6
	169	A-252	09.10	1s
	174	S-144	10.07	5
	174	S-194	12.02	3
	175	S-165	1.09	6
	176	S-135	09.28	1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	177	S-144	10.07	5
	177	S-145	10.07	6
	177	S 185	11.25	1
	177	S-194	12.02	3
	177	S-197	12.06	1
	177	S-181	11.22	1
	178	A-261	09.15	5
	179	A-176	07.09	1s
	180	A-176	07.09	1s
	180	S-140	10.04	4
	180	S-164	11.09	5
	181 inc. Final	A-177	07.09	0
	183	S-140	10.04	4
	185	S-194	12.02	3
	187	S-125	09.07	1
	187	S-170	11.12	5
	187	S 166	11.10	1
	194	S-108	07.22	6
	194	S-135	09.28	1
	195	S-108	07.22	6
	195-2	S-133	09.23	4
	197	S-108	07.22	6
	209	S-135	09.28	1
	210	S-135	09.28	1
	228	S-105	07.19	6
	228 num. 5º			
	236 num. 2º	A-350	12.14	2
	236 num. 4º	A-350	12.14	2
	236 num. 5º	A-350	12.14	2

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	238	A-233	11.11	4
	238	A-246	09.08	1
	238	S-165	11.09	6
	240	A-176	07.09	1s
	241	A-246	09.08	1
	241	S-109	07.22	5
	241	S-175	11.17	2
	243	S-240	10.04	4
	243	A-192	08.02	5s
	243 inc. 3°	A-217	08.24	4.1
	245	S-165	11.09	6
	248	S 191	11.29	3
	249	A-201	08.09	1
	238	S-165	11.09	6
	256	S-103	07.16	4
	260	A-341	11.29	4s
	300	S-191	11.29	3
	302	A-294	09.29	5
	305	S-099	07.09	1
	305	S-107	07.21	4.1
	305	S-126	09.15	3
	305	S-142	10.07	3
	305	S-146	10.08	1
	305	S-151	10.13	6
	305	S-154	10.15	3
	305	S 157	10.22	2
	305	S-190	11.29	3
	305	S-188	11.25	4
	305	S-184	11.24	6

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	305	S-197	12.06	1
	305	S-183	11.22	5
	305	S-177	11.17	5
	305	S-199	12.07	4
	305 inc. 1º	S-127	09.15	3
	306	S-142	10.07	3
	306	S-151	10.13	6
	306	S-199	12.07	4
	306	S-137	09.29	6
	306	S 137	09.29	6
	307	A-176	07.09	1s
	307	S-099	07.09	1
	307	S 191	11.09	3
	307	S-194	12.02	3
	308	S-193	12.02	2
	308	S-193	12.02	2
	309	S-177	11.17	5
	309	S-177	11.17	5
	309	A-223	08.26	4.1
	310	A-183	07.21	4
	313	A 280	09.23	2
	314	A-280	09.23	2
	315	A-280	09.23	2
	316	A-280	09.23	2
	317	A-280	09.23	2
	318	A-280	09.23	2
	318	S 104	07.16	6
	318	A-341	11.29	4s
	318	S-178	11.18	1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	318	A-318	10.14	6s
	319	S-178	11.18	1
	319	A-280	09.23	2
	319	S-104	07.16	6
	320	A 280	09.23	2
	320 num. 1°	A-280	09.23	2
	320 num. 2°	A-280	09.23	2
	321	A-280	09.23	2
	322	A 280	09.23	2
	323	A 280	09.23	2
	324	A-280	09.23	2
	325	A-280	09.23	2
	326	A-280	09.23	2
	327	A-280	09.23	2
	328	A-280	09.23	2
	329	A-280	09.23	2
	330	A 280	09.23	2
	330	S 177	11.17	5
	331	A-343	12.03	2s
	332	S-142	10.07	3
	332 inc. Final	A-230	09.02	1s
	339	S-194	12.02	3
	332	S-142	10.07	3
	340	S-173	11.17	3
	340 inc. 3°	A 338	11.19	0
	344	A-241	09.07	5
	345	A-241	09.07	5
	345	A-313	10.12	0
	348	A 192	08.02	5s

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	348	A-197	08.05	0
	350	A-294	09.29	5
	353	A-294	09.29	5
	356 inc. 3°	A-233	09.02	3
	356 inc. 4°	A-233	09.02	3
	357	A-251	09.09	3
	357	S-190	09.22	1
	357 inc. 1°	S-115	08.05	3
	357	A-350	11.05	5
	357	S-146	10.08	1
	357	S-187	11.25	4
	357 inc. 1°	S-115	08.05	3
	357	A-330	11.05	5
	357	S-146	10.08	1
	357	S-187	11.25	4
	360 ord. 5°	S-198	12.06	3
	361	S-140	10.04	4
	363	A-332	11.09	0
	363	A-322	10.21	1s
	363	A-190	07.28	2
	363	A-197	08.05	0
	363	A-205	08.11	0
	363	A-220	08.26	2
	364	A-332	11.09	0
	365	A-319	10.19	1
	365	S-166	11.10	1
	365	S-125	09.07	1
	365	S-125	09.07	1
	366	A-351	12.14	6

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	366	A-347	12.13	2
	366	A-316	10.14	4
	366 num. 1º	A-351	12.14	6
	num. 4º	A-351	12.14	6
	366	A-189	07.27	2
	366	A-205	08.11	0
	366	A 253	09.10	6
	366	A-255	09.14	5
	366	A-290	09.24	4
	366	A 294	09.29	5
	366	S-125	09.07	1
	367	A 290	09.24	4
	368	S-096	07.02	5
	368	S-108	07.22	6
	368	S-110	07.26	4
	368	S-192	12.01	1
	368	S-197	12.06	1
	368	S-183	11.22	5
	368	S-172	11.17	1
	368	S-166	11.10	1
	368	A-326	10.28	6
	368	S 152	10.13	6
	368	S-156	10.22	1
	368	A-320	10.20	6
	368	S-147	10.12	1
	368	S-150	10.13	3
	368	S-160	10.28	1
	368	S-161	10.28	3
	368-1	S-101	07.12	4.1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	368-1	S-102	07.12	4.1
	"	S-107	07.21	4.1
	"	S-108	07.22	6
	"	S-111	07.30	2
	"	S-116	08.09	4.1
	"	S-117	08.09	1
	"	S-118	08.09	3
	"	S-119	08.09	6
	"	S-125	09.07	1
	"	S-126	09.15	3
	"	S-130	09.22	1
	"	S-133	09.23	4
	"	S-134	09.27	5
	"	S-135	09.28	.
	"	S-137	09.29	6
	"	S-138	09.29	6
	" num. 1°	S-181	11.22	1
	" "	S-163	11.28	1
	" "	S-162	11.30	3
	368-1 " inc. 2°	S-125	09.07	1
	" " "	S-126	09.15	3
	368 num. 1° inc. 2°	S-144	10.07	5
	" " " "	S-149	10.12	5
	" " " "	S-154	10.15	3
	" " " "	S-189	11.25	5
	368 num. 1° inc. 2°	S-181	11.22	1
	368-2	S-107	07.21	4.1
	"	S-111	07.30	2
	"	S-126	09.15	3

NORMA JURIDICA	ARTICULO		NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	"		S-127	09.15	3
	"	num. 2	S-141	10.01	4
	"	"	S-142	10.07	3
	"	"	S-146	10.08	1
	"	"	S-151	10.13	6
	"	"	S-154	10.15	3
	"	"	S-190	11.29	3
	"	"	S-188	11.25	4
	368-5		S-136	09.29	5
	"	num. 5	S-142	10.07	3
	"	"	S-193	12.02	2
	369		A-319	10.19	1
	369		A 234	09.02	0
	"		S-125	"	"
	369	inc. 1	A-238	09.07	48
	370		A 205	08.11	0
	"		A-259	09.15	3
	"		A-350	12.14	2
	"		A-333	11.11	4
	370	inc. 1	A-185	07.21	2
	371		A-172	07.07	5
	"		A-224	08.26	0
	"		A-233	09.02	3
	"		A-268	09.16	
	371		A-316	10.14	4
	"		A-306	10.06	0
	"		A 301	10.04	0
	371	inc. 1	A-172	07.07	5
	"	inc. 4	A-306	10.06	0

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	371 inc. 4	A-249	09.08	0
	371 inc. 7	A-190	07.28	2
	372	A-182	07.21	4.1
	372	A-316	10.14	4
	373	A-335	11.12	6s
	" inc. 3	A-331	11.05	6s
	373 inc. 4	A-320	10.20	6
	373 inc. 3	A-242	09.07	6s
	373 inc. 3	A 277	09.20	6s
	" inc. 3	A-331	11.05	6s
	373 inc. 4	A-229	09.01	1s
	373 inc. 4	A 320	10.20	6
	373 inc. 6	A-169A	07.01	0
	374	A-320	10.20	6
	"	A-317	10.14	6
	"	S 147	10.17	1
	"	S-181	11.22	1
	"	S-158	10.25	3
	"	S-162	11.04	4
	374	A-173	07.08	3
	"	A-174	07.08	0
	"	A-186	07.23	3
	"	A-211	08.18	2
	"	S-105	07.19	6
	"	S-110	07.26	4.1
	"	S-118	08.09	3
	"	S-138	09.29	6
	"	S-139	09.30	1
	374 inc. 2 num. 3	A-227	08.27	6

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	" "	S-126	09.15	3
	371 num. 3	S-143	10.07	3
	" "	S-144	10.07	5
	" "	S-150	10.13	3
	" "	S-153	10.14	1
	374 num. 3 inc. 2	A-340	11.25	5
	" " "	S-155	10.15	6
	" " "	S-189	11.25	5
	" " "	A-340	11.25	5
	" " "	S-155	10.15	6
	" " "	S-189	11.25	5
	375	S-146	10.08	1
	375	S 146	10.08	1
	"	S-191	12.02	3
	375	S-164	11 09	5
	377	A-189	07.27	2
	"	A-255	09.14	5
	"	A-294	09.29	5
	377	A-350	12.14	2
	"	A-337	11.17	3
	" inc. 3	A-347	12.13	2
	378	A 354	12.14	0
	"	A-350	12.14	2
	"	A-319	10.19	2
	379	S-177	11.17	5
	380	A-343	12-03	2s
	"	S-167	11.11	1
	"	S-177	11.17	5
	380	A-230	09.02	1s

NORMA JURIDICA	ARTICULO		NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	"	num. 1	S-178	11.18	1
	"	"	A-327	10.28	0
	"	"	S 167	11.11	1
		num. 2	S 178	11.18	1
		"	S-167	11.11	1
		" 6	A-327	10.28	0
	"	"	S-185	11.25	1
	"	"	S-177	11.17	5
	"	"	S-170	11.12	5
	"	"	S-167	11.11	1
	380	num. 6	S-104	07.16	6
	380	num. 7	S-104	07.16	6
		num. 7	S-178	11.18	1
	"	"	S-168	11.11	2
	"	"	S-185	11.25	1
	"	"	S-167	11.11	1
		num. 8	S-178	11.18	1
	"	"	S-167	11.11	1
	"	"	A-327	10.28	0
	"	"	A 185	11.25	1
	"	"	S 177	11-17	5
	"	"	S-174	11.17	3
		num. 9	S-178	11.18	1
	"	"	A-327	10.28	0
	"	"	S-185	11.25	1
	380	num. 9	S-167	11.11	1
	381		A-327	10.28	0
	381		A 296	09.30	3
	382		A-294	09.29	5

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	382	A-343	12.03	2s
	382 inc. 3	A-184	07.21	4.1s
	" inc. 4	A-184	"	"
	383	A-184	"	"
	"	A-278	09.22	1s.
	"	A-288	09.24	1s
	383 inc. 1	A-179	07.12	6
	383 inc. 2	A-236	09.06	4s
	383 inc. 3	A-194	08.02	4.1s
	"	A-248	09.08	5s
	383 inc. 3	A-343	12.03	2s
	" "	A-339	11.24	5s
	383 inc. 4	A-230	09.02	1s
	384	S-185	11.25	1
	384 inc. fin.	S-177	11.17	5
	385	A-332	11.09	0
	386	A-319	10.19	1
	388	A-259	09.15	3
	392 num. 1	S-172	11.17	1
	393 num. 2	A-336	11.16	1s
	" num. 3	A-336	11.16	1s
	393 num. 3	A-175	07.08	2
	"	A-178	07.12	6
	"	A-202	08.09	4.1
	"	A-214	08.19	5
	393 num. 4	A-211	"	"
	395	A-181	07.14	1s

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	396	A-351	12.14	6
	"	A-347	12.13	2
	397	A-351	12.14	6
	399	S-140	10.04	4
	407 num. 3	S-169	11.11	4
	407 num. 6	S-178	11.18	1
	408	A 351	12.14	6
	410	S-178	11.04	4
	413	S-178	11.18	1
	427	A-351	12.14	6
	435	A-351	12.14	6
	460 a 466	A-347	12.13	2
	465 num. 1	A-347	12.13	2
	465 num. 3	A-351	12.14	6
	471	S-176	11.17	4
	488	S-177	11.17	5
	486	A-326	10.28	6
	510	S-193	12.02	2
	510	S-101	07.12	4.1
	510 num. 4	S 193	12.02	2
	595	A-326	10.28	6
	611	S-176	11.17	4
	620 num. 2	A-302	10.05	5
	624	A-312	10.12	4
	649 num. 1	A-221	08.26	2
	653	A 221	08.26	2

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	683	S-170	11.12	5
	690 num. 3	A-332	11.09	0
	694 num. 3	A-315	10.13	5s
	TITULO XXX	A-256	09.15	7
	CAPITULO 3 TITULO XXI LIBRO TERCERO	S-178	11.18	3
	SECCION PRIMERA TITULOS XXI a XXV LIBRO TERCERO	A-351	12.14	6
CODIGO JUDICIAL	482	A-223	08.26	4.1
	520 num. 6	S-193	12.02	2
	630	S-103	07.16	4.1
Ley 38 de 1887	251	S-201	12.09	4
	283	S-201	12.09	4
	284	S-201	12.09	4
Ley 57 de 1887		S-132	09.23	2
	32	S-103	07.16	4.1
Ley 153 de 1887	3	S-201	12.09	4
	5	S-197	12.06	1
	8	S-184	11.24	6
	8	S-197	12.06	1
	34	S-146	10.08	1
	36	S-122	08.26	4.1
	38	S-097	07.02	6
	40	A-171	07.01	6
	48	S-197	12.06	1
	58	S-154	10.15	3
Ley 89 de 1890	27	S-189	11.25	5
Ley 95 de 1890	1	S-145	10.07	6
	16	A-326	10.28	6

S. CIVIL 2ª SEM. 2ª FA 31/08/61

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	17	A-326	10.28	6
	19	A-236	10.28	6
	21	A-236	10.28	6
	22	S-121	08.25	4.1
	24	A-236	10.28	6
	25	A-236	10.28	6
Ley 25 de 1923		S-201	12.09	4
Ley 120 de 1928		S-178	11.18	1
Ley 28 de 1932		S-128	09.15	6
	1	S-127	09.15	3
Ley 33 de 1933	18	S-181	11.09	1
Ley 16 de 1936	28	S-181	11.09	1
Ley 45 de 1936		S-095	07.02	3
		S-154	10.15	3
	6	S-187	11.25	4
	6	S-175	11.17	3
	7	S-167	11.11	1
	30	S-154	10.15	3
Ley 50 de 1936	1	S-171	11.16	6
	2	S-142	10.07	3
	2	S-186	11.25	4
Ley 124 de 1937	2	S-201	12.09	4
Decreto E. 1189 de 1940		S-201	12.09	4
Ley 151 de 1959	1	S-120	08.18	4.1
Decreto 528 de 1964	60	S-163	11.08	2
Ley 59 de 1967		S-120	08.18	4.1
	2	S-120	08.18	4.1
	14	S-120	08.18	4.1
Decreto 3074 de 1968		S-201	12.09	4

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
Decreto 3130 de 1968		S-201	12.09	4
Decreto-ley 1050 de 1968		S-201	12.09	4
Decreto 2400 de 1968		S-201	1209	4
Ley 75 de 1968		S-095	07.02	3
		S-140	10.04	4
	1	S-154	10.15	3
	5	S-154	10.15	3
	5	S-154	10.15	Esv
	6	S-098	07.08	4.1
	6 num. 4	S-129	09.20	1
	6 num. 4	S-155	10.15	6
	6 num. 4	S-172	11.17	1
	6 num. 4 inc. 1 y 2	S-140	10.04	4
	6 num. 6	S-140	10.04	4
	9	S-140	10.04	4
	9	S-098	07.08	4.1
	10	S-098	07.08	4.1
	10	S-122	08.26	4.1
	10	S-144	10.07	5
	10	S-154	10.15	3
	10 inc. final	S-122	10.15	3
	13 a 16	A-351	12.14	6
	18	A-199	08.05	2
Decreto-ley 1050 de 1968	1	S-120	08.18	4.1
Decreto 1365 de 1968	30	S-121	08.25	4.1
Ley 70 de 1931	12	A-201	08.09	1
	13 a 21	A-221	08.26	2
Ley 28 de 1932		A-219	08.26	2
Decreto 1250 de 1970	43	S-103	07.16	4.1

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
Decreto 1250 de 1970		S-178	11.18	1
Decreto 1260 de 1970	1	S-154	10.15	3
Ley 33 de 1971	8 lit. c	S-181	11.22	1
Ley 7 de 1973		S 201	12.09	4
Decreto 2617 de 1973		S 201	12.09	4
Ley 7 de 1973		S 201	12.09	4
Decreto 2617 de 1973		S-201	12.09	4
Decreto 508 de 1974	1o.	A-171	07.01	6
Ley 57 de 1975		S 120	08.18	4.1
Ley 6 de 1975		S-147	10.12	1
Ley 1 de 1976	24	A-323	10.27	3
	25	S 146	10.08	1
Ley 56 de 1981	16	S 120	08.18	4.1
Ley 29 de 1982		S 122	08.26	4.1
Ley 29 de 1982		A-303	10.05	0
Decreto 386 de 1982	2	S-201	12.09	4
Decreto 222 de 1983		S-201	12.09	4
Decreto 383 de 1985	3	S-120	08.18	4.1
	15	S-120	08.18	4.1
Ley 16 de 1985	10	S-121	08.25	4.1
Ley 30 de 1987		A-301	10.04	0
Decreto 522 de 1988		A-311	10.08	6
		A-189	07.27	2
Decreto 1888 de 1989		A-316	10.14	4
Decreto 2270 de 1989	2	A-312	10.12	4
Decreto 2272 de 1989		A-235	09.06	3
		A-250	09.09	3
		A-261	09.15	5
		A-262	09.15	5

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
		A-251	09.09	3
		A-263	09.15	5
		A-266	09.15	0
		A-267	09.15	0
		A-270	09.20	2
		A-271	09.20	2
Decreto 2272 de 1989		A-275	09.21	0
		A-277	09.21	0
		A-281	09.23	4
		A-283	09.23	4
		A-285	09.23	6
		A-286	09.23	6
		A-330	11.05	5
		A-352	12.14	6
		A-302	10.05	5
	5	A-191	07.29	6
	5 lit. i	A-210	08.17	5
	5 num. 2	A-199	08.05	2
	5 num. 12	A-193	08.03	1
	5 num. 12	A-213	08.19	3
	5 num. 12	A-222	08.26	4.1
	5 num. 12	A-239	09.07	5
	5 num. 12	A-240	09.07	5
	5 num. 12	A-245	09.08	1
	5 num. 12	A-264	09.15	6
	5 num. 12	A-310	10.08	6
Decreto 2272 de 1989	5 num. 12	A-309	10.07	6
	5 num. 12	A-304	10.06	1
	5 num. 12 par. 1o.	A-219	08.26	2

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	5 num. 12 par 1a.	A-256	09.15	2
	5 num. 12 par. 1a.	A-264	09.23	4
	5 num. 13	A-201	08.09	1
	5 num. 13 Par. 1	A-221	08.26	2
	7	A-210	08.17	5
	8	A-180	07.13	5
	8	A-287	09.23	6
	7	A-312	10.12	4
	8	A-307	10 07	2
	9	A 253	09.10	6
	14	A-312	10.12	4
	17	S-136	09.29	5
Decreto 2273 de 1989		A-330	11.05	5
Decreto 2737 de 1989	3	A-261	09 15	5
	8	A-231	09.02	2
	9	A-261	09.15	5
	22	A-231	09.02	2
	29	A-262	09.15	5
	29	A-256	09.15	0
	29	A-270	09.20	2
	29	A-271	09.20	2
	29	A-275	09.21	0
	29	A-277	09.21	0
	29	A-281	09.23	4
	29	A 283	09.23	4
	29	A-285	09.23	6
	30	A-262	.09.15	5
	30	A-266	09.15	0

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	30	A-270	09.20	2
	30	A-271	09.20	2
Decreto 2737 de 1989	30	A 275	09.21	0
	30	A-277	09.21	0
	30	A-281	09.23	4
	30	A-283	09.23	4
	30	A-285	09.23	6
	30	A-286	09.23	6
	139	A 215	06.23	1
	139	A-231	09.02	2
	139	A 323	10.27	3
Decreto 2737 de 1989	142	A-247	09.08	3
	142 inc. 2	A-231	09.02	2
	163	A-262	09.15	5
	163	A-263	09.15	5
	163	A-266	09.15	0
	163	A-266	09.15	0
	163	A-267	09.15	0
	163	A-270	09.20	2
	163	A-270	09.20	2
	163	A-271	09.20	2
	163	A-275	09.21	0
	163	A-277	09.21	0
	163	A-281	09.23	4
	163	A-283	09.23	4
	163	A-283	09.23	4
	163	A-285	09.23	4
	163	A-286	09.23	6
	163	A-286	2	6

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	165	A-261	09.15	5
	167	A-262	09.15	5
	167	A-263	09.15	5
	167	A-266	09.15	0
	167	A-267	09.15	0
	167	A-270	09.20	2
	167	A-275	09.21	0
	167	A-277	09.21	0
	167	A-281	09.23	4
	167	A-283	09.23	4
	167	A-285	09.23	6
	167	A-286	09.23	6
	169	A-261	09.15	5
	178	A-262	09.15	5
	178	A-263	09.15	5
	178	A-266	09.15	0
	178	A-267	09.15	0
	178	A-270	09.20	2
	178	A-271	09.20	2
	178	A-275	09.21	0
Decreto 2737 de 1989	178	A-277	09.21	0
	178	A-281	09.23	4
	178	A-283	09.23	4
	178	A-285	09.23	6
	178	A-286	09.23	6
	182	A-262	09.15	5
	182	A-263	09.15	5
	182	A-266	09.15	0
Decreto 2737 de 1989	182	A-267	09.15	0

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	182	A-270	09.20	2
	182	A-271	09.20	2
	182	A-275	09.21	0
	182	A-277	09.21	0
	182	A-281	09.23	4
	182	A-283	09.23	4
	182	A-285	09.23	6
	182	A-286	09.23	6
	349	A-261	09.15	5
Decreto ley 2282 de 1989	1	S 141	10.04	4
	1 mod. 182	A-347	12.13	2
	1 mod. 183	S-183	11.22	5
	1 mod. 186	A-305	10.06	0
	1 mod. 269	S-177	11.17	5
	1 ord. 186	A-234	08.26	0
	1 num. 56	A-258	09.15	3
	8	A-169	07.01	1
	152	A-195	08.04	0
	152	A-196	08.04	0
	407	S-178	11.18	1
Decreto 2303 de 1989		A-347	12.13	2
	1	A-230	09.02	1s
	1	A-290	09.24	4
	2	A-230	09.02	1s
	2	A-290	09.24	4
	3	A-230	09.02	1s
	8	A-230	09.02	1s
	11	A-230	09.02	1s
	19	S-189	11.25	5

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
	21	S-189	1.25	5
	50	A-345	12.07	5s
	50	A-171	07.01	6
	50	A-230	09.02	1s
	50	A-290	09.24	4
	7.	A-345	12.07	5s
	130	A-345	12.07	5s
	139	A-345	12.07	5s
Ley 54 de 1990		A-198	08.05	2
		A-200	08.09	1
		A-206	08.12	3
Ley 54 de 1990		A 330	11.05	5
	1	A 330	11.05	5
		A 343	09.08	1
	1	A-206	08.12	3
	1	S-136	09.29	5
	1	A-330	11.05	5
	4	A-237	09.07	4
	4	S-136	09.29	5
	7	A-237	09.07	4
Decreto 2651 de 1991	51 num. 1	A-211	08.18	2
		A-303	10.05	0
		S-182	11.22	4
	51	S-144	10.07	5
	51	S-193	12.02	2
	51	S-169	11.11	4
	62	S-193	12.02	2
	62	S-169	11.11	4

NORMA JURIDICA	ARTICULO	NUMERO S/A	FECHA M/D	PONENTE C
Decreto 2700 de 1991		A-261	09.15	S
Ley 24 de 1992		S-181	11.22	L
Resolución 020 de 1992 (Colegio Nal. de Abogados)		A-336	11.16	Is
Ley 25 de 1992	5	A-188	07.27	2
	12	A-188	07.27	2
Ley 35 de 1993	19	A-226	08.27	6
Decreto 663 de 1993	2	A-321	10.21	3
	238	S-181	11.22	J

NORMAS JURIDICAS CIVILES, COMERCIALES Y AFINES
DEMANDADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL
SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

NORMA ACUSADA	SENTENCIA	DECISION
Decreto 2652 de 1991 art. 4. Funciones del Consejo Superior de la Judicatura	C-265 Exp.: D-228	Exequible Salvo nums. 8-07-93 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 17.
Ley 9 de 1989, arts 1, 2, 7 Parciales. Código de Régimen Municipal. Reforma Urbana	C-295 Exp.: D-210 29-07-93	Exequibles
Ley 19 de 1992. Enmienda al Convenio sobre Aviación Civil Internacional	C-313 Exp.: L.A.T. 007 5-08-93	Exequible
Ley 22 de 1992. Enmienda al Literal A) del artículo 50 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional	C-314 Exp.: L.A.T. 009	Exequible
Ley 6 de 1992. Art. 135. Aportes a las Notarías en favor de la Administración de Justicia. Tributo Especial	C-333 Exp. D-217 y otro 12-08-93	Exequible
Ley 23 de 1992. Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra Reproducciones no Autorizadas	C-334 Exp.: L.A.T. 010 12-08-93	Exequible
Código Civil Arts. 117, 124 y 1266 ord. 4. Desheredamiento por falta de consentimiento de los padres para contraer matrimonio	C-344 Exp.: D-231 26-08-93	Exequibles

NORMA ACUSADA	SENTENCIA	DECISION
Ley 6 de 1992. Aportes de las Notarías en favor de la Administración de Justicia.	C-363 Exp.: D-235 2-09-93	Estarse a lo resuelto en la ...
Ley 39 de 1993. Convenio de Cooperación Cultural y Educativa con Cuba	C-378 Exp.: L.A.T. 014 9-09-93	Constitucional Salvo algunas Expresiones
Decreto 1400 de 1970. C.P.C. Arts. 152 parcial y 156 Recusación	C-390 Exp.: D-267 16-09-93	Exequibles
Ley 27 de 1992. Arts. 2 inc. 2 y 4 num. 6 Carrera Administrativa	C-391 Exp.: 267 16-09-93	Exequibles
Decreto 2700 de 1991. C. de P. P. Arts. 251, 284, 293, 329, 332, 352, 438 y 439. Secreto.Profesional reserva Sumarial.	C-411 Exp.: D-230 y otro 28-09-93	Inexequibles Salvo Art. 293
Decreto 1888 de 1989. Art. 51. Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Rama. Consejo Superior de la Judicatura.	C-417 Exp.: D-243 4-10 93	Exequible salvo algunas expresiones
Decreto 2158. Art. 29 incs. 2 y 3 parciales. y Art. 37 parcial. Nombramiento de Curador *Ad-Litem* Proposición y Sustanc. de Incidentes	C-429 Exp.: D-253 7-10-93	Exequibles
Ley 9/91 Arts. 1 y 3 parciales. Funciones de regulación en materia de cambios Internacionales.	C-455 Exp.: D-266 13-10 93	Inexequibles
Ley 25/92. Arts. 5, 7, 11 y 12. Divorcio. Efectos en el matrimonio católico	C-456 Exp.: D-252 13-10-93	Exequibles
Decreto 2651/91 Art. 44	C-468 Exp.: D-285 21-10-93	Exequible
Ley 31 de 1992. Art.15 parcial. Facultades del Banco de la República en materia Internacional	C-455 Exp.: D-263 28-10-93	Inexequible

NORMA ACUSADA	SENTENCIA	DECISION
Decreto 410/71. Ley 4/89 y Código de Comercio. Arts. 3 a 9 y 98 a 514. Costumbre Mercantil y Soes. Unipersonales.	C-486 Exp.: D-244 28-10-93	Exequibles
Decreto 2591/91. Art. 6 inc. 2 num. 1. Perjuicio Irremediable	C-531 Exp.: D-258 11-11-93	Inexequible
Ley 25/92 Art. 7 Parcial Divorcio	C 535 Exp.: D-306 11-11 93	Estarse a lo resuelto en la C-456 Exequible
Ley 75/68. Arts. 57 y 58 parciales. Art. 60 Ley 7/79 art. 25. Pertenencia del cónyuge del Presidente en la Junta Directiva del ICBF	C-537 Exp.: D-293 18-11-93	Inexequibles
Decreto 196/71 arts. 63 lit. d), 66 num. 2. 67, 69, 70 a 90. por el cual se dicta el estatuto de la Abogacía	C-540 Exp.: D-273 24-11-93	Exequibles
Decreto 1400/70. Art. 90. Decreto 2282/89 art. 1 num. 41. Modificaciones al C.P.C.	C-543 Exp.: D-294 25-11 93	Exequible
Decreto 01/84. Art. 177 Parcial C.C.A. Expresión 18 meses	C-555 Exp.: D-314 2-12-93	Exequible
Ley 25/92. Divorcio. Leyes Estatutarias.	C-566 Exp.: D-326 y otro 2-12-93	Exequible
Ley 20/74. Art. 12. Concordato Competencia de la Corte en materia de Leyes Aprobatorias de Tratados.	C-567 Exp.: D-357 9-12-93	Se inhibe
Decreto 2651/91 Art. 42 Sanciones a Jueces Morosos.	C-591 Exp.: D-328 14-12 93	Exequible

La Imprenta Nacional de Colombia
realizó el diseño gráfico de esta obra
« Gaceta Judicial - Sala Civil - Segundo Semestre
2ª parte de 1993 »
y terminó su impresión en abril 28 de 1996

Justitia et Litterae