REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE J.

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1955
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CCXXVIII NUMERO 2467

PRIMER SEMESTRE

VOLUMEN 1

SANTAFE DE BOGOTA, D. C. — COLOMBIA 1994

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamiente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento.

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

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CCXXVIII NUMERO 2467

VOLUMEN I / PRIMER SEMESTRE DE 1994

Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA
PENITENCIAL DE COLOMBIA - TALLER DE ARTES GRAFICAS

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

PRIMER SEMESTRE DE 1994

SALA PLENA

Doctores *Ricardo Calvete Rangel*, Presidente
Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuan, Secretaria General

SALA CIVIL

Doctores *Pedro Lafont Pianetta*, Presidente
Luis Antonio Montañez Soto, Secretario

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

SALA LABORAL

Doctores *Ernesto Jiménez Díaz*, Presidente
Luz Emilia Jiménez de Molina, Secretaria

Magistrados doctores
Rafael Méndez Arango
Manuel Enrique Daza Álvarez
Ernesto Jiménez Díaz
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescun Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA PENAL

Doctores *Edgar Saavedra Rojas*, Presidente
Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario

Magistrados doctores

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

RELATORES

Doctores

Liliana Polania Alvarez, Sala Civil
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

DIRECTORES:

SALA CIVIL:	*Liliana Polania Alvarez*
SALA LABORAL:	*Esperanza Inés Márquez Ortiz*
SALA PENAL:	*Ayda lucy López de Giraldo*
TUTELAS:	*Piedad Arcila Espinosa*

TOMO CCXXXVII Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia PRIMER SEMESTRE DE 1994 NUMERO 2467

APELACION / COMPETENCIA FUNCIONAL / REFORMATIO IN PEJUS

De cara al recurso de apelación, la competencia funcional del superior no siempre es panorámica o lo suficientemente amplia como para permitirle la revisión total de lo decidido, porque ella está limitada, al menos en lo tocante con las necesidades del recurrente, por el principio de la reformatio in pejus. Este, constituye no sólo una limitación a los poderes de decisión del superior, sino una restricción del objeto sobre el que recae la alzada, y de ahí la exigencia para que en su configuración concurran los siguientes requisitos: a) vencimiento parcial de un litigante; b) apelación de una sola de las partes; c) empeoramiento del fallo para el recurrente único; y d) una reforma que no obedezca a ligamen íntimo con la decisión que sí es máteria del recurso.

ERROR DE HECHO

Nunca el error de hecho, en cuestión probatoria, puede referirse a la existencia o interpretación de preceptos legales relativos a la producción o mérito de las pruebas, porque entonces el desacierto en que incurriese el juzgador constituiría un yerro de valoración específicamente distinto al de hecho.

TECNICA DE CASACION / MEDIO NUEVO / DERECHO DE DEFENSA

La recurrente cambia la situación fáctica del proceso, circunstancia constitutiva de lo que en la técnica de casación se conoce con el nombre de medio nuevo, inadmisible por cuanto afecta el derecho de defensa de la demandada.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: *Expediente No. 4038* *Sentencia No. 001*

Se decide el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena dentro de este proceso ordinario promovido por la "Interamericana S.A. Compañía de Seguros" frente a la Empresa Puertos de Colombia "Colpuertos" (Terminal Marítimo de Cartagena).

Antecedentes:

I.- Por demanda repartida al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, la sociedad actora solicita que con audiencia de la empresa demandada se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

a) "... Que el contenedor ICSU-386373-3 cuyo contenido era de películas fotográficas, con un peso de 10.237 kilogramos y un valor de US$301.255,34 se perdió en el mes de abril de 1981 cuando estaba depositado en el Terminal Marítimo de Cartagena bajo la responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia 'Colpuertos' y al cuidado de sus funcionarios.

b) "Que la pérdida se debió a culpa o negligencia de la Empresa Puertos de Colombia 'Colpuertos', quien está obligada a la vigilancia de las mercancías depositadas en sus puertos.

c) "Que la Empresa Puertos de Colombia 'Colpuertos' está obligada *a indemnizar* a mi cliente, como asegurador subrogado en los derechos del

asegurado (art. 1096 del C. de Co.) hasta la concurrencia de la suma pagada por el asegurador al asegurado, esto es, la suma de US$299.256.oo, más los intereses moratorios correspondientes contados a partir de la fecha del pago al asegurado (febrero 12 de 1982) hasta cuando se verifique el pago total por parte de Colpuertos, intereses los cuales solicito que sean tasados de conformidad con el artículo 884 del C. de Co. por ser la demandada una empresa comercial del Estado.- Para este efecto solicito que oficie al señor Superintendente Bancario para que certifique el monto del interés bancario corriente que ha regido desde el 12 de febrero de 1982 hasta hoy.

d) "Que la Empresa Puertos de Colombia, 'Colpuertos' debe pagar las costas de este proceso, incluyendo agencias en derecho".

II.- Como fundamentos fácticos de las anteriores pretensiones se citaron los que seguidamente se compendian:

a) El 24 de enero de 1981 fue recibido en el Terminal Marítimo de Cartagena el contenedor ICSU-386373-3, con películas fotográficas y un peso de 10.237 kilogramos, cuyo destinatario era Foto Interamericana de Colombia Limitada y el remitente Industria Fotográfica Interamericana S.A. de C.V., por valor de US$301.255,34; contenedor cuyo recibo fue certificado por la Empresa Puertos de Colombia - Terminal Marítimo de Cartagena con el registro número 032 del 11 de febrero de 1981.

b) El mencionado contenedor llegó procedente de Tampico, República de México, en la nave Darien, y se encontraba en el patio No. 10 del Terminal Marítimo de Cartagena, entidad a la que, con factura No. 5542, se le canceló, el 17 de febrero de 1981, el valor de los respectivos manejos de carga, y con factura No. B-144160 se le canceló, en la misma fecha, "el valor del alquiler de espacio" a la indicada entidad.

c) El contenedor debía trasladarse el 17 de febrero de 1981 a la Zona Franca, "pero cuando esta operación se iba a efectuar, los Agentes de Aduana de Foto Interamericana de Colombia Limitada fueron informados de la pérdida..." del mismo, del patio No. 10 del Terminal, donde se encontraba.

d) Por solicitud de Foto Interamericana de Colombia Limitada, la Empresa Puertos de Colombia -Terminal Marítimo de Cartagena- certificó el 23 de abril de 1981, que "En relación con la presente solicitud el Departamento de

Reclamos CERTIFICA LO SIGUIENTE: Se recibió un (1) containers de un (1) containers sobordado sin observaciones. Dicho containers fue sustraido son (sic) un peso de 10.237 kilos, por valor de $15.445.560,95, según consta en informe de robo y saqueo No. 22 y denuncia penal de fecha abril 10 de 1981... (firmado) JOSE ANGEL PORRAS C. JEFE DEPTO (sic) RECLAMOS"; certificación avalada por el Secretario General del Terminal Marítimo de Cartagena, Hugo Javier Yabrudy, el 26 de mayo de 1981.

e) Amparado como estaba el susodicho contenedor por riesgo de pérdida por la póliza de seguro de transporte PA-1475 T-71141, la "Interamericana S.A. Compañía de Seguros" pagó a la asegurada Industria Fotográfica Interamericana S.A. de C.V. la suma de US$299.256.oo por concepto de indemnización, lo que consta en la reclamación T-173 del 12 de febrero de 1982.

d) Al recibir el pago mencionado, la empresa asegurada cedió todos sus derechos a la Compañía Aseguradora por la pérdida del contenedor.

e) La Empresa Puertos de Colombia tiene a su cargo, conforme sus estatutos y el Decreto 1174 de 1980, artículos 1o. y 2o., la vigilancia de los terminales marítimos y fluviales, entre ellos el de Cartagena, y por intermedio de estos brindar los servicios de vigilancia en los Puertos a su cargo.

III.- La Empresa Puertos de Colombia descorrió oportunamente el traslado de la demanda manifestando que no le constan los hechos fundamentales en que se apoya; que éstos deben probarse, por cuya razón se opone a las súplicas de la actora, contra las que propuso la excepción que denominó de prescripción.

IV.- El *a-quo* finalizó la primera instancia del proceso mediante sentencia de 5 de marzo de 1991, en la cual hizo los proveimientos siguientes:

"1.- Declarar que el contenedor ICSU-386373-3, con mercancías consistentes en películas planas para radiografías fue sustraído de los patios del terminal marítimo de Cartagena, cuando se encontraba depositado bajo la custodia de la Empresa Puertos de Colombia, el día 10 de abril de 1981.

"2.- Que la Interamericana S.A. Compañía de Seguros es cesionaria de los derechos del propietario de dichas mercancías en virtud del artículo 1096 del código de comercio hasta la concurrencia de lo pagado por indemnización, o sea la suma de US$299.256.oo,

"3.- Como consecuencia de lo anterior se condena a la Empresa Puertos de Colombia a pagar a la Interamericana S.A. Compañía de Seguros la suma de US$299.256.oo, al cambio oficial que rija al momento que se verifique el pago.

"4.- Costas a cargo de la parte vencida. tásense".

V.- Inconformes con lo así resuelto, ambas partes interpusieron recurso de apelación, que desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena por sentencia de 16 de marzo de 1992, en la cual revocó la del *a-quo*, absolviendo a la demandada de las pretensiones de la actora y condenando a ésta a pagar las costas del proceso en ambas instancias.

La sentencia del tribunal:

Una vez da por probado el contrato de transporte en virtud del cual llegó al puerto de Cartagena el contenedor a que alude el proceso, con destino a la Zona Franca y en particular para Foto Interamericana de Colombia Limitada, el Tribunal manifiesta que la demandada no fue parte en el contrato de transporte, "porque no aparece como remitente o embarcadora de la mercancía, tampoco como transportadora, y menos como destinataria (artículo 1008 del C. de Comercio, antes de la reforma del Decreto 1 de 1990), y, por ende, no puede demandársele como parte pasiva de este litigio, con asidero en el primer negocio jurídico analizado..."; y que por eso es entendible que se hubiera demandado con fundamento en el contrato subsiguiente de depósito, también existente, a la luz de la certificación del Terminal Marítimo de Cartagena, entre Foto Interamericana de Colombia Limitada, como depositante, y la Empresa Puertos de Colombia, como depositaria, partes éstas que, para el Tribunal, son las únicas "legitimadas para demandar y ser demandada... en relación con la pérdida de la carga almacenada en los patios del puerto cartagenero...".

Señala a continuación el sentenciador, que la demandante de este proceso "Interamericana S.A. Compañía de Seguros" carece de legitimación en causa, por cuanto la sociedad Industria Fotográfica Interamericana S.A. de C.V. "parte en el contrato de transporte marítimo, como remitente o embarcadora de la mercancía, que fue despachada según factura No. 3738 con destino a FOTO INTERAMERICANA DE COLOMBIA LTDA., no tiene esa calidad (de parte) en el negocio jurídico de depósito que se dio entre ésta y la demanda en autos, porque no aparece acreditado en ningún momento que la depositante sea sucursal de aquella en

Colombia". Se basa el Tribunal, para concluir la distinta identidad entre la sociedad remitente y la destinataria, en el certificado de la Cámara de Comercio visible entre folios 20 y 23 del cuaderno principal, según el cual, dice, la depositante "nació como una sucursal de la sociedad principal KODAK COLOMBIANA LTDA., domiciliada en Rochester, Estado de Nueva York, Estados Unidos de Norte América", vale decir, continúa, que no es una sucursal de Industria Fotográfica Interamericana S.A. de C.V., domiciliada al parecer en la República de México.

Señala expresamente el *ad-quem* que "Luego es claro, que INDUSTRIA FOTOGRAFICA INTERAMERICANA S.A. DE C.V. no podía ceder validamente a favor de la demandante LA INTERAMERICANA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS, los derechos personales que dimanan del contrato de depósito en beneficio de FOTO INTERAMERICANA DE COLOMBIA LTDA., por no estar probado que ésta sea sucursal de la cedente, y esto deriva en la realidad de que nadie puede dar lo que no tiene, y no existirá entonces, por razones obvias, legitimación en la causa de la parte actora, dentro de este asunto, para exigir a la demandada la indemnización correlativa a la pérdida de la mercancía solicitada". Añade líneas más adelante, que "podría decirse que sí existe la legitimación de la demandante en este proceso, por vía de subrogación de los derechos que sobre la mercancía depositada pudiera tener INDUSTRIA FOTOGRAFICA INTERAMERICANA S.A. DE C.V., los cuales le fueron pagados a ésta por virtud del contrato de seguro; acogiéndose de esa manera al artículo 1096 del Código de Comercio. Pero tampoco, porque el contrato de seguro, de que surgiría la subrogación automática, requiere prueba documental *ad-sustantiam actus*, que lo es la póliza contentiva del seguro flotante, y no es eficaz la simple certificación que se acompañó con la demanda, que aparece a folio veintiséis de este cuaderno".

Demanda de casación:

Dos cargos formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero con apoyo en la causal cuarta de casación contemplada por el art. 368 del C. de P.C., y el restante con fundamento en la causal primera de esa misma norma, los cuales despachará la Corte en el orden propuesto.

Cargo primero.

Mediante él se acusa la sentencia del Tribunal "de contener decisiones que hicieron más gravosa la situación de la parte demandante, que apeló". En procura de demostrarlo, el recurrente expresa que "Colpuertos" apeló de la

sentencia del *a-quo* combatiendo solamente el punto tercero de la parte resolutiva de la misma, es decir, lo atinente a la condena que allí le fue impuesta, para lo cual adujo "que ella no era responsable de la pérdida y a manifestar aspectos puramente procedimentales, ya fallados como fueron las excepciones de prescripción, falta de jurisdicción y competencia y la nulidad propuesta".

Después de transcribir parcialmente sentencia de la Corte alusiva al principio de la *reformatio in pejus*, la recurrente agrega textualmente que "Si bien es cierto que ambas partes interpusieron recurso de apelación, también lo es que las impugnaciones contenidas en dichos recursos fueron parciales: las del demandante se dirigieron contra la falta de condena de intereses y la del demandado contra la responsabilidad de Colpuertos en la pérdida de las mercancías. De tal forma que cuando el Tribunal revocó la sentencia del Juzgado 1o. Civil del Circuito de Cartagena por motivo diferente al de la impugnación de la parte demandada (sic), incurrió en una violación del principio de la igualdad de las partes dentro del proceso, rompió el equilibrio procesal e inclinó el fiel de la balanza hacia Colpuertos: se convirtió en un litigante más contra mi patrocinada y violó el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil que ordena que se mantenga la igualdad de las partes".

Finaliza su ataque el impugnante expresando que, al resolver como lo hizo, esto es, quebrantando el principio mencionado, el Tribunal incurrió en la nulidad consagrada en el numeral 2o. del art. 140 del C. de P.C., pues "carecía de competencia para revocar la sentencia..." del *a-quo*.

Se considera:

1.- El principio prohibitivo de la reformatio in pejus tiene su fundamento racional, según la doctrina del derecho, en las reglas que regulan el interés para recurrir, y en la personalidad del recurso. Consiste, esencialmente, en que el superior quien conoce de una decisión judicial por apelación, tiene limitada su actividad jurisdiccional y no puede, por regla general, enmendarla, de tal manera que lo resuelto sea más gravoso para el apelante, cuando, además, la providencia recurrida ha sido consentida por la contraparte, conducta deducida de su falta de apelación o de no haber adherido al recurso interpuesto por la otra parte.

2.- Por eso, la jurisprudencia de la Corte ha expuesto, *de cara al recurso de apelación, que la competencia funcional del superior no siempre es panorámica o lo suficientemente amplia como para permitirle la revisión total de lo decidido, porque ella está limitada, al menos en lo tocante con las*

necesidades del recurrente, por el principio ya enunciado, cuya consagración legal se halla en el artículo 357 del C. de P.C., norma con arreglo a la cual es de ver que el superior podrá enmendar la providencia recurrida, aún en la parte que no fue objeto del recurso, cuando "en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con ella", fuera de que "cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitación". Además, ninguna restricción habría tampoco para el superior si, al resolver la alzada, encuentra que el apelante único combate inclusive las soluciones del fallo que lo favorecen, por razones de ilegalidad.

3.- El principio de la reformatio in pejus constituye, pues, no sólo una limitación a los poderes de decisión del superior, sino una restricción del objeto sobre el que recae la alzada, y de ahí la exigencia para que en su configuración concurran los siguientes requisitos: a) vencimiento parcial de un litigante; b) apelación de una sola de las partes; c) empeoramiento del fallo para el recurrente único; y d) una reforma que no obedezca a ligamen íntimo con la decisión que sí es materia del recurso.

4.- Si, pues, en el caso debatido y ahora objeto de este recurso extraordinario, fueron las dos partes quienes apelaron de la sentencia pronunciada por el *a-quo*, según lo expresa el mismo cargo y se deduce de los antecedentes del litigio, lógico resulta concluir que no se quebrantó el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus* cuando el Tribunal resolvió sin limitación alguna la segunda instancia del debate judicial, pues además de no tener limitados sus poderes para resolver como lo hizo, tampoco existía restricción sobre el objeto de la alzada.

Pero si lo anterior fuere insuficiente, cualquier duda acerca de la violación del principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, de que se duele la censura, queda totalmente disipada, si se tiene en cuenta que en su escrito de alegatos en segunda instancia fue la propia parte demandada quien expuso ante el Tribunal que "Teniendo en cuenta todo lo manifestado, de la manera más respetuosa solicito se sirva revocar totalmente la providencia apelada"; consideraciones éstas que demarcan, adicionalmente, la sin razón de las reflexiones de la impugnante, pues no es verdad que Colpuertos apeló de la sentencia del a-quo combatiendo únicamente el punto tercero de la parte resolutiva de la misma, sino, de contera, todo ese proveído, lo cual se traduce en que la competencia del Tribunal para resolver la alzada fue panorámica.

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

Cargo segundo:

Mediante este ataque se combate la sentencia por violación indirecta de los artículos 1096, 884 y 1171 del C. de Co., 1615, 1617, 1626 y 1649 del C.C., por falta de aplicación; 175 y 187 del C. de P.C., a consecuencia de error de derecho cometido por el Tribunal al apreciar las pruebas.

Parte la recurrente, en procura de demostrarlo, de la aseveración hecha por el Tribunal en el sentido de que la sociedad vendedora no fue parte en el contrato de depósito, en armonía con la cual dedujo dicho sentenciador la inoperancia de la subrogación producida en favor de la aseguradora demandante respecto de los derechos de la vendedora en ese contrato, para señalar a continuación el censor que "Esto no es cierto..." porque la vendedora fue la remitente de las mercancías "y de acuerdo al artículo 981 del Código de Comercio, el contrato de transporte sólo termina con la entrega de las cosas transportadas al destinatario. Esta entrega no se pudo realizar, así haya pagado el destinatario el valor del depósito en los patios del Terminal Marítimo de Cartagena porque nunca alcanzó estar dicha mercancía en poder del destinatario y continuó vigente la responsabilidad del remitente quien, por ello, pudo cobrar el pago del siniestro a la Compañía Aseguradora"; a todo lo cual agrega, que no se trata de un contrato de depósito cualquiera, sino de uno forzoso y consecuente con el de transporte, dado que la mercancía entrada por los Puertos de la Nación "debe permanecer en los respectivos terminales hasta tanto se produzca su nacionalización y el pago de todas las tasas e impuestos".

Reitera que, como verdadera parte en el asunto, es a la vendedora remitente a quien le cabe responsabilidad por la pérdida de la mercancía, ocurrida antes de la entrega, aserción en respaldo de la cual el casacionista cita los artículos 928 y 929 del C. de Co., para concluir que aquella si tiene interés "en las mercancías *depositadas* (se subraya) y por tanto pudo ceder sus derechos como lo hizo".

Acota la impugnante en otro pasaje de su censura que el Tribunal exige, sin razón, que la destinataria de las mercancías sea sucursal de la remitente para que esta pueda estar legitimada en causa; y que, con ostensible violación de los arts. 175 y 187 del C. de P.C., niega la subrogación de la actora en los derechos de la vendedora remitente, al exigir como prueba documental *ad sustantiam actus* la presencia de la póliza de seguro y restarle esa eficacia probatoria a la certificación visible al folio 26 del cuaderno principal. Si el Tribunal se basó en el artículo 1046 del C. de Co., prosigue, omitió ver que el contrato de seguro

se celebró fuera de Colombia y, por lo tanto, no podrían exigírsele requisitos predicables de los acordados en Colombia.

Finaliza su ataque la recurrente diciendo que fueron dichos errores de derecho los determinantes para que el *ad-quem* la considerara sin legitimación en causa y, acorde con eso, pide a la Corte que case la sentencia combatida, complementando la del *a-quo* con la correspondiente condena por interés moratorio.

Se considera:

1.- El fundamento cardinal de la sentencia del Tribunal estriba en que: a) la pérdida o sustracción de la mercancía ocurrió en desarrollo del contrato de depósito celebrado entre "Foto Interamericana de Colombia Limitada y la Empresa Puertos de Colombia 'Colpuertos'; b) que, como en ese acuerdo no intervino como parte 'Industria Fotográfica Interamericana S.A. de C.V.', en ningún derecho de ésta, alusivo a ese contrato, se subrogó la 'Interamericana S.A. Compañía de Seguros'; y c) que aún admitiendo a la remitente como parte en el contrato de depósito aludido, la aseguradora-actora tampoco estaría legitimada para accionar contra la aquí demandada, porque el contrato de seguro requiere 'prueba documental ad-sustantiam actus', que lo es la póliza contentiva del seguro flotante, y no es eficaz la simple certificación que se acompañó con la demanda, que aparece a folios veintiséis de este cuaderno".

2.- Contemplada en esos términos la decisión del Tribunal, el ataque formulado por el casacionista en este cargo adolece de los siguientes defectos técnicos:

a) Denuncia yerro de valoración probatoria, pero al desarrollarlo se aparta de las conclusiones a que llegó el Tribunal en cuanto, distinto a lo que éste dedujo, no ve en el aspecto fáctico del proceso la existencia única del contrato de depósito, a cuyo desarrollo achacó exclusivamente aquel la pérdida de la mercancía, sino en razón a que, concurrentemente con él o en virtud o la presencia de un "depósito forzoso", argumenta la existencia de un contrato de transporte, atribuyendo el siniestro a su ejecución. El desacierto del *ad quem* en tal forma observado por el recurrente y que éste utiliza como parte del ataque montado en este cargo, debió formularse, empero, como yerro de facto y no de valoración, pues atañe a la contemplación misma de la prueba, constitutiva del primero de esos yerros, y no a las normas legales reguladoras de la producción

y eficacia de ellas, aspecto este último concernientes al defecto posterior. De manera que cuando el recurrente incluyó en la estructura de su ataque el argumento fundamental de la diversidad contractual de que se duele, escogió sin lugar a dudas una vía de impugnación inadecuada.

En orden a la precisa diferenciación entre estos dos yerros, la Corte ha puntualizado "nunca el error de hecho, en cuestión probatoria, puede referirse a la existencia o interpretación de preceptos legales relativos a la producción o mérito de las pruebas, porque entonces el desacierto en que incurriese el juzgador constituiría un yerro de valoración específicamente distinto al de hecho que, como está visto, solo concierne a la objetividad: presencia o ausencia, de los medios de que se sirviera para formar su convencimiento acerca de las cuestiones fácticas debatidas" (G.J. T. CXVI, pág. 115)".

b) Ahora, si, de acuerdo con los alcances de la censura, en lo que incurrió el Tribunal, al estimar el acervo probatorio, fue simultáneamente en errores de hecho y de derecho, por cuanto, como lo advierte además el recurrente, se equivocó al negar la subrogación en favor de la aseguradora demandante al exigir como prueba del contrato de seguro la presencia de la póliza misma en que se pactó; *el cargo debió combatir entonces, en forma simultánea y respectiva, los dos yerros de naturaleza probatoria vistos, pero no limitarse a atacar solamente uno de ellos, el de valoración, como lo hizo el censor, pues este defecto de actividad torna el cargo incompleto y, por consiguiente, inmerso en defecto técnico.*

Dicho de distinta manera, si el casacionista estimó, al formular el cargo, que el Tribunal erró al deducir del material probatorio que la mercancía se extravió en desarrollo exclusivo del contrato de depósito, debió censurar delanteramente esta conclusión como yerro fáctico, para luego combatir en orden a que el cargo fuera completo, su determinación tocante con la subrogación, esto último, por la vía del error de valoración.

c) Al apartarse de la conclusión probatoria del fallo en lo atañadero a que la pérdida de la mercancía ocurrió en desarrollo del contrato de depósito y argumentar en el sentido de haber ocurrido ello estando de por medio el contrato de transporte, *la recurrente cambia la situación fáctica del proceso, como se aprecia nitidamente de la pretensión primera y segunda de la demanda, circunstancia constitutiva de lo que en la técnica de casación se conoce con el nombre de medio nuevo, inadmisible por cuanto afecta el derecho de*

defensa de la demandada, particularmente al pretender deducir su responsabilidad por un contrato de transporte en el cual no intervino y en razón del cual no se le citó al proceso.

3.- Dejando de lado esos aspectos técnicos, es de ver además cómo el sentenciador tampoco cometió el yerro facti in iudicando que se le atribuye, cuando aceptando en gracia de discusión que la remitente pudiera ser parte en el contrato de depósito, echó de menos la prueba del contrato de seguro sin la cual, dijo, no podría admitirse el fenómeno jurídico de la subrogación ope legis, pues al dolerse la recurrente de cómo el Tribunal omitió ver que el contrato de seguro se celebró en el exterior y por ello no podía exigírsele a dicha convención los requisitos predicables de los celebrados en Colombia, debió acompañar en su momento y para que tuviera éxito la acusación, la prueba de la *legislación extranjera que lo eximía de tal formalidad, reclamada por el fallo, prueba que al no aparecer en los autos hace imposible concluir, cual lo pretende la censura, que el ad-quem incurrió en desacierto tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho.*

Dispónese por el inciso 2o. del art. 822 del C. de Co. que "La prueba en derecho mercantil se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley"; salvedad con arreglo a la cual las disposiciones probatorias civiles sólo rigen en la medida de no existir en la ley mercantil otras que sean aplicables. De manera que si en el ordenamiento mercantil un contrato está revestido de solemnidad, es la norma que así lo dispone la llamada a observarse, tal como se desprende además de los artículos 824 y 898 del C. de Co.

4.- Por otra parte, de los hechos cuarto, quinto y sexto de la demanda, respaldados por las pruebas visibles a folios 19 y 36 del cuaderno 1, se deduce que la vendedora entregó la mercancía a la compradora al momento del desembarque, circunstancia acorde con la cual los riesgos por su pérdida corrieron desde entonces para dicha destinataria, fenómeno que se traduce en la necesidad de negar a la vendedora remitente la calidad de parte el contrato que la actora calificó de "depósito" en el libelo introductor, todo lo cual conduce a la conclusión correlativa de que dicha parte carece, ciertamente de legitimación en causa en este proceso.

En efecto, las pruebas aludidas informan que desembarcada la mercancía en el terminal de "Colpuertos" en Cartagena, los agentes de aduana de Foto

Interamericana de Colombia Limitada, es decir, Jar-mar Asociados Limitada, cancelaron por cuenta de dicha destinataria los valores correspondientes al "manejo de carga" y el "alquiler" del correspondiente espacio para la mercancía, que la compradora habría de trasladar a la zona franca para su nacionalización (ver además folios 14 a 22 del cuaderno que recoge la actuación del Tribunal), hechos estos por los que no puede dejar de estimarse que ante la asunción de los riesgos por parte de la compradora, la vendedora ni quien aseguró la mercancía por los riesgos del transporte y pagó a aquella por su sustracción, tendrían legitimación para, invocando el contrato de transporte e incluso el de depósito en mención, solicitar de la demandada el pago o el reembolso de la correspondiente prestación, toda vez que la única atadura negocial resultante para esta parte en el proceso tiene que ver con la destinataria de la mercancía, y en virtud del depósito de las mismas.

Si, entonces, haciendo abstracción de los defectos técnicos ya enunciados, fuera pertinente decidir de fondo sobre la acusación, habría que concluir, de conformidad con las reflexiones sentadas, que la sociedad actora no podría sacar avante su pretensión, lo que pone en evidencia, por ende, la intrascendencia del ataque formulado.

5.- El cargo, por todo lo que viene de verse, no se abre paso.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de 16 de marzo de 1992, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Costas del recurso de casación a cargo de la parte demandante recurrente.

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

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

VIOLACION 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 para formar 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.

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / ERROR DE HECHO

Cuando uno o varios hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que los considera aisladamente o ya en conjunto con otros para su definición jurídica, ofrecen dos o más interpretaciones lógicas o aceptables, porque ninguna de las cuales resulta ser arbitraria o absurda, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que en tal evento incurra en yerro de facto o manifiesto, evidente o que brille al ojo.

CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro es aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina "prima", dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al "asegurado" los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el

patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de "daños" o de "indemnización efectiva", o bien de seguros sobre las personas cuya función, es la previsión, la capitalización y el ahorro.

SEGURO DE DAÑO / SEGURO DE PERSONA

Los seguros de daños consisten en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, mientras que en los seguros de personas a los que por su naturaleza les sea extraño el principio indemnizatorio, dicho objeto lo constituye la suma asegurada en la cual, por regla general y en lo que son su delimitación cuantitativa toca, cumple función preponderante la vocación contractual de los estipulantes.

SINIESTRO / RIESGO ASEGURABLE / PERJUICIO, MORA / INTERESES / INTERES MORATORIO

Es imperativo distinguir entre la indemnización objeto de la prestación asegurada a que el siniestro da origen por virtud de un contrato de seguro de daños y aquél otro tipo de reparación de la que es responsable el asegurador por incumplimiento de los compromisos que a su cargo dimanan; la primera, es consecuencia del normal desenvolvimiento del contrato, se deriva de la realización del riesgo asegurado y comprende a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso, al paso que la segunda es el resultado de una situación antijurídica que da lugar a una indemnización moratoria que se fija siguiendo en tesis general las mismas directrices básicas adoptadas por el art. 1617 del C.C. tratándose de la inejecución de obligaciones consistentes en pagar sumas de dinero, es decir expresada dicha indemnización en una deuda adicional por intereses que se deben sin tener en cuenta el daño emergente y el lucro cesante y para cuya exigibilidad basta el solo retardo sin necesidad de requerimiento previo de ninguna clase. Desde el momento en que principia la mora, o sea a partir del día en que el respectivo débito líquido adquirió exigibilidad por vencimiento del plazo e independientemente de que medie o no fallo judicial o arbitral declarando la responsabilidad del asegurador por incumplimiento, éste último será obligado, junto al pago de la

prestación asegurada, a resarcir por daños al asegurado o al beneficiario, y por consiguiente tratándose de una verdadera deuda pecuniaria, a reconocer intereses.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: *Expediente No. 4045* *Sentencia No. 002*

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha doce (12) de junio 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 la Sociedad OSCAR VELEZ P. Y CIA. LTDA. contra SKANDIA SEGUROS DE COLOMBIA S.A.

I. El litigio:

1. En demanda presentada el 22 de junio de 1990 y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín, la sociedad demandante formuló demanda ordinaria de mayor cuantía, *por responsabilidad contractual en acción de cumplimiento de un contrato de seguro*, contra la Compañía SKANDIA SEGUROS DE COLOMBIA S.A., para que previos los trámites correspondientes, se declare: a) Que la entidad demandada es contractualmente responsable del pago de cinco millones doscientos cincuenta mil pesos ($5.250.000) en virtud de la ocurrencia del riesgo contratado, de conformidad con la póliza 000410, certificado individual de seguro, sobre el semirremolque marca Inca, placa RO9342, modelo 1986; b) Que SKANDIA SEGUROS DE COLOMBIA S.A. es contractualmente responsable del pago de perjuicios por concepto de lucro cesante a favor de OSCAR VELEZ P. Y CIA LIMITADA, por valor de dos millones doscientos mil pesos ($2.200.000) desde el momento en que se hizo exigible el pago de la obligación, hasta cuando se efectúe la cancelación de la misma; asimismo, solicita se le condene a cancelar la "indexación" de las sumas señaladas, pues se refieren al valor de las prestaciones al momento de tener ocurrencia el siniestro y, en fin, a pagar las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

Como causa de pedir afirmó la demandante: a) la firma OSCAR VELEZ P. Y CIA. LIMITADA adquirió de Cementos del Nare S.A. el vehículo Volco (Trayler) con placas RO9342, MODELO 1986, de tres ejes, por cinco millones de pesos ($5.000.000), suma que canceló en parte con un préstamo que le hizo Cristalería Peldar S.A. por dos millones quinientos mil pesos ($2.500.000), acreedor este último que le exigió tomar una póliza de seguro por cinco millones doscientos cincuenta mil pesos ($5.250.000) en la que Cristalería Peldar S.A. era la beneficiaria y que cubría la pérdida total o parcial por hurto o pérdida total por daños. b) El 26 de junio de 1988 cuando el vehículo descargaba un material mineral en las instalaciones de "Peldar" en Bogotá, se volcó sufriendo daños de tal magnitud que lo dejaron en condiciones de pérdida total, por lo que el 5 de julio siguiente se procedió a presentar la reclamación a SKANDIA SEGUROS DE COLOMBIA S.A., compañía que dilató el pago y solo contestó el reclamo el 28 de septiembre del mismo año alegando que se encontraba libre de toda responsabilidad por cuanto había operado la exclusión derivada de la sobrecarga del vehículo. c) La empresa INCA FRUEHAUF (Industria Colombo Andina Inca S.A.), fabricante del vehículo en cuestión, comunicó el 21 de septiembre de 1988 que el referido Volco trayler "tiene una capacidad estructural de cuarenta y cinco (45) toneladas de carga útil", e informó "que la matrícula expedida por el Intra para treinta y cinco (35) toneladas, en este mismo equipo, obedece a las regulaciones de carreteras y de puentes en algunos lugares del país, y no de la capacidad de diseño del automotor", luego los 36.280 kilos con que según el tiquete de la báscula estaba cargado el semirremolque al momento del siniestro "no son bajo ninguna circunstancia, sobrecarga al equipo en mención". d) SEGUROS SKANDIA contestó a lo anterior que la póliza también contempla como causal de exclusión de responsabilidad la desatención de las señales reglamentarias de tránsito, desconociendo que la misma póliza aclara que ello es así "siempre y cuando exista relación de casualidad entre tal circunstancia y el siniestro".

2. Admitida a trámite la demanda y surtido el traslado correspondiente, actuando por intermedio de procurador judicial la compañía dio oportuna respuesta a todas las súplicas deducidas, oponiéndose a su reconocimiento, negando los hechos en que la actora basa sus pretensiones y proponiendo como defensas las que denominó "incumplimiento del contrato póliza 410 certificado 2424723" por violación a las normas del Ministerio de Obras Públicas en las que se determinan los pesos y dimensiones requeridos para los vehículos de carga en el país, y la "inexistencia de la obligación de indemnizar y por consiguiente inexistencia de mora".

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, el Quinto Civil del Circuito Especializado de Medellín, dictó sentencia el 12 de diciembre de 1991 en la cual declaró probada la causal de exclusión "cuando el vehículo se halla sobrecargado", y por lo tanto, desestimó las pretensiones de la demanda, absolviendo de los cargos a la aseguradora demandada e imponiéndole a la entidad demandante la obligación de pagar las costas del proceso.

4. Contra lo así resuelto interpuso ella apelación, motivo por el cual subió el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde, luego de rituada la segunda instancia, por sentencia del 12 de junio de 1992 se revocó la providencia impugnada y en su lugar se condenó a la sociedad SKANDIA SEGUROS DE COLOMBIA S.A. a pagarle a la sociedad OSCAR VELEZ P. Y CIA. LTDA.: "a) por concepto de indemnización con base en el contrato de seguro de que da cuenta la demanda (póliza 410) la suma de tres millones seiscientos setenta y cinco mil pesos (3.675.000); b) por concepto de indexación (daño emergente) generada por la mora, la suma de setecientos cincuenta y nueve mil novecientos noventa pesos ($759.990.oo) ML", y desestimó la pretensión sobre lucro cesante (Artículo 1088 Código de Comercio) y las excepciones que adujo la parte demandada, condenando a ésta última a pagar las costas del proceso en las dos instancias.

II. Fundamentos del fallo impugnado

A vuelta de hacer el acostumbrado recuento de antecedentes, advierte de entrada el *ad quem* que procede pronunciamiento de fondo por cuanto se encuentran reunidos los presupuestos procesales y no se observan situaciones constitutivas de excepciones perentorias temporales declarables de oficio, y partiendo de esta premisa, a continuación señala que "aunque el aspecto de controversia en esta segunda instancia se circunscribe al estudio de dos causales de exclusión que figuran en la póliza y que, según la demandada se dan, como son las del literal d) y literal f) de la póliza, también es deber oficioso del fallador constatar la concurrencia de las condiciones de la acción", las cuales encontró demostradas al establecer la legitimación de las partes que, afirma, proviene del contrato de seguro y aunque la entidad demandada solo allegó copia informal de la respectiva póliza, el hacerlo equivale al reconocimiento implícito de su contenido el cual tampoco fue tachado por la actora, obteniéndose así la autenticidad de dicho documento.

Procede luego el *ad quem* a analizar el tema de las exclusiones de responsabilidad contenidas en la póliza que instrumenta el contrato de seguro cuyo cumplimiento se pretende en este litigio, no sin antes advertir que la actitud tomada por la sociedad demandada significa la aceptación de la realidad misma del contrato y el acaecimiento del siniestro en las circunstancias de tiempo, lugar y modo, salvo el hecho de la alegada sobrecarga. Y frente a la causal de exclusión basada en este último supuesto citado, encuentra el tribunal "1) Que respecto del vehículo de placas RO9342 semirremolque, tanto puede hablarse de capacidad en toneladas, nominal, como estructural, las cuales son diferente. 2) Que al consignar por escrito las características del riesgo y las condiciones de exclusión, nada se dijo sobre cuál de tales tonelajes, esto es, si el constitutivo de la capacidad nominal (35.000 kgs.) o el de la capacidad estructural (45.000 kgs.), interesaba para los efectos del contrato, lo que evidentemente determina una ambigüedad. 3) Que la redacción de dichas cláusulas contractuales en el Certificado Individual y en las Condiciones Generales de la Póliza, provienen de la Aseguradora siendo la ambigüedad el resultado de aquella falta de precisión. De ahí que, para los efectos de la exclusión que se analiza, haya que concluir en contra de la entidad demandada porque la cláusula ambigua debe interpretarse así, sin que respecto de la capacidad estructural pueda hablarse de sobrecarga".

En cuanto a la otra exclusión aducida por la compañía aseguradora, consistente en la desatención por parte del conductor de las señales reglamentarias de tránsito, siempre y cuando exista relación de causalidad entre tal circunstancia y el siniestro, el fallador señaló que "de acuerdo con lo probado, la causa del accidente que tuvo el semirremolque de placas RO9342 no fue la carga de treinta y seis mil (36.000) kgs. así ésta haya constituido una transgresión de normas del INTRA que sólo permitía cargar treinta y cinco mil (35.000) kgs. como máximo. El volcamiento ocurrió porque se inobservaron las precauciones para descargar el vehículo, de tal modo que todo el contenido de la 'batea' se localizó en un solo lado desestabilizándolo. Esa situación constituye culpa del conductor que es riesgo amparado, toda vez que no se acreditó dolo de su parte".

Así el *ad quem* arriba a la conclusión de que en realidad de verdad la entidad demandada se halla en la obligación de cubrir el riesgo asumido por la pérdida total del Volco, constatada en la inspección judicial y dictaminada por peritos. Para liquidarla, ateniéndose al escrito de demanda sostiene que la entidad actora reclama como indemnización el valor del vehículo, la "indexación" y el lucro

cesante de los cuales descarta el último, pues "no hubo acuerdo expreso en tal sentido"; y en cuanto toca con los rubros restantes determinó la indemnización por pérdida del vehículo en tres millones seiscientos setenta y cinco mil pesos ($3.675.000) que corresponde al valor asegurado menos el deducible estipulado del 30% y la "indexación" (daño emergente) resultante de la mora del asegurador en pagar oportunamente, la precisó aplicando al monto anterior la variación del peso colombiano entre agosto de 1991, sesenta (60) días después de que el asegurado demostró su derecho, y la fecha de la sentencia -de acuerdo con el certificado del Banco de la República de 20.68%-, arrojando un valor de setecientos cincuenta y nueve mil novecientos noventa pesos ($759.990); acerca de este punto específico y haciendo alusión expresa del artículo 1080 del Código de Comercio, puntualiza el proveído impugnado que la mora, en orden a fijar el perjuicio consistente en la indexación (daño emergente) generada por esa situación, es decir "... en la mora del asegurador en pagar oportunamente el valor de la indemnización...", debe considerarse que surge "... sesenta días después de que el asegurado haya demostrado su derecho, lo cual se da en este proceso una vez quedó en firme el dictamen pericial que determinó la capacidad estructural del Volco (45 toneladas), pues con esta base pudo el tribunal interpretar la cláusula ambigua del contrato para deducir que en el siniestro no hubo sobrecarga...".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte:

Como fundamento del único cargo formulado en sustento del recurso, se cita el "numeral primero del artículo 268 (sic) del Código de Procedimiento Civil, por ser la sentencia violatoria de las normas del derecho sustancial (...) quebranto directo por inaplicación (...) en el artículo 1080 del Código de Comercio, (...) por aplicación indebida (...) en el artículo 1088 del Código de Comercio y consecuencialmente de las normas procesales: artículo 822 del Código de Comercio; artículos 1613, 1614 y 1615 del Código Civil. Por este error in-judicando, el Tribunal Superior de Medellín negó la pretensión de lucro cesante", motivo por cuya virtud la impugnación es parcial y se formula con el fin de obtener la información del numeral 3o. de la sentencia de segunda instancia.

Para demostrar el cargo el censor afirma, en primer lugar, que el artículo 1088 del Código de Comercio es el que se aplica al caso "toda vez que en las pretensiones de la demanda no se pidió la condena de intereses, sino los perjuicios. Señala que si tanto en el artículo 1080 del Código de Comercio como en el numeral 3o. del 1053 ibidem es común el plazo de sesenta (60) días para

que nazca la obligación del asegurador a pagar, se tiene que si la aseguradora es demandada debe pagar, en caso de ser condenada, además del monto de la indemnización intereses moratorios a partir de tal época, o en lugar de ellos pedir la indemnización de perjuicios en condena causada por la mora del asegurador, la cual según dice, "no está sometida a ninguna restricción en lo que a su cuantía se refiere. La reclamación de perjuicios, naturalmente está sometida a su prueba, (...) en cambio con los intereses, basta el hecho del retardo", resaltando que las solicitudes de pago de intereses o de perjuicios no son acumulables ni pueden formularse en forma subsidiaria pues se trata de pretensiones excluyentes y que por tanto, en su concepto, no fue aplicado "el artículo 1080 del caso debatido por parte del tribunal, cuando en forma clara en la demanda se pidió que además del pago de la indemnización se cancelara a título de sanción, el pago de perjuicios".

Como desarrollo de lo anterior dice el recurrente que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín aplicó indebidamente el artículo 1088 del Código de Comercio toda vez que consideró que era éste el que se ajustaba al caso y no el 1080 ibidem, teniendo en cuenta que, según argumenta, la condena al pago de intereses o de perjuicios contenida en esta última norma "es una sanción proveniente de la mora en atender la reclamación dentro del plazo (...). Los perjuicios deben liquidarse con base en que provienen del incumplimiento de las obligaciones del asegurador", por lo que considera que el *ad quem* "confundió que una cosa es la indemnización por la pérdida del bien asegurado (1088 del Código de Comercio) y otra la correspondiente a los perjuicios que la mora del asegurador causó (1080 del Código de Comercio). Razón de la demanda", y que por ser sanción moratoria, el pago de tales perjuicios, conforme a lo estatuido en los artículos 1613, 1614 y 1615, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante que una vez tasados deben adicionarse a la suma del seguro, interpretación que el recurrente considera "diáfana" pues "si se mira la misma pretensión, pero con la solicitud de pago de intereses, se ve claramente, que una cosa es el valor asegurado por pagar y otra es el valor de esos intereses".

Es que si hay mora del asegurador en el pago de la indemnización, concluye a manera de resumen la censura, "... el artículo 1080 del Código de Comercio viene a operar y el asegurado tiene pleno derecho a que se le pague el capital total establecido en la póliza (daño emergente más lucro cesante), y sobre él se liquidarán los intereses moratorios (si se solicitan estos) o será la suma base para agregar a lo que se demuestre como perjuicios provenientes de la mora en el pago...".

Se considera:

1. Visto el contenido del cargo formulado, de entrada resulta pertinente recordar la diferencia existente entre una acusación formulada en sede de casación por la vía directa y una por la indirecta, así como los requisitos que la ley exige para hacer uso de esta última cuando se plantea por error de hecho. El numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil tiene como supuesto básico para la prosperidad de la causal de casación en estudio, la violación de la ley sustancial, a la cual puede llegarse por dos caminos diferentes cuya distinción no debe olvidarse, atendiendo justamente a los importantes efectos que implica: en 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 al 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 para formar 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, o que persigan poner de presente la necesidad de un nuevo examen crítico de este aspecto (G. J. Tomos CXXXII, pág. 193, CXLII, pág. 46, y CLVIII, pág. 187).

Y por lo que toca en particular con la interpretación equivocada de la demanda como fuente posible de errores de hecho, esta Sala ha reiterado que

"... 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 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 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. Tomo LXVII, 434; CXLII, pág. 200)". (Casación Civil de 22 de agosto de 1989).

2. Ubicadas en este punto las cosas, es de hacerse ver que le asiste razón entonces a la parte demandada, opositora en casación, cuando advierte que el censor, no obstante aseverar que su impugnación va enfilada por la vía directa y que por ende "... no están en discusión los hechos del proceso ni las normas de procedimiento aplicadas...", se enfrenta sin duda alguna a las conclusiones de hecho extraídas por el juzgador ad quem respecto del contenido del escrito de demanda en su capítulo petitorio. En efecto, para el recurrente este órgano judicial quebrantó por falta de aplicación el artículo 1080 del Código de Comercio a pesar de que en forma que no vacila en calificar de "clara" según su modo de ver el asunto, la sociedad demandante pidió que "... además del pago de indemnización se cancelara a título de sanción el pago de los perjuicios ...", agregando líneas adelante que "... la esencia del recurso de casación se encuentra en que el Tribunal de Medellín confundió que una cosa es la indemnización por pérdida del bien asegurado (Artículo 1088 del Código de Comercio) y otra la correspondiente a los perjuicios que la mora del asegurador causó (Artículo 1080) ...", recalcando asimismo que en este conjunto radica la "... razón de la demanda...". La confusión pudo darse en verdad dentro del marco teórico que en el aparte siguiente se indica, pero es la propia censura, mediante estas afirmaciones que se dejan reseñadas, la que se encarga de identificar su origen y centrarlo en el entendimiento objetivo que en su sentir

requería la demanda, toda vez que al tenor de la tesis en cuestión, la corporación sentenciadora no advirtió que en dicho acto introductorio de postulación, en concepto de "lucro cesante", se pretendía expresamente el pago de perjuicios por la mora imputable a la compañía aseguradora demandada y no el de una prestación emergente de un seguro contratado para cubrir también los beneficios dejados de percibir a raíz del acaecimiento del siniestro que produjo la pérdida total del semirremolque de propiedad de la actora, lo que permite inferir que la tesis, aun cuando se quiera aparentar otra cosa, se edifica sobre un posible desacierto en la interpretación de la demanda que, afirma, llevó a aplicar de manera indebida la restricción consagrada en el artículo 1088 del Código de Comercio en relación con los llamados "seguros de lucro cesante".

3. Aun cuando el Código de Comercio vigente en el país desde 1972 no contiene en el Título V de su Libro Cuarto ninguna definición expresa del contrato de seguro, lo cierto es que con apoyo en varias de las disposiciones que de dicho Título hacen parte, y de modo particular en los artículos 1037, 1045, 1047, 1054, 1066, 1072, 1077 y 1082, bien puede decirse, sin ahondar desde luego en mayores detalles técnicos para el caso impertinentes, que *es aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona -el asegurador-- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina "prima", dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al "asegurado" los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de "daños" o de "indemnización efectiva", o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro.* Salta a la vista, pues, que uno de los elementos esenciales en este esquema contractual es la obligación "condicional" contraída por el asegurador de ejecutar la prestación prometida si llegare a realizarse el riesgo asegurado, obligación que por lo tanto equivale al costo que ante la ocurrencia del siniestro debe aquel asumir y significa asimismo la contraprestación a su cargo, correlativa al pago de la prima por parte del tomador.

En este orden de ideas y de acuerdo con el texto del artículo 1080 del Código de Comercio, tanto en la que fuera su redacción original como en la que actualmente tiene por obra del artículo 83 de la Ley 45 de 1990, el objeto de la referida obligación, al tenor del artículo 1054 ib. originada en el siniestro, es el pago de este último, o para expresarlo con mayor exactitud, el pago de la

prestación asegurada cuya entidad, por fuerza de cuanto queda señalado en el párrafo precedente, no es siempre la misma, habida consideración que entratándose de *seguros de daños consiste en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, mientras que en los seguros de personas a los que por su naturaleza les sea extraño el principio indemnizatorio (Arts. 1088 y 1142 del Código de Comercio), dicho objeto lo constituye la suma asegurada en la cual, por regla general (Artículo 1138 ib.) y en lo que con su delimitación cuantitativa toca, cumple función preponderante la voluntad contractual de los estipulantes.* En otras palabras, la obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que emerge para el asegurador una vez cumplida la condición, queda en vías de transformarse, por virtud de ese suceso y con la ayuda de procedimientos técnicos revestidos de mayor o menor complejidad según las circunstancias, en una deuda pura y simple, líquida y exigible de pagar la prestación asegurada al legitimado para reclamarla y que demostró su derecho en los precisos términos prescritos por el artículo 1077 del Código de Comercio, prestación que no obstante tener un alcance variable en tanto que depende por lo menos de la clase de seguro, de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato, teniendo en cuenta lo que sobre este particular disponen el artículo 1080 del mismo código, que dicho sea de paso es el aplicable en este litigio, y el artículo 21 de la Ley 35 de 1993, los cuales, como bien es sabido, para llevar a cabo ese pago conceden un plazo que hoy en día, por mandato del segundo de los textos citados, puede ir de un mes calendario hasta sesenta días hábiles y cuyo vencimiento determina automáticamente la constitución en mora del asegurador con todas las consecuencias que ello trae, una de las cuales consistente en poner a su cargo el reconocimiento y pago de intereses en favor del asegurado o del beneficiario, intereses que en la actualidad se liquidarán sobre el importe de la suma de dinero en que la aludida prestación se traduce y a la tasa moratoria máxima vigente en el mercado al momento en que por entero su satisfacción se produzca.

Están en lo correcto, entonces, las dos partes cuando, a través de sus apoderados, en la demanda de casación y en el escrito de réplica contra ella presentado hacen hincapié en que, a nivel conceptual, *es imperativo distinguir con absoluta precisión entre la indemnización objeto de la prestación asegurada a que el siniestro da origen por virtud de un contrato de seguro de daños de la índole del contenido en la póliza global 000410 que ha dado*

motivo para este litigio, y aquél otro tipo de reparación de la que es responsable el asegurador por incumplimiento de los compromisos que a su cargo dimanan; la primera, se repite, es consecuencia del normal desenvolvimiento del contrato, se deriva de la realización del riesgo asegurado y comprende a la vez "... el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso..." (Artículo 1088 del Código de Comercio), al paso que la segunda es resultado de una situación antijurídica (que a partir de la reforma introducida en el artículo 1080 del Código de Comercio por la Ley 45 de 1990 tantas veces citada a lo largo de estas consideraciones), da lugar a una indemnización moratoria que se fija siguiendo en tesis general las mismas directrices básicas adoptadas por el artículo 1617 del Código Civil tratándose de la inejecución de obligaciones consistentes en pagar sumas de dinero, es decir expresada dicha indemnización en una deuda adicional por intereses que "... se deben sin tener en cuenta el daño emergente y el lucro cesante..." (G. J. Tomo XLV, pág. 755) y para cuya exigibilidad basta el sólo retardo sin necesidad de requerimiento previo de ninguna clase, intereses que por lo demás la ley presume bajo la razonable suposición de que todo capital los gana como mínimo en la cuantía señalada por el estatuto mercantil en aquél precepto reformado. En síntesis, desde el momento en que principia la mora, o sea a partir del día en que el respectivo débito líquido adquirió exigibilidad por vencimiento del plazo en dicha norma previsto e independientemente de que medie o no fallo judicial o arbitral declarando la responsabilidad del asegurador (G. J. Tomo CLXVI, pág. 167) por incumplimiento, éste último está obligado, junto al pago de la prestación asegurada, a resarcir por daños al asegurado o al beneficiario y, por consiguiente, tratándose de una verdadera deuda pecuniaria, a reconocer intereses en la medida prescrita en el artículo 1080 del Código de Comercio, luego entendido el sistema con esta doble perspectiva, se hace evidente a todas luces la notable ambigüedad que entraña una pretensión que, cual ocurre con la segunda de las incorporadas en la demanda que a este proceso le dio comienzo, aparece formulada en los siguientes términos: "... Se declare que A) ... B) SKANDIA, SEGUROS DE COLOMBIA S.A. es contractualmente responsable del pago de perjuicios de LUCRO CESANTE (sic) a favor de OSCAR VELEZ P. Y CIA. LTDA. por valor de $2.200.000 desde el momento en que se hizo exigible el pago de la obligación hasta cuando se efectúe la cancelación de la misma...", pretensión ésta de la que el tribunal de instancia dedujo, sin pecar contra la lógica ni hacer tampoco de lado arbitrariamente las reglas de la experiencia común, que "... la entidad actora reclama como indemnización, el valor del vehículo, la indexación y el lucro cesante ...", declarando enseguida que, de estos rubros "... se descarta por la Sala el último pues no hubo acuerdo expreso en tal sentido...".

Bastan, pues, las anteriores apreciaciones para concluir que la vía utilizada para formular el cargo no fue la adecuada según los argumentos expuestos para desarrollarlo, defecto que naturalmente obliga a desechar la acusación por adolecer de insuficiencia técnica.

Decisión:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha doce (12) de junio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para ponerle fin al proceso ordinario de la referencia.

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

Cópiese, notifíquese y en la oportunidad de ley devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pedro Lafont Pianetta, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Ramón Madriñán de la Torre - Conjuez -, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

SUMA DE POSESIONES / PRESCRIPCION ADQUISITIVA / PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA / COMUNIDAD / INTERVERSION DEL TITULO

1. La llamada unión, agregación o incorporación de posesiones: institución que consiste en autorizar que el poseedor, si así conviene a sus intereses, complete el tiempo necesario, bien sea para la consumación de una prescripción adquisitiva en curso o ya para abrirle paso a las acciones posesorias de mantenimiento, uniendo al suyo el tiempo de sus causantes o antecesores, desde luego también poseedores. En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores.

2. La prueba producida debe ser irrefragable en punto de poner en manifiesto tres cosas, a saber: que aquellos señalados como sucesores tuvieron efectivamente la posesión exclusiva en concepto de dueño, pública e ininterrumpida durante cada período; que entre ellos existe el vínculo de causahabiencia necesario; y por último, que las posesiones que se suman son sucesivas y también ininterrumpidas desde una perspectiva puramente cronológica.

3. Para poder sumar a las posteriores la que del aquí heredero se predica, forzoso era empezar por demostrar que la posesión no es la de un comunero sino la que de ordinario ejercen los propietarios, lo que implica rendir prueba cumplida de la interversión de dicha situación posesoria en la medida en que, no obstante haberse iniciado "pro indiviso" dado su origen y ser por ende promiscua contando con la pasividad de los demás herederos se transformó en una auténtica posesión "pro suo" en que el comunero se olvida de su título y posee para sí como único dueño, ignorando derechos ajenos y sin interesarle quienes hacen parte de la comunidad.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: *Expediente No. 4000* *Sentencia No. 003*

Se decide acerca del recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que con fecha diez (10) de abril de 1992 y para ponerle fin a la segunda instancia, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia en el proceso ordinario de declaración de pertinencia seguido por LUIS CARLOS, MARIA JOSEFINA, ALICIA DEL SOCORRO, MARIA BALBINA, GABRIELA DE JESUS Y MARIA FERNANDINA GOMEZ ESTRADA contra OCTAVIO SANCHEZ LOPEZ, LUISA ELVIA MORENO DE GONZALEZ, MARIA FLORENTINA GOMEZ, ALFONSO GIL SALDARRIAGA, los sucesores universales indeterminados de José Dolores Sánchez (q.e.p.d.) y todas las demás personas que se crean con derecho sobre el inmueble al que se contrae la demanda.

I. El litigio:

1. Mediante escrito presentado con fecha nueve (9) de febrero de 1990 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia), obrando a través de apoderado judicial los hermanos LUIS CARLOS, MARIA JOSEFINA, ALICIA DEL SOCORRO, MARIA BALBINA, GABRIELA DE JESUS y MARIA FERNANDINA GOMEZ entablaron demanda ordinaria para que con citación y emplazamiento de las personas arriba mencionadas se declare que adquirieron por prescripción el derecho de dominio sobre un predio urbano ubicado en el municipio de ciudad Bolívar, departamento de Antioquia, inscrito con la matrícula No. 005.001013 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de ese círculo y cuyos linderos particulares señala el escrito de demanda.

Apoyan su pretensión los demandantes en los hechos que a continuación se resumen: a) Por medio de la escritura pública 618 otorgada en octubre de 1957 ante la Notaría Unica de Ciudad Bolívar, José Dolores Sánchez Parra adquirió de Benjamín Vélez Correa el predio sobre el que recae dicha pretensión, ubicado en la calle 48 del mencionado municipio y cuyos linderos, de acuerdo con la respectiva inscripción inmobiliaria existente, son "... por el

frente o norte con la actual calle 48; por el costado oriental con propiedad de José Gómez; por el sur o centro con propiedad de Antonio J. Uribe P., hoy sucesión de Luis Toro, y por el costado occidental con propiedad que es o fue de Antonio Puerta ..." b) A raíz del fallecimiento de su padre José Dolores Sánchez, su hijo OCTAVIO SANCHEZ LOPEZ construyó en el referido inmueble una casa de habitación y así, en febrero de 1975, enajenó sus derechos a ALFONSO GIL SALDARRIAGA quien a su vez los transfirió, cinco años después, a LUISA ELVIA MORENO DE GONZALEZ, actos estos de los cuales dan razón las escrituras 637 de 18 de febrero de 1975 y 189 de 11 de abril de 1980, ambas otorgadas en la Notaría Unica de Ciudad Bolívar y la segunda aclarada por la escritura pública 233 de 30 de abril de 1980. c) Luego la adquirente LUISA ELVIA MORENO DE GONZALEZ le vendió sus derechos a MARIA FLORENTINA GOMEZ ESTRADA de acuerdo con los términos de la escritura 638 de 1o. de septiembre de 1986, también autorizada por el Notario Unico de Ciudad Bolívar y aclarada mediante la escritura pública 701 del 3 de octubre del mismo año, y MARIA FLORENTINA GOMEZ ESTRADA, a través de la escritura 810 otorgada el 13 de noviembre de 1987 en la Notaría Unica de Ciudad Bolívar, efectuó en favor de los hoy prescribientes cesión de lo siguiente: 1. Los derechos herenciales en la sucesión de José Dolores Sánchez; 2. La posesión material por la cedente ejercida sobre el inmueble individualizado líneas atrás; y 3. Las mejoras allí mismo levantadas, consistentes en una casa de adobe con pisos de baldosa, cemento, y teja de barro, advirtiéndose expresamente que al momento de presentarse la demanda, en el predio tantas veces mencionado "... existe en la actualidad una edificación de tres pisos construida a expensas de los compradores y sobre dicha edificación la vendedora -vale decir la demandada MARIA FLORENTINA GOMEZ ESTRADA- participó en una séptima parte ...". d) En consecuencia, sumada la posesión material de los demandantes a la de quienes fueron sus antecesores según la relación precedente, pasa de veinte años y por eso hay lugar a que sea declarada la pertenencia.

2. Notificado el auto admisorio de la demanda en la forma debida, el demandado OCTAVIO SANCHEZ LOPEZ puso de manifiesto su intención de no formular oposición y respondió tan sólo el curador ad litem designado para representar a los demandados emplazados, expresando que tampoco se opone "... siempre y cuando se llegaren a demostrar los presupuestos de la prescripción adquisitiva de dominio...".

3. Surtida la primera instancia con práctica de pruebas, mediante sentencia proferida con fecha dieciséis (16) de diciembre de 1991 el Juzgado del

conocimiento le puso fin, desestimando las pretensiones de los demandantes quienes apelaron ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia el cual, en providencia proferida el diez (10) de abril del año siguiente, decidió confirmar, absteniéndose de imponer condena al pago de costas.

II. Los fundamentos de la sentencia impugnada:

Después del acostumbrado recuento de antecedentes, comienza el tribunal sus consideraciones refiriéndose en términos generales a la prescripción como uno de los modos legales de adquirir el derecho real de dominio, señalando que la posesión material es su elemento decisivo tanto en la ordinaria como en la extraordinaria, posesión que siempre debe tener una determinada prolongación en el tiempo y que, para tal fin, los artículos 778 y 2521 del Código Civil permiten sumar con la de anteriores proseedores: "... es decir que en materia de usucapion -puntualiza la corporación falladora- si el prescribiente no ha poseido todo el tiempo necesario para adquirir la cosa por este modo, si sus antecesores ejecutaron actos posesorios, podrá solicitar la declaratoria de pertenencia pretextando suma de posesiones, siempre y cuando se den los requisitos necesarios para ello: que exista un vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor o antecesores y que las posesiones que se suman sean sucesivas e ininterrumpidas ...", luego quien pretenda aprovecharse de esta institución debe demostrar que "... es sucesor a título universal o singular de quienes le han antecedido en la posesión del bien...".

Y sentadas estas premisas, en el entendido que en este proceso la demanda que le dio origen se funda precisamente en un caso de agregación de posesiones por más de veinte años, pasa enseguida el tribunal a examinar la prueba rendida, en particular la documental constituida por las copias de un conjunto de escrituras que a su juicio demuestran de manera satisfactoria "... el vínculo jurídico entre el actual poseedor y sus antecesores y entre estos últimos...", y la de carácter testimonial que tan sólo sirve para poner de manifiesto que, sobre el inmueble en cuestión, tuvieron la posesión material, antecediendo a los demandantes, MARIA FLORENTINA GOMEZ ESTRADA, LUISA ELVIA MORENO DE GONZALEZ y ALFONSO GIL SALDARRIAGA, más no así OCTAVIO SANCHEZ LOPEZ, lo que lleva a concluir que "... sumadas las posesiones de estas personas hasta la fecha de la demanda se encuentra con que sólo han transcurrido quince años pues la de Alfonso Gil Saldarriaga empezó el 18 de febrero de 1975 ...". En efecto, dando por supuesto que en procesos de este linaje la prueba de la posesión "... debe ser

clara y contundente y no ofrecer dubitación alguna...", afirma la sentencia que estas condiciones no las reúne la versión del demandado OCTAVIO SANCHEZ LOPEZ; "... tras afirmar que compró el solar en el cual se edificó la casa hoy existente -apunta el tribunal- dice luego que después de la muerte de su madre e iniciada la sucesión de ésta, su abogado le manifestó que era dueño de la casa por haberla construido y de una octava parte del solar en razón de que eran ocho hermanos y herederos. Advierte que vendió su derecho y que cuando sus hermanos empezaron a murmurar les dijo que ahí estaba el derecho de ellos que si querían lo sacaran...", expresiones estas que junto con otras, "... revelan que el demandado no tenía ánimo de señor y dueño sobre la totalidad del solar (...) pues acepta que sus siete hermanos tenían derechos sobre el mismo...", de manera entonces que por eso "... el testimonio (sic) no es enteramente claro, siendo mínimamente equívoco sobre el punto...".

En fin, en sus apartes últimos alude el fallo a las razones expuestas por el juzgado de primera instancia para denegar las pretensiones de la parte demandante, señalando que no se ajustan a derecho pues "... en el caso a estudio, las escrituras adjuntadas, que prueban el vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor, no se refieren sólo a la transferencia de derechos herenciales, sino también a la de los derechos emanados de las posesiones ejercidas, lo que hace que estos no pertenezcan a una universalidad jurídica sino que se refieren a un objeto concreto, a un derecho determinado desplegado y transferido no por medio de la venta de derechos hereditarios...".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte:

Invocando la primera de las causales consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formula la parte demandante un cargo único mediante el cual acusa la sentencia de quebrantar indirectamente los artículos 673, 757, 762, 765, 778, 2512, 2521, 2518, 2531 y 2532, todos del Código Civil, a causa de manifiestos errores de hecho en que incurrió el tribunal al apreciar las pruebas, en particular la declaración de Luis Eduardo Herrera Moreno, el "testimonio" de Alfonso Antonio Gil Saldarriaga, la declaración de María Floretina Gómez Estrada y el interrogatorio absuelto por el demandado Octavio Sánchez López.

La tesis planteada como sustento de esta censura se reduce, en síntesis, a sostener que incurre en una falsa apreciación fáctica el sentenciador de instancia al afirmar que no quedó demostrada la posesión inicial en cabeza de Octavio Sánchez López, anterior a la ejercida por Alfonso Antonio Gil, habida consideración que esa posesión es un hecho cuya realidad quedó positivamente

establecida en el plenario mediante las pruebas referidas y que el tribunal tergiversó, apreciación ésta última que el casacionista pasa a justificar aludiendo en detalle a cada uno de tales medios para concluir que existe un notorio error de juicio por dos razones, a saber: en primer lugar, porque el fallador supuso "... que dos frases del señor Octavio Sánchez son prueba de que éste no poseyó el bien objeto de usucapión con ánimo de señor y dueño ..." y en segundo lugar, porque ignoró otras afirmaciones del mismo señor contundentes sobre el tema y las tres declaraciones de Luis Eduardo Herrera, Alfonso Antonio Gil y María Florentina Gómez "... también pregoneras de la posesión de Sánchez López ...".

"... De esta suerte -expresa a modo de síntesis el recurrente- el fallador dio al interrogatorio de Sánchez López una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido y como por otra parte ignoró olímpica e inexplicablemente las tres declaraciones ya comentadas, se ve con claridad meridiana que su yerro fue ostensible, manifiesto y, desde luego, trascendente a su decisión, pues resulta igualmente claro que, si no hubiera incurrido en tal error de juicio, su fallo habría sido muy distinto, vale decir estimatorio de las pretensiones deducidas por los actores ..." puesto que si la sentencia "... hubiera sopesado en su justo valor las comentadas declaraciones y las manifestaciones con que Sánchez López afirmó su posesión en nombre propio ...", habría tenido que admitir por fuerza que, a la suma de posesiones que tuvo por acreditadas en el lapso contínuo de quince años, era necesario adicionar la que por más de diez años mantuvo el tantas veces nombrado Octavio Sánchez López, "... lo cual daría un lapso muy superior a veinte años, suficiente para ganar por prescripción extraordinaria el dominio que han venido reclamando para sí los actores Gómez Estrada a través de este proceso ...".

Resulta pues innegable a juicio del censor que, indirectamente, el tribunal quebrantó las normas de derecho sustancial citadas en el encabezamiento del cargo, "... como que no hizo actuar las normas relativas a una posesión suficientemente demostrada y, de contera, dejó de aplicar las que dicen relación con la prescripción extraordinaria, pues denegó el dominio a quienes legítimamente lo adquirieron por dicho modo ...", todo lo cual conduce a que la providencia deba ser infirmada.

Se considera:

1. Sabido es que aun cuando la posesión material es un simple hecho que en cuanto tal no se transmite ni tampoco puede transferirse, en beneficio de la

usucapión y de las importantes secuelas que le son inherentes de modo particular en lo que al saneamiento de la titulación inmobiliaria en el país concierne, los artículos 778 y 2521 del Código Civil consagran *la llamada unión, agregación o incorporación de posesiones, institución que como tantas veces se ha repetido, consiste en autorizar que el poseedor, si así conviene a sus intereses, complete el tiempo necesario, bien sea para la consumación de una prescripción adquisitiva en curso o ya para abrirle paso a las acciones posesorias de "mantenimiento" dada la exigencia del artículo 974 del mismo código, uniendo al suyo el tiempo de sus causantes o antecesores, desde luego también poseedores*. Dicho en otros términos, por obra de los textos legales aludidos, posesiones materiales anteriores pueden acceder a la que tenga el actual que invoca la prescripción, si éste último así lo quiere y si, además, concurren otros requisitos de los que depende que el ejercicio de esta facultad sea en verdad operante y provechoso, requisitos que no sobra rememorar ahora puesto que, según quedó visto, es precisamente en la institución comentada donde se fundamenta la demanda de declaración de pertenencia por prescripción que al proceso de origen le dio comienzo y, por lo demás, en tanto encontró que no fue demostrado en el plenario el cumplimiento de la totalidad de los ameritados requisitos, también en dicha institución descansa el fallo de instancia al que se contrae el recurso en estudio.

a) En primer lugar, por exigencia de la hipótesis ha de tratarse de varias situaciones posesorias con entidad suficiente y contiguas entre sí, exigencia que a su vez se despliega en dos sentidos distintos: uno que resulta del propio tenor literal del segundo inciso del artículo 778 cuando indica que la procedencia de la acumulación reclama de suyo la existencia real de un orden cronológico y sucesivo en las diferentes posesiones que se pretende unir, mientras que el segundo consiste en que cada posesión debe seguir a la otra sin interrupción natural o civil.

b) Un segundo requisito es que las posesiones consagradas sean homogéneas en cuanto al objeto sobre el que se materializan, lo que conduce a afirmar, por ejemplo, que para estos propósitos no es admisible sumarle a la posesión sobre cosas corporales, aquella que recae sobre puros derechos (Artículos 653, 664 y 776 del Código Civil).

c) Finalmente es condición insustituible la presencia de títulos justificativos de la iniciación de las sucesivas posesiones, toda vez que en mérito de razones de moralidad evidentes "... los usurpadores no pueden sacar ventaja ninguna

de la posesión que tenía la persona a quien despojaron, así como tampoco de la que ostentaron sus antecesores; *en la prescripción extraordinaria, ha dicho la Corte aludiendo a este punto específico, el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores (...); pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores.* Es decir, debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años -hoy veinte de conformidad con el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936-. Y generalizando se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de sus antecesores, ha de demostrar la serie de posesiones mediante la prueba de los respectivos traspasos, pues de lo contrario quedarían sueltos y desvinculados los varios lapsos de posesión material, lo cual significa que el sistema consagrado en los artículos 778 y 2521 del Código Civil funciona sobre la base de que las posesiones sucesivas son congregables a través del vínculo jurídico de causahabiencia que es el punto por donde el causante transmite al sucesor, a título universal -por herencia- o singular -por contrato-, las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido" (G. J., Tomos XXXIX, pág. 20, LXVII, pág. 695, y CLIX, pág. 357, reiteradas en Casación Civil de 22 de enero de 1993 sin publicar).

Significa lo anterior, entonces, que si el reconocimiento de los efectos propios de la institución objeto de análisis presupone una auténtica sucesión regular en las posesiones, apoyándose cada eslabón por lo tanto en un "título" adecuado por virtud del cual, en forma de conexión o continuación de varias situaciones posesorias adyacentes, un sujeto reemplaza a otro y puede por este camino reunir el tiempo previsto en la ley para que tenga lugar la adquisición por prescripción del condigno derecho, aparece a todas luces evidente que, como lo entendió con acierto el tribunal sentenciador en la especie subexamine, la carga probatoria que pesa sobre quien pretende haber ganado la prescripción en estas condiciones, reviste un notable grado de complejidad en tanto que, se repite, el ejercicio de aquella facultad no produce sus frutos sino en la medida en que el interesado acredite que a la posesión suya agrega la posesión propia de una serie no interrumpida de antecesores, por lo que *la prueba producida debe ser irrefragable en punto de poner de manifiesto tres cosas, a saber: que aquellos señalados como antecesores tuvieron efectivamente la posesión exclusiva en concepto de dueño, pública e ininterrumpida durante cada periodo; que entre ellos existe el vínculo de causahabiencia necesario; y por último, que las posesiones que se suman son sucesivas y también ininterrumpidas desde una perspectiva puramente cronológica.*

2. En el caso concreto del que éste expediente da cuenta, los demandantes dicen haber ganado por efecto de la prescripción adquisitiva extraordinaria la propiedad de un inmueble situado en la calle 5a. con calle 48 de Ciudad Bolívar (Ant.), y para justificar tal pretensión acudieron a los artículos 778 y 2521 del Código Civil, afirmando que a la posesión material por ellos ejercida desde noviembre de 1987 se suma la de anteriores poseedores que se remonta hasta julio de 1965 cuando se produjo la muerte de José Dolores Sánchez P., último titular inscrito del derecho de dominio perfecto sobre dicho inmueble, "... y su hijo Octavio Sánchez López, obrando como señor y dueño del inmueble, edificó en el lote correspondiente una casa de habitación y en el mes de febrero de 1975, por medio de la escritura 637, vendió sus derechos a Alfonso Gil Saldarriaga ..." (Fl. 8 del cuaderno principal). A su vez, la sentencia desestimatoria de la demanda que al proceso le puso fin en segunda instancia, se funda básicamente en que las aludidas posesiones, representadas en una cadena cuyo origen se encuentra en una comunidad hereditaria sin liquidar, no pueden considerarse para agregarlas a la de los demandantes, sino a partir del momento en que se demostró que tomaron la entidad necesaria para reputarlas como verdaderas posesiones exclusivas ejercidas a título de dueño por los sucesivos adquirentes, cosa que a juicio del tribunal acontenció tan sólo en virtud del acto por el cual ese tercero de nombre Alfonso Gil Saldarriaga vino a adquirir, en febrero de 1975, la totalidad de los derechos sobre el bien hereditario que dijo transferirle uno de los herederos cuya posesión personal, excluyente de la que otros con igual calidad sucesoral pudieran ejercer, no se probó del modo debido, apreciación ésta última en la que toma pie para concluir que, al momento de presentarse aquella demanda, no se había consumado la prescripción invocada por falta del tiempo requerido en la ley, fijando así un enunciado decisorio de marcado contenido fáctico y dotado de influencia incuestionable en la decisión adoptada, que como a continuación pasa a verse, no es fruto en manera alguna de las burdas equivocaciones que, atribuyéndolas a una supuesta falsa representación de realidades probatorias que el informativo refleja, le señala al fallo la censura en estudio.

Para comprender que le asiste plena razón al tribunal y no al recurrente, basta acudir a los principios generales de acuerdo con los cuales es admisible la usucapión entre comuneros, habida cuenta que, por fuera de toda duda puesto que así lo ponen de presente los autos y no fue tema discutido en las instancias, de ese linaje era la clase de relación que, en el momento de producirse la transferencia en favor de Alfonso Gil Saldarriaga, existía entre el enajenante Octavio Sánchez López y sus siete hermanos respecto del bien raíz singular

integrante del acervo hereditario que recibieron a la muerte de su padre José Dolores Sánchez y cuya pertenencia por prescripción hoy reclaman los demandantes. En efecto, ante un estado de cosas con tales características y *para poder sumar a las posteriores la que de aquél heredero se predica, forzoso era empezar por demostrar que la posesión en referencia no es la de un comunero sino la que de ordinario ejercen los propietarios, lo que implica rendir prueba cumplida de la interversión de dicha situación posesoria en la medida en que, no obstante haberse iniciado "pro indiviso" dado su origen y ser por ende promíscua, contando con la pasividad de los demás herederos se transformó en una auténtica posesión "pro suo" en que "... el comunero se olvida de su título y posee para sí como único dueño, ignorando derechos ajenos y sin interesarle quienes hacen parte de la comunidad, es decir, mostrándose extraño a su existencia ...."* (G. J. Tomo LVIII, pág. 11), transformación que sin requerir mutación de título, tampoco puede quedarse en simples declaraciones de voluntad unilateral realizadas por parte interesada en vista de los apremios de un pleito. Ha de ser por el contrario, producto de reiterados actos posesorios del tipo de los que por vía de ejemplo indica el artículo 981 del Código Civil, exteriorizados con la inequívoca significación de que el comunero en trance de adquirir para sí por prescripción, los ejecutó con carácter exclusivamente propio y personal, desconociendo por añadidura el derecho a poseer del que también son titulares "pro indiviso" los demás coparticipes sobre el bien común, vale decir de conductas repetidas constantemente que por su contenido visible sirvan para poner en evidencia que aquello que pudo ser un estado inicial de coposesión derivado de la apertura de una sucesión, desapareció por entero y que uno de los herederos, desconociendo la indivisión, pasó a ser poseedor material exclusivo, desenlace éste último que expresándolo con ayuda de un conocido pasaje desde antiguo repetido muchas veces por la jurisprudencia francesa, necesita de prueba concluyente en orden a establecer la realización, por parte del que pretende adquirir a título privativo, de actos "... exteriores y contradictorios, agresivos y perseverantes que, por una manifestación inequívoca, pongan al copropietario en mora de defender su derecho..." pues de otra suerte, "... debe reputarse que aquél representa a la comunidad y que goza en virtud de su título tanto para sí como para la comunidad..." (Laurent, Principes, T. 32, núm. 292).

Y es precisamente una prueba de esta envergadura la que aquí echó de menos el juzgador ad quem en una apreciación de hecho que lejos de ser errónea hasta el extremo que el cargo en estudio le imputa, encuentra firme respaldo inclusive en los mismos medios demostrativos que según el parecer de la censura

fueron desfigurados, toda vez que si algo queda en claro después de la lectura completa de las Actas correspondientes, es que nada convincente hay en las declaraciones rendidas que por fuerza conduzca a tener por acreditado que, ejerciendo posesión exclusiva sobre el inmueble litigioso, Octavio Sánchez López dejó de reconocer los derechos de sus hermanos, mostrándose extraño e indiferente en absoluto frente a la indivisión hereditaria existente.

Luis Eduardo Herrera Moreno (fl. 4 vto. del cuaderno 2 del expediente) dice que después de muerto José Dolores Sánchez, "... quedó Octavio el hijo en la casa que dizque porque él la había hecho..." pero también expresa, esta vez sí sin reflejar incertidumbre ninguna acerca del fundamento de su respuesta, que conoció el predio pues "... según cuentas, el solar era de don José Dólores y los hijos entre todos construyeron la casa para que el viejo viviera en ella..." sin agregar ninguna otra información objetiva acerca de actos de significación posesoria a título de dueño exclusivo que, luego del fallecimiento del padre, hubiera realizado el tantas veces nombrado Octavio Sánchez a expensas de los derechos de los demás copartícipes; lo que respecto del tema sabe Alfonso Antonio Gil Saldarriaga (fls. 5 vto. y 6 del mismo cuaderno) se centra igualmente en la construcción de la casa e indica que la fuente de su ciencia deriva del propio Octavio Sánchez quien al vendérsela "... le dijo que él había construido eso...", versión que ratifica escuetamente María Florentina Gómez Estrada (fl. 7 vto. del cuaderno 2) cuando manifiesta que "... ya después de (sic) murió don José Dolores, ya don Octavio la construyó o la reformó y la arrendó porque él vivía en otra casita más arriba en la misma calle...", dando así razón de un hecho que aun teniéndolo por cierto, tampoco entraña de suyo un comportamiento posesorio agresivo y empeñosamente contradictorio de la coposesión subyacente; y finalmente, el equívoco alcanza su punto culminante con el dicho del demandado Octavio Sánchez López en cuanto da a entender (cfr. fls. 9 a 11 del cuaderno 2) que transcurridos más o menos diez años después de abierta la sucesión de su progenitor y obrando de acuerdo con la opinión profesional de un abogado por él consultado para tal propósito, lo que vendió ".. fue una octava parte de lo que es el solar porque éramos ocho hermanos los herederos..." y una casa que con exactitud no sabe si corresponde a la que es objeto de este proceso o a otra distinta, insistiendo en que siempre le dijo a sus hermanos "... que comenzaron a querer murmurar..." que ahí estaba su derecho, que él no lo había vendido y que "... lo sacaran" si es que esa era su voluntad, lo que sin lugar a dudas impide concluir, acogiendo la tesis sustentatoria de la impugnación, que a pesar de tan elocuentes pormenores, en los elementos probatorios reseñados resplandece la demostración de un ánimo de sustituir

aquella posesión promíscua por otra personal y exclusiva que, por definición, envuelve negar los derechos que Octavio Sánchez López insistentemente aceptó reconocer.

No aparecen, pues, los yerros que con la entidad de palmarios se le achacan a la sentencia recurrida y, por lo tanto, el cargo formulado debe desecharse.

Decisión:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia que con fecha diez (10) de abril de 1992, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia para ponerle fin en segunda instancia al proceso ordinario de la referencia.

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

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

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

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION DE FAMILIA / ABANDONO DEL MENOR

No pueden existir conflictos de atribuciones entre los jueces de familia y los penales para conocer de las infracciones delictivas contravencionales cometidas por personas que obviamente no son menores de edad, -abandono del menor- porque la ley en forma expresa y a través de textos suficientemente claros que admiten entendimiento distinto, tiene asignada esa función a los órganos integrantes de la jurisdicción en lo criminal.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: *Expediente No. 4770* *Auto No. 014*

Se refiere la Corte al conflicto de atribuciones que se presenta entre el Juzgado Ochenta y Cuatro Penal Municipal y el Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, frente a la remisión que hiciera el primer despacho al segundo de la denuncia presentada por MANUEL ACERO contra CLARA MYRIAM VENEGAS CASTILLO por presunto abandono del menor BRAYAN ESNEIDER ACERO VENEGAS de 65 días de nacido.

El Juzgado Ochenta y Cuatro Penal Municipal de esta ciudad al que por reparto correspondió la referida denuncia formulada ante la Comisaría Quinta de Familia de Carácter Policivo, por auto del veintisiete (27) de octubre de 1993 dijo que "como quiera que el estudio minucioso de la denuncia, se desprende claramente que lo que el señor MANUEL ACERO pretende es la custodia de su menor hijo, remítase por competencia al Juzgado de Familia -Reparto-".

A su turno, el Juzgado Veinte de Familia de esta ciudad manifestó que en la denuncia formulada se da cuenta de la comisión de un hecho punible cuyo conocimiento debió ser asumido por el Juzgado Ochenta y Cuatro Penal

Municipal aún de oficio y en cumplimiento a lo ordenado por el inciso 2 del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, y por ello no es competencia de dicho Juzgado de Familia, ante lo cual remitió el expediente a esta corporación.

Asimismo, ordenó por secretaría entregar a la Defensoría de Familia copia de las diligencias para que esta tome las medidas de protección al menor, según lo conceptuado en los artículos 36, 37, 57 y demás normas pertinentes del Código del Menor, oficina esta última que posteriormente informó que el denunciante MANUEL ACERO ya había sido atendido.

Observa la Corte que la denuncia presentada aunque si bien plantea una solicitud de custodia del menor, que ya fue atendida por las autoridades competentes según se desprende del expediente, lo cierto es que también y de manera principal da cuenta del presunto abandono del menor BRAYAN ESNEIDER ACERO VENEGAS por parte de su madre CLARA MYRIAM VENEGAS y de algunas amenazas hechas por esta última al denunciante MANUEL ACERO, conductas que de ser ciertas constituyen sin duda alguna infracciones por parte de la acusada que expresamente son sancionadas por el Código Penal y por lo tanto del resorte de los funcionarios pertenecientes a dicha jurisdicción. Para comprobarlo basta con recordar el tenor del artículo 346 del Código Penal: "El que abandone a un menor de doce años o persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años".

Puestas así las cosas, es suficiente lo anteriormente expuesto para inferir que, con el origen que tiene el que en estos autos se ofrece, *no pueden existir conflictos de atribuciones entre los jueces de familia y los penales para conocer de las infracciones delictivas o contravencionales cometidas por personas que obviamente no son menores de edad, porque la ley en forma expresa y a través de textos suficientemente claros que no admiten entendimiento distinto, tiene asignada esa función a los órganos integrantes de la jurisdicción en lo criminal.*

Decisión:

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, RESUELVE

ABSTENERSE de decidir el aparente conflicto de atribuciones ocurrido entre el Juzgado Ochenta y Cuatro Penal Municipal y el Veinte de Familia de Santafé de Bogotá.

En consecuencia, envíese la actuación al primero de ellos para que y en cuanto a la denuncia penal presentada por el ciudadano MANUEL ACERO concierne, proceda a adelantar los trámites que corresponden de acuerdo con la ley. Por secretaría líbrese el oficio remisorio correspondiente.

NOTIFIQUESE

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

TECNICA DE CASACION / CASACION - Cargos / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos

Los cargos contra la sentencia deben formularse "por separado", lo que significa que son autónomos, o sea, que no pueden integrarse unos con otros, por lo cual el planteamiento de cada uno de los mismos debe ser completo. Los ataques fraccionados a los distintos fundamentos de la sentencia, contenidos en los distintos cargos, es otro defecto técnico del que adolece la demanda que aquí se trata. Sin que, por lo demás sea posible pensar en integrar los distintos cargos a fin de examinarlos como si fueran uno solo, tal como lo permite el decreto 2651 de 1991, puesto que aquí el recurso fue interpuesto antes de que este entrara a regir.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía indirecta / ERROR DE HECHO

Acusada la sentencia por la vía indirecta de la causal primera, a raíz de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas, estos deben demostrarse.

NORMA SUSTANCIAL / PERJUICIO

En ninguno de los cargos se denuncia el quebrantamiento del art. 1615 del C.C., que es el que confiere el derecho a reclamar indemnización de perjuicios, derecho que, incluso, se supedita a la constitución en mora del deudor. Y no se diga que ese derecho se encuentra configurado en los artículos 1613 y 1614 ibídem. Estos dos últimos artículos no tienen la condición de normas de derecho sustancial.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., veintiún (25) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Dr. Héctor Marín Naranjo*

Pad. - *Expediente No. 3757* *Sentencia No. 004*

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario seguido por HERNANDO CERRO ATENCIA en frente del Fondo Nacional de Ahorro.

Antecedentes:

Según demanda que correspondió por reparto al Juzgado Vigésimo Quinto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, Hernando Cerro Atencia incoó proceso ordinario de mayor cuantía en frente del Fondo Nacional de Ahorro, para que se le condenase por los siguientes conceptos:

"1.- A pagar el daño emergente perpetrado en la persona de mi poderdante, hasta el punto que pueda él lograr un apartamento igual al que perdió por culpa del Fondo Nacional de Ahorro.

"2.- A pagar el lucro cesante, por lo que ha dejado de ganar por valorización del apartamento.

"3.- A todo aquello en que haya sido condenado el demandante en el proceso de ejecución hipotecaria adelantado por Colpatria contra él, ante el Juzgado Doce Civil del Circuito, en materia de costas y en agencias en derecho.

"4.- A todos los perjuicios materiales y morales que en sus variantes de daño emergente y lucro cesante sufrió mi poderdante.

"5.- A costas y agencias en derecho en el presente proceso .

La causa petendi de las pretensiones anteriores es la que a continuación se sintetiza:

1.- El 2 de octubre de 1973, el demandante adquirió de Octavio Chaparro un apartamento distinguido con los números 51-70/76/82/88/94 de la carrera 21 de la ciudad de Santafé de Bogotá, por venta que perfeccionó con la escritura pública número 6.363, corrida en la Notaría Séptima de este Círculo Notarial.

2.- En ese título escriturario, además, el demandante constituyó hipoteca de primer grado a favor de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria, por la cantidad de $234.500.oo, registrándolo en la respectiva oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santafé de Bogotá el 9 de noviembre de 1973, bajo el número de folio de matrícula inmobiliaria 0500077348.

3.- Con posterioridad, y sobre idéntico inmueble, el demandante constituyó hipoteca de segundo grado a favor del Fondo Nacional de Ahorro, por capital de $71.000,oo, según escritura pública número 6893 del 26 de octubre de 1973, inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria número 0500077348.

4.- Con los créditos hipotecarios relacionados precedentemente y el monto recibido por concepto de liquidación de la cesantía parcial, el demandante completó el valor del inmueble adquirido.

5.- El 7 de febrero de 1974, el demandante solicitó al Fondo Nacional de Ahorro "que se le aplicara el crédito hasta por 35 veces el sueldo que devengaba" para poder con él cancelar la hipoteca a Colpatria y dejar vigente únicamente la hipoteca constituida a favor de aquella, por lo cual, al crédito ya recibido de $71.000,oo se agregaba el monto de 35 sueldos, equivalentes a $217.750,oo, para un gran total de $288.750.oo.

6.- Por cuanto la hipoteca con Colpatria no se cancelaba con los $217.750,oo que recibiría, solicitó entonces al Fondo de Empleados de la Corporación Nacional de Turismo, entidad para la cual laboraba, un crédito por $25.000,oo, que constituyó mediante pagaré suscrito el 16 de mayo de 1974.

7.- Con el crédito recibido, el actor canceló a Colpatria el excedente de lo que esta compañía habría de recibir del Fondo Nacional de Ahorro, quedando un saldo insoluto, a favor de la primera, por $225.704,oo.

8.- El 25 de julio de 1974, se firmó nueva escritura de constitución de la hipoteca a favor del Fondo Nacional de Ahorro, en la cual al anterior capital de $71.000,oo se agregó el nuevo crédito de $217.750,oo.

9.- Contando con la previa autorización del demandante, el Fondo nacional de Ahorro se comprometió a girar directamente el saldo a Colpatria, "por intermedio de la Notaria en la cual se otorga (sic) la escritura mediante la cual se levantaría el gravamen que pesaba sobre el apartamento en favor de esta última entidad".

10.- A raiz de las negociaciones descritas, el Fondo anuló el crédito inicial, distinguido con el número 2.900, para abrir el número 592, con lo cual el préstamo inicial, ya anulado, no se podía cancelar, y el segundo no se había recibido, imposibilitándose así el abono de uno u otro concepto y provocando la mora del actor con relación a la deuda hipotecaria contraída con Colpatria.

11.- Por fuera de las circunstancias anotadas, la escritura pública de constitución de la nueva hipoteca no contenía el reglamento de propiedad horizontal, por lo cual hubo de otorgarse una nueva escritura, la número 3117.

12.- Finalmente, cuando se creían salvados todos los tropiezos, el Fondo deshizo lo actuado por cuanto se percató que la primera hipoteca, constituida a su favor, no se había cancelado oportunamente, habiendo quedado vigente dos obligaciones en contra del demandante, según error que fue enmendado tan sólo hasta el otorgamiento de la escritura pública número 3757 del 14 de julio de 1975.

13.- Mientras ello ocurría, el demandante había incurrido en mora con relación al crédito hipotecario de Colpatria, por cuanto dejó de pagar las cuotas respectivas en espera a que el Fondo citado le cancelara la hipoteca.

14.- En noviembre de 1975, los cheques girados por el Fondo a favor de Colpatria fueron enviados a la Notaría respectiva, de donde, a pesar de transcurrir los días, esta no los retiró, toda vez que para esa época la deuda contraída por el demandante había ascendido considerablemente, lo que condujo a que la oficina notarial respectiva los devolviera a la citada entidad, giradora de los mismos.

15.- El Fondo Nacional de Ahorro, sin haber hecho entrega del dinero prometido en préstamo ni a Colpatria ni al demandante, siguió contabilizando intereses al capital que prometió en mutuo, sin reintegrar, a su vez, al demandante el valor de las cesantías que ya tenía en su poder.

16.- "A todo esto, Colpatria demandó a mi poderdante en proceso ejecutivo hipotecario del cual conoció el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá" (f. 59).

17.- El apartamento gravado con la hipoteca que Colpatria cobró ejecutivamente, fue rematado, habiéndose cedido la obligación a cargo del demandante y a favor del Fondo Nacional de Ahorro al rematante quien procedió por ello a retener los remanentes, por lo cual el actor se vio forzado a llegar a un arreglo con el nuevo dueño del inmueble, mediante actuación que le representó una erogación considerable por pago de cuantiosos intereses y honorarios de abogado.

Diligenciada la primera instancia, con la oposición previa de la entidad demandada a las pretensiones del actor, éstas fueron estimadas parcialmente por el Juzgado, según sentencia que revocó íntegramente el Tribunal mediante la que es objeto del presente recurso.

Sentencia del tribunal:

Luego de hacer un recuento de los hechos aducidos como base del litigio, así como de relacionar las incidencias ocurridas en la primera instancia, el sentenciador de segundo grado inicia las motivaciones del fallo impugnado, destacando que, en cuanto a los presupuestos procesales, no existe reparo alguno.

Anota a continuación que el a-quo consideró el litigio a la luz de la responsabilidad extracontractual para concluir, "condenando al demandado, argumentando el incumplimiento en que éste incurrió" (f. 41).

Pasa así a preguntarse de qué clase de responsabilidad trata el asunto planteado, para señalar que, interpretando en todo su conjunto la demanda y los alegatos del actor, "no queda duda que se trata de una responsabilidad contractual", a pesar, dice, de no haber sido el demandante, sobre el punto, lo suficientemente claro.

Dejando definido en tal forma el tema debatido, entra a estudiar la clase de convención celebrada entre las partes y las obligaciones contraídas por la entidad demandada. Hace entonces un nuevo recuento de los hechos y deduce que cuando el actor solicitó de la entidad demandada un nuevo crédito,

"manifestó que se acogía a todos los requisitos y reglamentos que éste le exigiera", sin que, de otro lado, al plenario se hubiere allegado los reglamentos "a los cuales dijo sujetarse el actor".

Con esa omisión probatoria, de la cual inculpa al actor, el Tribunal arguye que el incumplimiento no se demostró, y anota, además, que los defectos existentes en la elaboración de las varias escrituras expedidas fueron también compartidos por el demandante por intervenir en sus otorgamientos. Excluyó de cualquier responsabilidad a Colpatria, al expresar que ningún convenio le impedía instaurar la acción hipotecaria y justificó su no presencia en la Notaría para retirar los dineros "concernientes a la ampliación del crédito aprobado ni el de las cesantías", en razón de no cubrirse con ellas "la totalidad del saldo existente".

Agrega, entonces, que las pretensiones no podían ser estimadas y que por ende el fallo impugnado debía ser revocado.

Finalmente, y ante el supuesto de tener ante sí un caso relacionado con responsabilidad extracontractual, encuentra no probada "la culpa achacada al demandado" y sin relación alguna el supuesto nexo causal entre el hecho dañoso, determinado por la pérdida del apartamento, y la pretendida negligencia del demandado, toda vez que el pago de las cuotas debidas por el crédito hipotecario a Colpatria, no dependía del pago de las cesantías ni de la ampliación del crédito.

Demanda de casación:

Cinco cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos apoyados en la causal primera de casación, los cuales despachará la Corte conjuntamente en razón de los defectos técnicos que en ellos se advierte.

Cargo primero:

Denunciando en él violación de la ley sustancial por incurrir el Tribunal en error de hecho en la apreciación de la demanda, parte el impugnante de hacer referencia a las consideraciones iniciales del sentenciador, mediante las cuales advirtió sobre la confusión en que incurrió el sentenciador al analizar el litigio a la luz de la responsabilidad extracontractual para, posteriormente, fallarlo en razón del incumplimiento por parte de la demandada.

Critica la labor del Tribunal por la cual, a pesar de hacer una exégesis del libelo introductor, no tuvo en cuenta que los hechos, "se desarrollaron seriadamente en diversas etapas claramente delimitadas y que en cada una de ellas hubo vulneraciones ostensibles en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Fondo Nacional de Ahorro".

Pasa luego a delimitar cada una de las susodichas etapas, así:

a) Dice que la responsabilidad precontractual se dio con relación al contrato de mutuo, de carácter real tanto para la ley civil como para la mercantil, por la demora injustificada en orden a su perfeccionamiento, con lo cual se causaron perjuicios que la entidad demandada debe cancelar, porque, ya no es sólo la doctrina la que se ocupa de esta clase de responsabilidad, sino que también la establecen normas jurídicas, como la consagrada en el artículo 863 del C. de Co., que parte del supuesto de la buena fe exenta de culpa.

A renglón seguido, destaca que la entidad demandada no puede alegar buena fe exenta de culpa por cuanto entre sus especialidades se ocupa del crédito hipotecario, siendo por ello inexplicable que por intermedio de su oficina jurídica haya cometido, "tantos errores y tantos desatinos en la confección de las minutas hipotecarias ... como el de no incluir el reglamento de propiedad horizontal en una escritura pública".

Agrega que a pesar de ser consensual la promesa de mutuo en derecho mercantil, en su caso ésta consta en escritura pública, sin que, de otro lado, se hubiese justificado la ausencia de perfeccionamiento con la ocurrencia del único motivo, de carácter legal, que lo permite y que se concreta a la existencia de dificultades económicas sobrevinientes en el prometiente deudor.

Frente a la hipótesis por la cual se le niegue en su caso la aplicación de normas de carácter mercantil, el impugnante anota que también en materia civil impera el tipo de responsabilidad deprecada y que ello sucede al amparo de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 45 de la Ley 53 de 1887.

Al concluir que la clase de responsabilidad anunciada opera en su caso, considera violados los artículos 2222, 1613 y 1614 del Código Civil; 863 y 1169, en armonía con el 1 del C. de Co., regla segunda del art. 45 de la ley 57 de 1887 y el art. 8 de la Ley 153 de 1887.

b) En la violación del contrato solemne de hipoteca, encuentra el impugnante la fuente de la responsabilidad contractual que reclama y que, por error, el Tribunal creyó encontrar en frente del contrato de mutuo que, al contrario de éste, no se perfeccionó.

La responsabilidad así detallada se da porque a pesar de decirse en el título contentivo de la hipoteca que el deudor había recibido los dineros del préstamo, "sabido es que se giraron con injustificado retardo. Luego se presentó una violación ostensible de dicho contrato".

Esa circunstancia, destacada por el fallador cuando determinó lo relacionado con la autorización dada por el actor, en el sentido de que los dineros fueran puestos a disposición de Colpatria, fue mal entendida por el fallador, toda vez que, según palabras del casacionista, con esa aprobación no se denegó el contenido de la obligación hipotecaria, sino que establecía un acto coetáneo con su otorgamiento.

El error del Tribunal en el punto estriba, entonces, en confundir las responsabilidades surgidas del contrato de mutuo, con las del contrato de hipoteca, cuando ellos son "dos asuntos íntimamente entrelazados pero diferentes".

Por ello se violaron los artículos 2432, 2434, inciso 2, 1546, 1602, 1603, 1620, 1613 y 1614 del Código Civil.

c) Fundamenta la responsabilidad post contractual en el hecho de que una vez fracasado el contrato de mutuo, "la demandada no desplegó diligencia alguna en levantar la hipoteca o en entregar el dinero a mi poderdante ante el rechazo de Colpatria", y en el de seguir facturando y cobrando un crédito que no recibió el deudor. Agrega que tampoco se le canceló la cesantía que puso a su disposición la Corporación Nacional de Turismo. Además, luego de habérsele rematado el apartamento, la entidad demandada cedió el crédito hipotecado al adjudicatario del inmueble, "liquidando intereses a su talante".

Esa circunstancia condujo a que el Tribunal violara los artículos 2457, inciso 1, 1494, 2432, 1613 y 1614 del C.C.

Cargo segundo:

Con base en la causal primera de casación y por la vía indirecta, el casacionista impugna la sentencia de segundo grado toda vez que el sentenciador

"interpretó mal las cláusulas de los contratos de hipoteca" y ello se dio porque le imprimió naturaleza de contrato a unos reglamentos internos de la entidad demandada, que ni siquiera conoció.

En efecto, en las escrituras públicas que sirvieron para perfeccionar el contrato de hipoteca, se expresó que el dinero prometido en mutuo se giraría al demandante o a Colpatria, "en forma coetánea con su otorgamiento"; por ello no se entiende cómo esa cláusula se hace depender de un reglamento interno que "por añadidura no se conoce", y que llevó al sentenciador a expresar que la entrega del dinero quedaba sujeta al cumplimiento de los trámites internos de carácter fiscal y administrativo que el demandante, previamente, había aceptado.

No es posible, agrega el impugnante, suponer un reglamento interno en contra de las estipulaciones contractuales que son, sin duda, fruto natural de aquel para no convertirse en las contraescrituras que el Tribunal "advirtió".

Cuando se dijo que era de su incumbencia haber allegado los reglamentos internos, invirtió el fallador, peligrosamente, la carga de la prueba, por cuanto de incluirse en tales estatutos tales cláusulas diferentes a las establecidas en las escrituras públicas, ha debido ser la entidad demandada la encargada de presentar dichos reglamentos, a manera de excepción.

En parte alguna, ni en la demanda, ni en su contestación, ni en los alegatos de conclusión, se mencionan reglamentos internos como tema principal del proceso y por ello la decisión se adoptó con base en lo que las partes no habían debatido, por fuera de lo cual, la sentencia impugnada declaró la simulación de la escritura pública suscrita.

Erró entonces el Tribunal al afirmar que la demanda planteaba un caso de responsabilidad únicamente contractual y al señalar como contrato incumplido un reglamento que ninguna de las partes mencionó.

Por ese yerro se violaron las disposiciones contenidas en los artículos 1757, 1766, inciso 1, 1760, 1613 y 1614 del C.C., como también el 177 del C. de P.C.

Cargo tercero:

Se endilga en él al Tribunal el haber incurrido en error de hecho por la no apreciación de una prueba y la consiguiente violación de los artículos 1613 y 1614 del C.C., y 174 del C. de P.C.

Arguye el impugnante que la sentencia desconoció, en forma absoluta, el dictamen pericial allegado al proceso, lo cual es significativamente grave, no sólo por lo que tal prueba significa en cuanto al avalúo que consigna, "sino porque en él se hallan conceptos valiosos que influyen sobre la certeza de un juzgador que los tome en cuenta".

Anota así que en el citado experticio, los peritos dejaron constancia sobre la existencia en el seno de la entidad demandada de un departamento encargado de elaborar las minutas inmobiliarias, motivo por el cual era inconcebible la ocurrencia de tantas torpezas, ajenas a la conducta del demandante por no haber tenido éste oportunidad alguna en colaborar para la elaboración de las mismas, y que hacen luego un pormenorizado cronograma de los sucesos acaecidos con el crédito pretendido.

Cargo cuarto:

Se denuncia en él la sentencia del Tribunal por la vía indirecta, frente al supuesto error de hecho en que incurrió el citado sentenciador por dejar de ver incumplimiento en la entidad demandada a pesar de haber empleado la terminología: "a la postre cumplió", que en lenguaje significa, sólo al final, dejando, por ende, virgen el retardo del cual se acusa a la parte demandada.

Por ello se violaron los artículos 1613 y 1614 del C.C. y el 174 del C. de P.C.

Cargo quinto:

Por la vía indirecta, cree el recurrente ver violados los artículos 174 del C. de P.C. y 1613 y 1614 del C.C., y ello por fundamentarse el fallo impugnado en unas aseveraciones que no fueron motivadas.

Trae a cuento lo concluido por el Tribunal en cuanto a la participación del demandante en la elaboración de las respectivas escrituras públicas, para afirmar que el sentenciador desconoció la escritura interna del ente demandado, al que se encuentran adscritas personas especializadas en la confección de minutas, que excluyen cualquier posible participación que en tal misión puedan ejercer las personas contratantes ajenas al citado Fondo.

Esa fue, dice el impugnante, la situación que se presentó en su caso, en el cual habrían sido idénticos los resultados de haber podido intervenir en el procesamiento de tales documentos por cuanto sus conocimientos profesiona-

les le impedían solucionar errores de carácter jurídico, que ya eran ajenos para los expertos abogados del mencionado fondo.

Se considera:

1.- La decisión desestimatoria de las pretensiones del actor la apoyó el Tribunal en las conclusiones fácticas que, en síntesis, son las siguientes: cuando el demandante elevó su petición del crédito al Fondo de Ahorro, expresó que se acogía a los requisitos y reglamentos por este exigidos, reglamentos que no se aportaron al proceso. Los defectos en la elaboración de las escrituras públicas nros. 2553 y 3117 de 1974 también son imputables al demandante, pues él intervino para su otorgamiento. No obstante el tenor de la escritura primeramente mencionada, el demandante autorizó que la respectiva cantidad fuera puesta a disposición de "Colpatria", por intermedio de la Notaría 7, a comienzos de noviembre de 1975. De la propia demanda se infiere que el giro de los dineros debía efectuarse con posterioridad al otorgamiento de la escritura, según los trámites a que el demandante aceptó someterse al pedir el crédito. Como el demandante no satisfizo la carga de la prueba en cuanto a la aportación de los reglamentos, se desconoce el término dentro del cual debió el demandado girar los dineros correspondientes. Por lo tanto, el incumplimiento no está demostrado. Ningún convenio le impedía a "Colpatria" instaurar la acción hipotecaria, pues el Fondo sólo se comprometió en virtud de la autorización del demandante a poner los dineros a disposición de aquella por intermedio de la Notaría 7, lo cual cumplió a la postre, y si "Colpatria" no retiró esas sumas fue porque no cubrían la totalidad del saldo existente.

Esas conclusiones las derivó el Tribunal del examen de la demanda, de la solicitud de crédito elevada por el demandante; de la aceptación del demandado y de la ampliación del crédito con el propósito de cancelarle a "Colpatria"; del otorgamiento de la escritura pública nro. 2553 del 25 de julio de 1974, mediante la cual el demandante se constituyó deudor del demandado por la suma de $228.685,97; del otorgamiento de la escritura nro. 3117 del 4 de septiembre de 1974, aclaratoria de la anterior; de la escritura nro. 3757 del 14 de julio de 1975, por la cual se constituyó hipoteca de primer grado en garantía de las obligaciones contraídas; de la autorización del demandante al demandado para que girara a favor de "Colpatria" las sumas provenientes de la liquidación de cesantías y de la ampliación del crédito; de la expedición de los cheques por parte del demandado por las cantidades de $217.738,oo y $9.152,84, puestos a disposición de "Colpatria" por intermedio de la Notaría 7, los cuales fueron devueltos por ésta a aquél al no ser reclamados por el interesado.

2.- Ahora bien, en ninguno de los cargos atrás compendiados, el recurrente impugna la sentencia tomando en consideración el esquema fáctual antes delineado con apoyo en el material probatorio también citado: En el cargo primero se reduce a impugnarla por la indebida apreciación de la demanda. En el segundo hace otro tanto por haber echado de menos la presencia de los reglamentos de crédito. En el tercero por haber desconocido el dictamen pericial. En el cuarto por haber afirmado que, habiéndose comprometido el demandado, por virtud de la autorización dada por el demandante, a poner a disposición de "Colpatria" los dineros del préstamo y de la liquidación de la cesantía, lo cumplió "a la postre". Y en el quinto, por haber dicho que el demandante también tiene responsabilidad en los defectos que se presentaron en la elaboración de las escrituras 2553 y 3117 por haber intervenido en su otorgamiento.

2.1.- Olvida, entonces, el recurrente que de conformidad con el ordinal 3 del artículo 374 del C. de P.C., en casación, los fundamentos de cada cargo deben exponerse "en forma clara y precisa"; que siendo lo preciso lo mismo que lo exacto o lo adecuado, ello, cuando la impugnación viene enrutada por la causal primera, se traduce en que debe darse en la misma un ceñimiento puntual a las razones o fundamentos del fallo, porque si uno de estos queda al margen del ataque, él le seguirá prestando apoyo a la resolución combatida.

La jurisprudencia de la Corte, de manera inalterada, ha dicho 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 alguna 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 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 imprόspera la acusación" (Cas. civ. 11 de abril de 1972, G.J. t. CXLII, p. 145).

2.2.- De igual manera, olvida el recurrente que según el precepto arriba mencionado, *los cargos contra la sentencia deben formularse "por separado", lo que significa que son autónomos, o sea, que no pueden integrarse unos con otros, por lo cual el planteamiento de cada uno de los mismos debe ser completo. En relación con este punto la Corte también ha expresado:*

"En el recurso extraordinario de casación cada uno de los cargos debe ser autónomo, es decir, debe estar completo en su exposición, de tal manera que su cuerpo reúna la totalidad de los requisitos que debe llenar todo ataque en casación. 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 aquéllos" (CXXXVIII, 186).

Por eso, pues, *los ataques fraccionados a los distintos fundamentos fácticos de la sentencia, contenidos en los distintos cargos, es otro defecto de naturaleza técnica del que adolece la demanda de la que aquí se trata. Sin que, por lo demás, sea posible pensar en integrar los distintos cargos a fin de examinarlos como si fueran uno solo, tal como lo permite el Decreto 2651 de 1991, puesto que aquí el recurso fue interpuesto antes de que este entrara a regir.*

2.3.- El recurrente también deja de tener presente que, acusada la sentencia por la vía indirecta de la causal primera, a raíz de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas, estos deben demostrarse, conforme lo exige la parte primera del inciso final del artículo 374 del C. de P.C.

Subsecuentemente, se desentiende de que la tarea demostrativa del error fáctico en casación no es reductible a la mera contraposición del punto de vista del recurrente con el del Tribunal acerca del sentido que se le pueda atribuir al material probatorio, así el del recurrente merezca el calificativo de racional o atendible. No. Lo que prescribe la ley es que *el impugnador, con miras a dejar sentada la presencia del yerro, 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.*

¿Cómo debe llevarse a cabo la competencia de la que se habla? 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. En seguida se debe concretar la disparidad entre el tenor de la prueba y la estimación cumplida por el sentenciador, punto en el cual la patentización o evidenciación del yerro representa el componente definidor de la misma. Vale decir, la concreción o puntualización del error, o sea, la configuración de la divergencia entre lo que la prueba es en sí y lo en ella percibido por el sentenciador, no ha de ser el fruto de razonamientos o lucubraciones meticulosos y detallados porque entonces el desacierto que se quiere mostrar ya no sería evidente o manifiesto, conforme lo

pide la ley. Como un poco antes se anotó, por esta vía de la necesidad de la disquisición prolija a fin de poder perfilar el error, se llegaría a una simple exposición de puntos de vista antagónicos, respecto de los cuales la Corte no puede tomar otro partido que el del consignado en la sentencia, tanto porque esta ingresa al recurso escoltada por la presunción de acierto como porque la casación no es una instancia más del proceso donde los aspectos fácticos de la cuestión litigiosa puedan ser debatidos con la misma amplitud con que lo fueron ante el *a-quo* y ante el *ad-quem*.

Adicionalmente, no se desconoce que, conforme se indica en el cargo tercero, el Tribunal nada dijo del dictamen pericial. Más aun cuando lo hubiera hecho, tal cosa en nada habría cambiado su determinación en razón de que la absolución de la entidad demandada la dedujo de otras pruebas, las cuales, no sobra decirlo, fueron apreciadas de manera correcta.

3.- Por otra parte, siendo la pretensión una de indemnización de perjuicios por el incumplimiento imputable al demandado, es patente cómo *en ninguno de los cargos se denuncia el quebrantamiento del artículo 1615 del C.C., que es el que confiere el derecho a reclamar indemnización de perjuicios, derecho que, incluso, se supedita a la constitución en mora del deudor. Y no se diga que ese derecho se encuentra configurado en los artículos 1613 y 1614, porque el primero de tales preceptos, sin atribuirle nada a nadie, se limita a señalar qué es lo que comprende la indemnización de perjuicios, y la causa de donde éstos puedan provenir; y en cuanto a la segunda regla, lo que hace es dar las definiciones de los conceptos que legalmente conforman el perjuicio; de tal manera lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte en otras oportunidades.*

Por lo acabado de señalar, o sea, porque *los artículos 1613 y 1614 del C.C., no tienen la condición de normas de derecho sustancial*, es por lo que los cargos cuarto y quinto incurren en una adicional deficiencia técnica, como que en los mismos no se cita ninguna otra regla legal de esa categoría, pues el artículo 174 del C. de P.C., tenido como infringido en el cargo cuarto es una norma de disciplina probatoria.

Ese cúmulo de defectos técnicos en los distintos cargos impide, por lo tanto, que la demanda de casación se abra paso.

Decisión:

Con fundamento en lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario seguido por HERNANDO CERRO ATENCIA en frente del Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

JURISDICCION AGRARIA / CASACION - Cuantía / CASACION - Interés para recurrir

Habiendo comenzado a regir el decreto 2303 el 1o. de junio de 1990 (art. 140), el interés económico para recurrir los asuntos agrarios quedó fijado en el orden de los $14.000.000 a partir del 1o. de junio de 1992, monto que regía al interponerse el recurso de que se trata y que está vigente en la actualidad.

QUEJA / CASACION - Justiprecio / AGENCIAS EN DERECHO / COSTAS / CASACION - Interés para recurrir

El agravio objeto de justiprecio para determinar la procedencia del recurso de casación, es solamente el que resulta del derecho material discutido en el litigio. Los valores que por agencias en derecho y, en general, por costas, imponga la sentencia no son acumulables al guarismo en que haya sido estimado el interés para recurrir en casación.

Corte Suprema de Justicia — *Sala de Casación Civil* — Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: *Expediente No. 4789* *Auto No. 16*

Provee la Corte respecto del recurso de queja interpuesto por la parte demandada contra el auto de 3 de noviembre de 1993, en virtud del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio denegó el de casación contra su sentencia de 21 de julio del mismo año, pronunciada dentro del proceso ordinario promovido por Luz Nelly Gutiérrez Ramírez frente a Rodolfo Baquero Morales.

Antecedentes:

I.- Por demanda repartida al Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías, Meta, la mencionada actora citó a proceso reivindicatorio al citado demandado en relación con el bien inmueble descrito en la demanda, proceso cuya primera instancia terminó con sentencia de 27 de noviembre de 1992, en la cual se absolvió al demandado de las súplicas de la demandante, a quien se condenó en costas.

II.- Apelada esa decisión por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio la revocó mediante sentencia de 21 de julio de 1993, disponiendo en su lugar lo siguiente:

"1°. Decrétese oficiosamente la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrada el 2 de septiembre de 1973 relacionada con el inmueble 'agrimensura' y de que da cuenta este proveído. Como consecuencia de ello, ordénase a la demandante LUZ NELLY GUTIERREZ RAMIREZ devolver al demandado RODOLFO BAQUERO MORALES las cantidades que recibió en virtud de esa promesa de compraventa y que el 20 de mayo de 1993 en virtud de la depreciación de la moneda ascienden a las sumas de $1.022.646.30 y $159.614.54.

"2°. Declárase que pertenece a la demandante LUZ NELLY GUTIERREZ RAMIREZ el inmueble denominado 'Agrimensura' ubicado en el área rural del municipio de Castilla La Nueva. Y como corolario de la declaración precedente condénase al demandado RODOLFO BAQUERO MORALES a restituir dentro de los seis (6) días siguientes a que esta sentencia quede en firme, la parte de dicha finca que él tiene en posesión y que dan cuenta los peritos LUIS PASTOR TORRES y JAVIER SALAZAR, o sea una extensión de 19 hectáreas y 4.365 metros cuadrados, de acuerdo con la alinderación que se dio en la parte motiva de esta sentencia. Así como los frutos producidos o que pudieran producir a partir del 24 de mayo de 1985, que a la fecha de esta sentencia según el dictamen pericial rendido por los auxiliares de la justicia JOSE MARIA PARRA y LUCY ROJAS asciende a $1.731.339.56, más los que se causen hasta el día en que se verifique la entrega (C.P.C. art. 308).

"3°. Condénase a la demandante LUZ NELLY GUTIERREZ RAMIREZ a restituir al demandado RODOLFO BAQUERO MORALES la suma de $3.800.000.oo por concepto de mejoras que este hizo en la parte de la finca 'Agrimensura' que tiene en posesión, según avalúo pericial.

"Las partes podrán hacer las compensaciones pertinentes, entendiéndose en que como el saldo a favor del demandado BAQUERO es mayor, éste tendrá derecho a retención sobre el inmueble hasta que se le pague la diferencia.

"4°. Declárase parcialmente probada la objeción por error grave al dictamen pericial rendido por los peritos PEDRO NEL VILLAFAÑE y MARCO FIDEL ZAPATA en la forma que se ha expuesto en esta providencia.

"5°. Costas de ambas instancias en un 90% a cargo del demandado RODOLFO BAQUERO".

III.- Habiendo sido objeto del recurso extraordinario este último fallo, el Tribunal ordenó justipreciar el interés para recurrir, diligencia en virtud de la cual el perito designado tasó en $11.970.000 el valor de las 19 hectáreas de la finca "La Agrimensura", a restituir por el demandado: dictamen que al ser puesto en conocimiento de las partes llevó a éste a solicitar la complementación, aclaración y ampliación del mismo, aduciendo que el valor calculado para esa porción de tierra no corresponde a la realidad, porque se han vendido y se están vendiendo similares a $1.500.000 la hectárea, y que tampoco comprende todos los aspectos de las condenas impuestas en el fallo.

IV.- Complementado el dictamen, el perito calculó en $680.000 el valor por hectárea de la porción a restituir, para un total de $13.260.000, por lo cual el demandado solicitó el remplazo de dicho auxiliar argumentando que no rindió el dictamen "sobre lo que es el verdadero objeto de la pericia", esto es que nada manifestó sobre la condena al pago de frutos producidos o que se pudiesen producir a partir del 24 de mayo de 1985 y hasta el día de la entrega, mas las costas del proceso en un 90%, petición que negó el Tribunal conjuntamente con la de la concesión del recurso.

V.- El demandado recurrió en reposición tal proveído, que negó el Tribunal aduciendo fundamentalmente que "... si el perito emite solamente el dictamen por una parte parcial del perjuicio (el que no está determinado en el fallo), ello no impide que el juzgador al apreciarlo, sume dicha cantidad con el otro perjuicio parcial sufrido por la misma parte y contenido en la sentencia, ya que si el perito es sólo un auxiliar de la justicia para verificar hechos que interesan al proceso y con los datos que él da se complementa y se integra lo que se quiere establecer, en este caso el valor exacto del interés para recurrir en casación, pues no hay razón alguna para rechazar el peritazgo", y que "como el perito

determinó en su experticio (aclaración) que el valor de las 19 hectáreas pertenecientes al predio 'Agrimensura' era de $13.260.000, a dicho valor debía agregarse el de $1.731.329.56, lo cual daría el interés para recurrir en casación el demandado BAQUERO en $14.991.56. O sea en otras palabras, que aunque esta Sala en el auto recurrido incurrió en el error de considerar como interés actual del demandado RODOLFO BAQUERO para efectos de la casación el valor de $13.260.000, cuando el guarismo correcto era $14.991.329.56 (13.260.000 + 1.731.320.56), ese error sin embargo, es inane para efectos del recurso de reposición impetrado, pues de todas maneras siendo la resolución desfavorable al recurrente menor de $19.600.000, que es la cantidad mínima necesaria para conceder la casación, pues la reposicion no puede prosperar".

VI.- Suministradas oportunamente las expensas para la expedición de las copias y presentado igualmente en tiempo el recurso de queja, procede su decisión, tramitado como se encuentra éste legalmente.

Consideraciones:

1.- Un primer aspecto por destacar consiste en que la sentencia del Tribunal, acogiendo el dictamen pericial rendido por los peritos Luis Pastor Torres y Javier Salazar (que estimó mejor fundamentado que el de los peritos Villafañe y Zapata), partió del supuesto de que la porción de la finca "La Agrimensura" poseída por el demandado es solo de 19 hectáreas 4.365 m2, y no de 28 hectáreas como lo dictaminaron los peritos Villafañe y Zapata dando lugar con ello a que en ese fallo se declarara parcialmente probada la objeción formulada por error grave al dictamen por ellos rendido, circunstancia ésta que da pautas precisas en este recurso de queja para reflexionar en el sentido de que el justiprecio del interés para recurrir en casación no puede estar referido a la totalidad del inmueble mencionado, sino a esa específica porción poseída por el demandado, mayormente cuando, de acuerdo al mismo fallo del Tribunal, el saldo de las 30 hectáreas y fracción correspondientes por titulación a la mencionada finca están en poder de otros colindantes.

2.- Otro aspecto por tener en cuenta en la solución de este recurso de queja, es que la sentencia del *ad-quem* tasó, según la experticia de los peritos José María Parra y Lucy Rojas (considerada por el Tribunal como la más atendible), en $1.731.339.56 el valor de los frutos a restituir a la actora por parte del demandado, factor de la condena ese a cargo de dicha parte que, por estar previamente cuantificado, obviamente no tenía por qué justipreciarse para los efectos del recurso extraordinario interpuesto.

3.- Emerge así de lo precedente, que de los tres elementos constitutivos de la condena impuesta por el Tribunal al demandado, a saber: restitución de 19 hectáreas 4.365 m2, pago de frutos producidos por ellas y costas procesales de ambas instancias en un 90%, sólo el primero de esos elementos era justipreciable para, una vez obtenido su monto, sumarlo con el guarismo por frutos previamente establecido en la sentencia, como lo dijo con acierto el Tribunal, por cuanto si bien es verdad que en el caso presente la resolución desfavorable al recurrente incluye igualmente la condena en costas ya indicada, es lo cierto, cual lo ha puesto de presente esta Sala de la Corte, *que el agravio objeto del justiprecio para determinar la procedencia del recurso de casación, es solamente el que resulta del derecho material discutido en el litigio.* En efecto, así lo precisó esta Corporación:

"... *los valores que por agencias en derecho y, en general, por costas, imponga la sentencia, no son acumulables al guarismo en que haya sido estimado el interés para recurrir en casación.* En verdad, la cuantía de este interés depende del valor económico de la relación sustancial definida en la sentencia, esto es, del agravio, la lesión o el perjuicio patrimonial que con las resoluciones adoptadas en el fallo sufra el recurrente. Sólo la cuantía de la cuestión de mérito en su realidad económica en el día de la sentencia, es lo que realmente cuenta para determinar el monto del comentado interés. No otro puede ser el entendimiento que ha de darse a la frase 'resolución desfavorable al recurrente' a que se refiere el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, porque la condena en costas es un aspecto independiente -y si se quiere sobreviniente- del aludido *Thema decidendum*, por tratarse de una obligación que impone la ley a cargo del litigante vencido..." (auto 064 de 15 de mayo de 1991). En el mismo sentido se pronunció la Sala en auto de 4 de febrero de 1992.

4.- Ahora bien, en relación con el monto del interés económico fijado en la ley para que sea procedente el recurso de casación aquí interpuesto, la Corte no puede pasar por alto su discrepancia con el criterio que tuvo en cuenta el Tribunal, pues aun cuando es bien cierto que ninguna objeción hace el quejoso sobre el monto de los $19.600.000 deducido al respecto por dicho sentenciador, el rumbo mismo de lo que aquí habrá de decidirse impone considerar cómo en virtud del artículo 50 del decreto 2303 de 1989 en asuntos agrarios procede el recurso de casación cuando, en relación con las sentencias allí indicadas, "el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos ($10.000.000)...", suma esa que de acuerdo con el parágrafo de la misma norma "se reajustará en la forma en que la ley le ordene". De manera que si, como se sabe, la ley a que se alude es el decreto 522 de 1988, y este

estatuto prevé en su artículo 3° que las cuantías se elevarán en un 40% cada dos años, no es difícil concluir que *habiendo comenzado a regir el decreto 2303 el 1o. de junio de 1990 (art. 140), el interés económico para recurrir los asuntos agrarios quedó fijado en el orden de los $14.000.000 a partir del 1o. de junio de 1992, monto que regía al interponerse el recurso de que se trata y que está vigente en la actualidad.*

5.- Entonces, si consecuente con las propias palabras del Tribunal, el valor de la resolución desfavorable al aquí demandado alcanza el guarismo de $14.991.329.56, que él obtiene de sumar el valor de las 19 hectáreas 4.365 metros cuadrados de tierra a restituir a la actora y avaluados finalmente por el perito Rozo Rojas en $13.260.000, con el valor de los frutos a restituir por el mismo recurrente y señalados en la sentencia en suma $1.731.320.56, no remite a dudas que en este caso sí se da el interés económico requerido en la ley para que se abra paso la concesión del recurso de casación, pues ciertamente la suma de esos factores sobrepasa el tope de los $14.000.000 ya reseñado.

6.- Lo discurrido impone entonces manifestar que el recurso interpuesto es procedente desde el punto de vista del interés económico que asiste al recurrente, reflexión ésta que, de otra parte, lleva a la Sala a considerarlo mal denegado y, consecuentemente, a optar por otorgarlo, para que el Tribunal, cumplidos los trámites y cargas de ley a que haya lugar, envíe el expediente a esta Corporación.

Decisión:

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

OTORGAR el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandado Rodolfo Baquero Morales contra la sentencia de 21 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario reivindicatorio promovido por Luz Nelly Gutiérrez Ramírez frente al citado demandado.

Ofíciese al mencionado Tribunal para que, cumplidos los requisitos y las cargas pertinentes que fueren de ley, remita el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

CONFLICTO DE JURISDICCION / ACCION DE REVISION / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA

Competencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria para conocer de los conflictos de jurisdicción. / Distinto cuando el conflicto no está expresamente atribuido a otra jurisdicción, como ocurre en los casos de la pretensión de revisión de los fallos de filiación pronunciados por los entonces Jueces Civiles o Promiscuos de Menores, pues no estando ese litigio entre los que debiera conocer la Jurisdicción de Familia, siguieron como civiles, de manera que dichas pretensiones de revisión competían a la jurisdicción civil y por ende las apelaciones y consultas de las sentencias que proveyeran sobre esa pretensión, a las Salas Civiles de los Tribunales Superiores, mas no a las de familia.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 4745* *Sentencia No. 001*

Se decide por la Corte en relación con el llamado "conflicto de jurisdicción" suscitado entre las Salas de Familia y Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, para conocer de la consulta de la sentencia del 25 de octubre de 1990 pronunciada por el Juzgado 21 Civil del Circuito, dentro del proceso ordinario de revisión de la sentencia de filiación o investigación de la paternidad incoado por el menor FELIPE CARLOS AMAYA representado por su señora madre BETTY CECILIA AMAYA LUZARDO contra ANDULFO CEPEDA QUIROGA.

I. Antecedentes

1. El 25 de octubre de 1990 el Juzgado 21 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá culminó la primera instancia del ordinario de revisión de la sentencia de filiación o investigación de la paternidad instaurado por el menor FELIPE CARLOS AMAYA representado por su madre, la señora BETTY CECILIA AMAYA LUZARDO, en contra del señor FELIPE CARLOS AMAYA. Dicho pronunciamiento declaró infirmada y sin valor ni efecto la sentencia del 21 de agosto de 1984, dictada por el Juzgado Tercero Civil de Menores de Bogotá, D.E. Por auto del 19 de noviembre de 1990 ordenó el *a-quo* se surtiera el grado de consulta en razón a que el demandado estuvo representado por curador *ad-litem*.

2. Enviado el expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá con oficio 2553 del 29 de noviembre de 1990 (fl. 1, c. 2), fue devuelto por no ser competente, sin proferir auto que así lo dispusiera, conforme se infiere de la constancia del 7 de diciembre de 1990 que obra en el referido folio.

3. El Juzgado 21 Civil del Circuito dispuso la remisión del proceso a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante auto del 16 de enero de 1991.

4. Avocado el conocimiento por la Sala de Familia, el 18 de septiembre de 1992 declaró la nulidad de lo actuado en dicha instancia y en consecuencia se abstuvo de conocer del proceso por falta de jurisdicción, "suscitando el conflicto negativo", con la razón de que el decreto que "creó y organizó la Jurisdicción de Familia no le atribuyó a las Salas de Familias la facultad de conocer de los recursos de apelación y de las consultas ordenadas en los procesos de revisión por los Jueces Civiles del Circuito para entonces competentes", señalando que su conocimiento correspondía a la Sala Civil del Tribunal (fl. 16, c. 3), y dispuso el envío del expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que dirimiera el conflicto (fl. 20, c. 3).

5. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 3 de diciembre de 1992 se abstuvo "de decidir el asunto planteado por el Magistrado Ponente de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá", porque consideró que se trataba de un conflicto de competencia y no de jurisdicción, a más de que encontró que "no se ha trabado legalmente una

colisión de competencia al interior de la jurisdicción ordinaria, habida cuenta de que es requisito indispensable, para que exista jurídicamente una colisión de competencias, que los Despachos Judiciales en controversia *sean potencialmente competente para conocer* del asunto en la instancia en que se encuentre, a no ser que uno de los juzgadores manifieste su incompetencia para conocer del caso concreto, y se lo remita al que estime debe asumir el conocimiento, quien a su vez se declara incompetente. Condiciones que no se dan en el presente caso, por cuanto el señor Magistrado Ponente de la mencionada Sala de Familia no dispuso el envío del proceso a la Sala Civil del mismo Tribunal, la cual consideraba competente, impidiendo en esta forma que esta Sala se pronunciara, ya aceptando el conocimiento del asunto, o declarándose incompetente".

Puntualizó además el mencionado Alto Organo, que "tampoco es posible, jurídicamente, un conflicto de competencia entre el Juzgado Civil del Circuito que conoció de la primera instancia y la Sala de Familia que recibió el asunto para el surtimiento de la consulta, en consideración a que sería injurídico pretender que un fallador de primera instancia debiera también conocer de la segunda, en razón de la incompetencia declarada por *a-quem*" (sic) (fl. 5, c. 4).

6. Devuelto el expediente a la Sala de Familia, ésta por auto del 21 de abril de 1993, ordenó el envío del proceso a la Sala Civil, la que mediante proveído del 10 de noviembre de 1993 declaró su incompetencia pues consideró que "el fondo aquí se ha de resolver fundamentalmente un punto atinente a la filiación natural claramente expuesto en el libelo, lo que, valga repetirlo desde luego hace que todo el tema verse sobre el estado civil reclamado, viene a ser incuestionable que la competencia para decidir este proceso le está asignada a la Jurisdicción de Familia, desde que entró a funcionar la misma, no pudiendo entonces esta Sala de Decisión dirimir la alzada". En consecuencia, dispuso el envío del expediente a esta Sala para efectos de desatar la colisión planteada (fl. 27, c. 5).

Consideraciones:

7. En asuntos como éste *la Corporación ha considerado que se trata de conflictos de jurisdicción y que, por tanto, corresponden al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirimirlos* (Casación del 28 de julio de 1992, sentencia 274, N.P.). Empero, ciertamente y de acuerdo con lo que aparece en autos no se trata de un conflicto de competencia ni de jurisdicción, toda vez que *desaparecida la pretensión de revisión de las sentencias de filiación que dictaban los entonces jueces civiles o promiscuos*

de menores, aquellas que se promovieran aún existente debían necesariamente ser decididas por el órgano civil a quienes se les asignaba. De manera que por tratarse de pretensión que se inició antes de su legal desaparecimiento el conocimiento de las instancias corresponde al órgano al cual se le atribuía, como se dijo, la ley vigente. Siendo así la apelación o la consulta tiene que corresponderle al superior funcional del *a-quo*.

8. En este caso la aparente colisión es entre la Sala Civil y la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, luego el ente competente para proveer al respecto es la Sala de Casación Civil por ser el órgano superior funcional inmediato de dichas Salas.

9. Ahora bien. En la mentada sentencia de casación, en lo que toca con el punto que aquí concierne, expresó la Corte: "Distinto *cuando el conflicto no está expresamente atribuido a otra jurisdicción, como ocurre en los casos de la pretensión de revisión de los fallos de filiación pronunciados por los entonces Jueces Civiles o Promiscuos de Menores, pues no estando ese litigio entre los que debiera conocer la Jurisdicción de Familia, siguieron como civiles*, de manera que dichas pretensiones de revisión competían a la Jurisdicción Civil y por ende las apelaciones y consultas de las sentencias que proveyeran sobre esa pretensión, a las Salas Civiles de los Tribunales Superiores, mas no a las de Familia, repítese, a estos órganos no se les atribuyó ese asunto".

10. Conforme con el criterio transcrito, el competente para conocer del grado de consulta de la sentencia del 25 de octubre de 1990 dictada por el Juez 21 Civil del Circuito de Bogotá en el ordinario de revisión de la sentencia proferida por el Juez 3o. Civil de Menores de Santafé de Bogotá, es la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, la cual dará cumplimiento con las notificaciones que ordena el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, DISPONE que la Sala competente para continuar conociendo de este proceso ordinario de revisión de la sentencia de filiación o investigación de la paternidad instaurado por el menor FELIPE CARLOS AMAYA representado por su señora madre BETTY CECILIA AMAYA LUZARDO contra ARNULFO CEPEDA QUIROGA, es la Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

En consecuencia, envíese a la citada Sala el expediente y comuníquese esta decisión a la Sala de Familia del mismo Tribunal.

Dé cumplimiento la Sala a lo mandado por el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese y notifíquese

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

DEMANDA DE REVISION / REVISION - Rechazo / CADUCIDAD / REGISTRO PUBLICO

Son causales de rechazo de la demanda de revisión: las generales previstas en el artículo 85 del C. de P.C. y las específicas consagradas en el inciso 4o. del 383 in fine. A la fecha de la presentación de la demanda había transcurrido más que el tiempo suficiente previsto en el art. 381 del C. de P.C., es decir más de dos años desde la fecha de inscripción de la sentencia, con lo cual se produjo el fenómeno de la caducidad de la acción, pues los cinco años a que se refiere el recurrente no tienen operancia frente a la publicación de los actos que fue el término para que ese preciso evento de la inscripción de la sentencia tuvo en cuenta el legislador, pues es de presumir que desde la fecha de anotación en el registro público, los terceros deben conocer todos los actos de transferencia o limitación al derecho de dominio de los bienes inmuebles.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.-- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: *Expediente No. 4033* *Auto No. 22*

Decídese sobre la admisibilidad de la demanda de revisión contra la sentencia del 28 de julio de 1987, pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el proceso Ordinario de Pertenencia de la sociedad C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. contra PERSONAS INDETERMINADAS.

Antecedentes:

1. En escrito presentado el 27 de julio de 1992, AUGUSTO CAMPO CAMPO por conducto de apoderado para pleitos, presentó demanda de revisión (fls. 43 a 52, c. 1), contra PERSONAS INDETERMINADAS que fueron representadas en el proceso de pertenencia por la curadora ad litem doctora LIGIA ROMERO DE ZUÑIGA, y contra ANA MARIA CAMPO DIAZ GRANADOS, MAXIMO ALBERTO DE JESUS CAMPO DIAZ GRANADOS, CESAR JOSE CAMPO DIAZ GRANADOS, hijos de MAXIMO CAMPO CAMPO, FRANCISCO ANTONIO DEL CAMPO

ANGARITA, PAULINA DEL CARMEN CAMPO ANGARITA, hijos de ANDRES CAMPO CAMPO; JAIME FRANCISCO CAMPO VIVES, ANA LOURDES CAMPO VIVES, EVA DOLORES CAMPO VIVES, JORGE ANTONIO CAMPO VIVES, MARTIN ALFONSO CAMPO VIVES y JOSE EDUARDO CLARET CAMPO VIVES, hijos de JOSE MARIA CAMPO CAMPO y JOAQUIN CAMPO CAMPO.

2. Admitida la demanda por auto del 8 de febrero de 1993 (fl. 78), se ordenó correr traslado a los contradictores; surtidos los emplazamientos de ley, como quiera que el demandado JOSE EDUARDO CAMPO VIVES había fallecido con antelación a la formulación de la demanda de revisión, conforme con la prueba allegada al expediente por el apoderado del demandante (fls. 187 y 188), se procedió por auto del 24 de noviembre de 1993 al saneamiento del proceso, decretándose la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, y en su lugar su inadmisión para que el actor en el término de cinco días subsanara los defectos anotados en el precitado proveído.

3. Oportunamente el actor aunque dijo reformar la demanda, corrigió el defecto señalado en el auto que la declaró inadmisible y así debe entenderse, pero olvidó citar la dirección de la demandada EVA VIVES DE CAMPO como heredera de JOSE EDUARDO CLARET CAMPO VIVES, en su calidad de madre legítima. Concedido el término de cinco días por auto del 12 de enero de 1994 para que el demandante suministrara el dato extrañado oportunamente le dio cumplimiento.

Consideraciones

4. *Son causales de RECHAZO de la demanda de revisión: las generales previstas en el artículo 85 del C. de Procedimiento Civil y las específicas, consagradas en el inciso 4o. del 383 in fine.*

5. Se observa que la parte recurrente en revisión cuando subsanó el defecto anotado en el auto que inadmitió la demanda, dijo dirigirla contra la señora EVA VIVES DE CAMPO en su condición de heredera del señor JOSE EDUARDO CLARET CAMPO VIVES y en su calidad de madre legítima pero, sin embargo, no acompañó la prueba de la calidad que respecto de la demandada invoca.

5.1. Dispone el artículo 77-5 que el actor deberá acompañar con la demanda "la prueba de la calidad de heredero... con que... se cite al demandado". El

anterior defecto lo purga la ley con la inadmisión de la demanda. Empero, como en el auto del 24 de noviembre de 1993 se había declarado la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda por no haber comparecido quienes debían acudir como contradictores, y en su lugar se decretó su inadmisión para que el demandante la corrigiera en el término que al efecto se le concedió, síguese que al subsanarlo debía cumplir dentro de dicho término con la carga procesal que le impone el preanotado artículo 77-5.

5.2. No se acompañaron las copias de la demanda y de su corrección para el traslado a los demandados.

6. Como el actor no cumplió a cabalidad con las cargas procesales a seguir al momento de subsanar la demanda de revisión, síguese que su rechazo se impone.

7. *Causales específicas de rechazo de la demanda de revisión.* Se *rechazará la demanda de revisión, "cuando no se presente en el término legal verse sobre sentencia no sujeta a revisión o no la formule, la persona legitimada para hacerlo...", como lo ordena el inciso 4o. del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil.*

7.1. *Estatuye el artículo 381 in fine, que cuando la causal que se alegue sea la prevista en el numeral 7 del artículo 380, los dos años para interponer el recurso de revisión, comenzarán a correr "desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límite máximo de cinco años. No obstante, cuando la sentencia debe ser inscrita en un registro público, los anteriores términos sólo comenzarán a correr a partir de la fecha del registro".*

7.2. En la demanda se invoca como causal de revisión la del numeral 7 del artículo 380 del Estatuto Procesal Civil, a la par que el actor manifiesta que está "dentro del plazo en el cual puede entorpecer el recurso extraordinario de revisión, porque no han pasado cinco años desde la ejecutoria de la sentencia recurrida, ni dos desde en que mi mandante supo de la existencia de dicho fallo" (fl. 49, c. 1), para lo cual se apoya en que tuvo conocimiento de "los pasos que había dado C.I. PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. cuando, por murmuraciones de algunas personas allegadas a los CAMPO VIVES, supo que ellos habían perdido un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia de pertenencia (que resultó ser la que recurro), provocada por PRODECO. Esto

ocurrió poco más o menos en el mes de septiembre del año pasado. No han transcurrido, pues, dos años desde ese acontecimiento".

7.2.1. Aunque con el libelo incoatorio del recurso extraordinario, el demandante no aportó copia del folio de matrícula inmobiliaria del bien raíz objeto de la sentencia de pertenencia, carga que debió cumplir para efectos de impetrar la demanda, en su aparte "E" de la misma, solicitó como pruebas se oficiara a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta para tal efecto.

7.2.2. Obra prueba en el expediente del folio de matrícula inmobiliaria No. 080-0011847 correspondiente al predio que fue materia de la sentencia de pertenencia, según el cual bajo el número de radicación 3828 del 24 de septiembre de 1987 se inscribió la sentencia de adquisición por prescripción, pronunciada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta el día 17 de febrero de 1987 (fls. 121 y 232, c. 1).

7.3. Infiérese del documento referido, que a la fecha de presentación de la demanda -28 de julio de 1992- había transcurrido más que el tiempo suficiente previsto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, es decir, más de dos años desde al fecha de inscripción de la sentencia, con lo cual se produjo el fenómeno de la caducidad de la acción, pues los cinco años a que se refiere el recurrente no tienen operancia frente a la publicidad de los actos, que fue el término que para ese preciso evento de la inscripción de la sentencia tuvo en cuenta el legislador, pues es de presumir que desde la fecha de anotación en el registro público, los terceros deben conocer todos los actos de transferencia o limitación al derecho de dominio de los bienes inmuebles.

8. Las razones anteriores son suficientes para el rechazo de la demanda de revisión.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

1. RECHAZAR la demanda de revisión presentada por el señor AUGUSTO CAMPO CAMPO contra la sentencia del 28 de julio de 1987 pronunciada por

la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el proceso ordinario de pertenencia de la sociedad C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. contra PERSONAS INDETERMINADAS.

2. Sin necesidad de desglose, devuélvanse los anexos.

3. Regrese el expediente del proceso donde se dictó la sentencia cuya revisión se propuso, al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta (Magdalena).

4. Reconócese personería para actuar al doctor HUMBERTO MURCIA BALLEN en su condición de apoderado judicial de la sociedad C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A., en los términos y con las facultades a él conferidas en el poder que obra en el folio 231 de este cuaderno.

Notifíquese

Eduardo García Sarmiento

SUPLICA / DECRETO PROBATORIO.

El recurso de súplica es procedente contra los autos que por su naturaleza son apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia. Dentro de esa preceptiva, el proveído que deniega el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente, admite la alzada.

PRUEBAS / PRUEBA PERTINENTE / PRUEBA CONDUCENTE / RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ / ERROR INEXCUSABLE

Por prueba pertinente o conducente debe entenderse la que se dirige a demostrar un hecho que de ser demostrado, influirá en la decisión total o parcial del litigio y por prueba impertinente o inconducente la que pretende demostrar un hecho que, de ser probado plena y eficazmente no tiene virtualidad alguna para influir en la decisión del asunto. Como los hechos que se discuten en el ordinario de responsabilidad del juzgador son aquellos que, según la causa jurídica invocada, se encaminen a delimitar la responsabilidad por error inexcusable esto es, tendrán que ser los sucesos que señalen el error con la calidad de inexcusable. No pueden entonces ser hechos que se dirijan a perfilar la pretensión en el proceso en que se pronunció la providencia tildada de ser fruto del error inexcusable.

Corte Suprema de Justicia --- Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 4364* *Auto No. 023*

Se decide el recurso de súplica que por medio de apoderado judicial interpuso la parte demandante integrada por ROMULO PATIÑO HOYOS y LUZ AMPARO LOPEZ PATIÑO, contra los numerales 5 y 7 del ordinal A del auto del 14 de diciembre de 1993 que denegó la práctica del dictamen pericial y la recepción de los testimonios, pruebas oportunamente solicitadas en la demanda.

I. Antecedentes:

1. El 14 de diciembre de 1993 la Corte abrió a pruebas el proceso ordinario de responsabilidad civil contra los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, doctores ALVARO SALDARRIAGA ECHEVERRI, BEATRIZ JARAMILLO BOTERO y FERNANDO VASQUEZ BOTERO, incoado por los señores ROMULO PATIÑO HOYOS y LUZ AMPARO LOPEZ PATIÑO por conducto de apoderado para pleitos, quienes pretenden se condene a los demandados al pago de los perjuicios que se les irrogaron por "los errores inexcusables en que aquéllos incurrieron" al dictar el auto del 9 de agosto de 1991 (que negó la práctica de unos testimonios) y la sentencia absolutoria del 23 de septiembre de 1991 (fl. 11, c. 1).

2. En el precitado auto de pruebas, se denegaron entre otras, las siguientes: La prueba pericial, porque se consideró "que el objeto allí expresado no hace indispensable la intervención de expertos, amén de que en parte (índices de variación de los montos allí especificados) se satisface con la certificación que se pide al Banco de la República, enantes decretada. De la prueba testimonial se negó: a) Las declaraciones pedidas en el numeral 4.1 del libelo incoatorio porque con ellas "se pretende hoy demostrar el petitum de la demanda del proceso ordinario laboral, lo que ciertamente no puede confundirse con el que aquí se debate, cuyo objeto como es de todos conocido es demostrar el error inexcusable que se enrostra a los juzgadores", señalando que este linaje de procesos no tolera que se le utilice con el propósito de revivir el trámite que cumplió, ni mucho menos completarlo con el que a juicio del actor ha debido cumplirse, no mas que con la esperanza de que el resultado probatorio que se obtenga desdiga de la que ontológicamente se produjo. El yerro que de los jueces se persigue demostrar no es uno hipotético sino el que tenga por venero la actuación efectivamente cumplida. b) Las declaraciones solicitadas en los numerales "4.2" y "4.3" porque es ineficaz para acreditar, de un lado, mediante una opinión eminentemente jurídica, la viabilidad del recurso extraordinario de casación, si se tiene en cuenta que los testigos no conceptúan sobre

materias jurídicas sino que simplemente narran, por lo regular, sobre hechos, y también, en relación con la otra persona porque es intrascendente que se demuestre la efectiva comparecencia de una persona a una audiencia y respecto de quien a la sazón se dijo que podía oírse en declaración.

3. El recurso de súplica. La parte recurrente solicita se revoque el auto impugnado "en cuanto negó varias pruebas y, en su lugar, se decreten todas las pruebas negadas". Son argumentos de la sustentación:

3.1. El dictamen pericial. Es una prueba necesaria o por lo menos útil porque con él "se determinarán una serie de rubros que no aparecen determinados en el proceso laboral, los que tampoco aparecen en el presente proceso".

3.2. La declaración de terceros, que subdivide en tres grupos y que fue solicitada en el aparte cuarto de la demanda, la estima procedente porque la declaración: a) Del primer grupo de testigos que "fueron omitidos probatoriamente por el ad quem" es determinante de uno de los factores invocados como base de la responsabilidad en el proceso, como así lo expuso al solicitar esta prueba (fl. 115, c. 1); b) segundo grupo de testigos, con ella se pretende demostrar "la diligencia del suscrito casacionista en la tramitación del proceso ordinario laboral generante de la responsabilidad en el proceso de la ref.; a fortiori cuando los demandados pretenden ampararse en la contestación de la demanda de la ref.; en la no formulación de la demanda de casación en el proceso laboral citado"; c) tercer grupo de testigos, "fue quien presenció el desarrollo de la audiencia de juzgamiento ad quem (sic) y su desgano probatorio, no empece (sic) haber comparecido el testigo OCTAVIO PATIÑO HOYOS que fue a quien el demandado y sus 'testigos' en el proceso laboral citado atribuyeron la prestación del servicio laboral que deprecaban las actoras en cabeza del trabajador ANTONIO MARIA PATIÑO ATEHORTUA" (fl. 115v., c. 1).

II. Consideraciones:

4. Conforme con lo dispuesto por el artículo 363 del C. de Procedimiento Civil, el recurso de súplica es procedente contra los autos que por su naturaleza son apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia. Dentro de esta preceptiva, tiénese que el proveído que deniega el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente, admite la alzada como lo consagra el artículo 351 ibidem.

4.1 Como el auto que se impugna es de la naturaleza de los apelables, se hace necesario determinar por la Sala sobre la pertinencia y conducencia de las pruebas denegadas.

En el punto ha considerado esta Corporación: "Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso -reza el artículo 178 del C. de P.C.- y el Juez rechazará in limine... las que verse sobre hechos notoriamente impertinentes...".

"Ahora bien. Es apenas un imperativo de la lógica que si la decisión judicial se edifica sobre hechos y su prueba, debe existir una íntima relación entre la prueba practicada y el hecho que así se pretenda demostrar para que aquélla pueda admitirse. Por consiguiente, sólo ante la anotada conexidad puede decirse que la prueba se ciñe al hecho, desde luego que ceñir, significa según el diccionario de la lengua española `Rodear, ajustar o apretar la cintura, el cuerpo, el vestido u otra cosa". Si tal no ocurre la prueba resulta impertinente, no conduce a demostrar el hecho pretendido y en tal evento, nada, absolutamente nada justifica su práctica, sino que, contrariamente su ejecución vulnera el principio de la economía procesal por implicar un inútil gasto a la parte y una inocua actividad del juez.

"Por eso se ha dicho que por prueba pertinente o conducente debe entenderse la que se dirige a demostrar un hecho que de ser demostrado, influirá en la decisión total o parcial del litigio y por prueba impertinente o inconducente la que pretende demostrar un hecho que, de ser probado plena y eficazmente no tiene virtualidad alguna para influir en la decisión del asunto. Y por eso también lo ha dicho la jurisprudencia, que si en principio el momento de evaluar las pruebas viene cuando se vaya a pronunciar el fallo y antes para no incurrir en prejuzgamiento, puede el juez `... negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, cuando se trata de las que son ostensible, notoriamente inconducentes'" (G. J. No. 2154, pág. 563, reiterado en auto del 31 de agosto de 1990 N.P.).

4.2. Luego como los hechos que se discuten en el ordinario de responsabilidad del juzgador son aquellos que, según la causa jurídica invocada, se encaminen a delimitar la responsabilidad por error inexcusable esto es, tendrán que ser los sucesos que señalen el error con la calidad de inexcusable. No pueden entonces ser hechos que se dirijan a perfilar la pretensión en el proceso en que se pronunció la providencia tildada de ser fruto del error inexcusable.

4.3. De acuerdo con el hecho "2.2" de la demanda, el actor en el proceso laboral deprecó la condena de los siguientes rubros: "a) Cesantías, por 29 años y 11 días de trabajo; b) intereses a las cesantías a partir del 1o. de enero de 1975 sobre los respectivos saldos anuales, y hasta la fecha de su pago; c) primas de servicio, por 29 años de trabajo; ch) compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a todo el tiempo trabajado; d) compensación en dinero de los días dominicales y festivos existentes durante todo el tiempo trabajado; e) horas extras diurnas y nocturnas computadas por todo el tiempo trabajado, con una jornada de 6 a.m. a 6 p.m. durante todos los días de la semana; f) seguro de vida obligatorio, con corrección monetaria (desde la fecha de la muerte del trabajador hasta la fecha de su pago); g) reajuste del 75% del salario mínimo legal mensual vigente en cada época; h) indemnización por falta de pago oportuno de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo (salarios moratorios); i) indemnización del DOBLE DE TODAS LAS CONDENAS impuestas, como sanción por el no pago del salario mínimo legal (art. 5o. de la Ley 187 de 1959); y j) costas" (fl. 66, c. 1).

En consecuencia, parece pertinente por ahora la prueba de peritación con el fin de establecer esos factores y el monto alegado en la demanda del proceso ordinario laboral.

Por consiguiente ha de revocarse el numeral 5 del literal "A" del auto recurrido y, en su lugar, decretar la prueba pericial para los efectos señalados por el demandante en el numeral V.2 de la demanda. Los peritos serán designados por el Magistrado Ponente.

5. En cuanto a los testimonios y de acuerdo con lo que el demandante dice con ellos pretende probar, se encuentra que ciertamente la negativa a decretarlos se ajusta a las previsiones de ley, por lo tanto el numeral 7 del literal "A" debe mantenerse.

Decisión:

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

Resuelve:

1. REVOCAR el numeral 5 del literal "A" del auto del 19 de noviembre de 1993 y, en su lugar, DECRETAR la prueba pericial para los efectos

señalados por la parte demandante en el numeral V.2 de la demanda. Los peritos serán designados por el Magistrado Ponente.

2. NO REPONER el numeral 7 del literal "A" del auto referido.

Cópiese y notifíquese.

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

ERROR DE HECHO

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. Si una determinada prueba admite dos o más interpretaciones diferentes que no están reñidas con la lógica, acoger una cualquiera de ellas no entraña comisión de error manifiesto.

SENTENCIA DE NULIDAD / NULIDAD SUSTANCIAL / NEGOCIO JURIDICO / PRESTACIONES MUTUAS / CORRECCION MONETARIA

La sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o en otros términos, las partes quedan obligadas a restituirse lo que recíprocamente se hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula. Si lo que debe restituirse por una de las partes por razón de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico consiste en una suma de dinero, cuyo valor nominal se ha envilecido, su devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste monetario.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: *Expediente No. 4090* *Sentencia No. 07*

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso ordinario

adelantado por Blanca Azucena Salazar viuda de Rodríguez y José Aristóbulo Rodríguez Salazar y otros contra Manuel José del Carmen Rodríguez o Manuel Rodríguez Cortés y otro.

Antecedentes:

I.- Por demanda de 5 de noviembre de 1987 solicitaron los mencionados demandantes que con audiencia de los referidos demandados, se hiciesen las declaraciones y condenas principales y subsidiarias siguientes:

"PRIMERO: Que se declare el contrato promesa de compraventa firmado en Bogotá entre la señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y los demandados MANUEL Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, de fecha 11 de agosto de 1969, por medio del cual la señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ, prometió vender a los demandados señores MANUEL Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, la finca denominada MONTEOSCURO, ubicada en la vereda de SALTO Y BANDERA de la jurisdicción del municipio de Villa de Leiva y alinderada como en el documento aparece, no produce obligación alguna entre las partes.

"SEGUNDO: Por tanto, que pertenece en dominio pleno y absoluto a la sucesión intestada de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES mayor de edad y vecino que fue de Villa de Leiva y Bogotá, representada por su cónyuge sobreviviente señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y sus hijos legítimos señores VILMA ESTHER, JOSE ARISTOBULO, MARIA AZUCENA y ALBA MERCEDES RODRIGUEZ SALAZAR, con mejor derecho que los demandados MANUEL JOSE DEL CARMEN RODRIGUEZ CORTES O MANUEL RODRIGUEZ CORTES Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, mayores de edad y vecinos de Villa de Leiva, el predio denominado MONTE OSCURO conjuntamente con la casa en él construida, situado en la vereda de SALTO Y BANDERA de la jurisdicción del municipio de Villa de Leiva y contenido dentro de los siguientes linderos generales: "desde el vado del Fiscal en el río Suta, este río aguas abajo por la margen derecha hasta encontrar un cimiento: vuelve por éste en curva hasta encontrar el camino que conduce de "el llano" para las "Vegas de Gachantivá"; por este camino abajo a dar el punto de partida del primer lindero y encierra; colinda con Miguel Cortés, Teodolindo Cortés calle en medio, Domingo Rodríguez, Angélico Casallas y el Río Suta. Predio cuyo

número catastral es 00-0-006-027, con una extensión superficiaria menor de quince hectáreas, predio al cual se le ha dado una explotación económica de siembras, pastos, viviendas.

"TERCERO: Se condene a los demandados señores MANUEL JOSE DEL CARMEN RODRIGUEZ CORTES O MANUEL RODRIGUEZ CORTES Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, de anotaciones civiles conocidas a restituir seis días después de la ejecutoria de la sentencia o dentro del plazo que el señor Juez determine a la sucesión intestada de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES representada por la cónyuge sobreviviente señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y los hijos legítimos ya citados el fundo denominado MONTE OSCURO, ubicado en el municipio de Villa de Leiva en la vereda de SALTO Y BANDERA y alinderado como aparece en la anterior petición.

"CUARTO: Que se condene a los demandados a pagar a la sucesión de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES el valor de los frutos naturales y civiles del inmueble MONTE OSCURO ya citado y no sólo los percibidos sino los que los herederos de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado y esto a justa tasación de peritos y desde el 11 de agosto de 1969, hasta la entrega del predio MONTE OSCURO conjuntamente con la casa en él construida y demás anexidades y dependencias.

"QUINTO: Que se disponga en la restitución del predio MONTE OSCURO, se comprenderán todos los inmuebles que hacen parte del predio tales como la casa, y demás construcciones aledañas al servicio de la finca y que se reputan inmuebles de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

"SEXTO: Que se ordene inscribir la sentencia en los libros respectivos de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos y Privados correspondientes, o sea la de Tunja.

"SEPTIMO: Que se condene a los demandados a pagar a la sucesión de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, representada por mis poderdantes, las costas y costos del presente proceso.

"PRIMERAS PETICIONES SUBSIDIARIAS

"Para que en caso de que el señor Juez considere que no son de recibo legal las anteriores peticiones, pido que se hagan las siguientes declaraciones subsidiarias:

"PRIMERO: Que se declare resuelto el Contrato de Promesa de Compra Venta suscrito el 11 de agosto de 1979 entre la señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ, como promitente vendedora y los señores MANUEL JOSE DEL CARMEN RODRIGUEZ CORTES O MANUEL RODRIGUEZ CORTES Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, como promitentes compradores de la finca denominada MONTE OSCURO y ubicada en la vereda de SALTO Y BANDERA del municipio de Villa de Leiva y alinderada como aparece en la segunda petición principal, por incumplimiento de los promitentes compradores hoy demandados.

"SEGUNDO: Que se condene a los demandados a restituir a la sucesión de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, representada por mis poderdantes señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ, en su calidad de cónyuge sobreviviente y de los señores VILMA ESTHER, JOSE ARISTOBULO, MARIA AZUCENA Y ALBA MERCEDES RODRIGUEZ SALAZAR, en su calidad de hijos legítimos del causante seis días después de la ejecutoria de la sentencia o dentro del plazo que el señor Juez señale del inmueble denominado MONTE OSCURO, junto con la casa de habitación y demás dependencias construidas y demás cosas aledañas a la finca y que se reputan inmuebles de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

"TERCERO: Que se condene a los demandados a pagar a mis poderdantes seis días después de la ejecutoria de la sentencia o dentro del plazo que el señor Juez señale todos los frutos naturales y civiles desde el día 11 de agosto de 1969 que haya producido el inmueble MONTE OSCURO ya citado y no solo que hubieren percibido sino los que los herederos de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado a justa tasación de peritos.

"CUARTO: Los mismos puntos quinto y sexto de la demanda.

"Para el caso de que no fueren acogidas las peticiones principales ni las primeras peticiones subsidiarias, al señor Juez solicito que se hagan en contra de los demandados y a favor de la sucesión de don JOSE ARISTOBULO

RODRIGUEZ CORTES, las siguientes o semejantes SEGUNDAS DECLARACIONES SUBSIDIARIAS:

"PRIMERO: Que pertenece en dominio pleno y absoluto a la sucesión intestada de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, mayor de edad y vecino que fue de Villa de Leiva y Bogotá, representada por su cónyuge sobreviviente, señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y sus hijos legítimos señores VILMA ESTHER, JOSE ARISTOBULO, MARIA AZUCENA Y ALBA MERCEDES RODRIGUEZ SALAZAR, con mejor derecho que los demandados MANUEL JOSE DEL CARMEN RODRIGUEZ CORTES O MANUEL RODRIGUEZ CORTES Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, mayores de edad y vecinos de Villa de Leiva, el predio denominado MONTE OSCURO, conjuntamente con la casa en él construida, situado en la vereda de SALTO Y BANDERA de la jurisdicción del municipio de Villa de Leiva y contenido dentro de los siguientes linderos generales: "desde el vado del Fiscal o Fiscal en el río Suta, este río aguas abajo por la margen derecha hasta encontrar un cimiento; vuelve por este en curva hasta encontrar el camino que conduce de "El Llano" para las "Vegas de Gachantivá"; por este camino abajo a dar el punto de partida del primer lindero y encierra. Colinda con Miguel Cortés, Teodolindo Cortés calle en medio, Domingo Rodríguez, Angélico Casallas y el río Suta. Predio cuyo número catastral es 00-0-006-027, con una extensión superficiaria menor de quince hectáreas, predio al cual se le ha dado una explotación económica de siembras, pastos, viviendas.

"SEGUNDO: Se condene a los demandados señores MANUEL JOSE DEL CARMEN RODRIGUEZ CORTES O MANUEL RODRIGUEZ CORTES Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, de anotaciones civiles conocidas a restituir seis días después de la ejecutoria de la sentencia o dentro del plazo que el señor Juez determine a la sucesión intestada de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, representada por la cónyuge sobreviviente señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y los hijos legítimos ya citados el fundo denominado MONTE OSCURO ubicado en el municipio de Villa de Leiva en la vereda de SALTO Y BANDERA y alinderado como aparece en la anterior petición.

"TERCERO: Que se condene a los demandados a pagar a la sucesión de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, el valor de los frutos naturales y civiles del inmueble MONTE OSCURO ya citado y no solo los

percibidos, sino los que los herederos de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado y esto a justa tasación de peritos y desde el 11 de agosto de 1969 hasta la entrega del predio MONTE OSCURO, conjuntamente con la casa en él construida y demás anexidades y dependencias.

"CUARTO: Que se disponga que en la restitución del predio MONTE OSCURO se comprenderán todos los inmuebles que hacen parte del predio tales como la casa, y demás construcciones aledañas al servicio de la finca y que se reputan inmuebles de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

"QUINTO: Que se ordene inscribir la sentencia en los libros respectivos de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos y Privados correspondientes, o sea la de Tunja.

"SEXTO: Que se condene a los demandados a pagar a la sucesión de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES las costas del proceso".

II.- Los demandantes apoyaron sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) José Aristóbulo Rodríguez adquirió de Manuel José del Carmen Rodríguez Cortés o Manuel Rodríguez Cortés, según escrituras públicas No. 6953 de 27 de octubre de 1950 y 212 de 28 de agosto de 1954 de la Notaría del Círculo de Villa de Leiva el bien inmueble denominado "Monte Oscuro", situado en la vereda de "Salto y Bandera" del municipio de Villa de Leiva, distinguido dicho bien raíz por los linderos de que da cuenta el hecho primero de la demanda.

b) El adquirente José Aristóbulo Rodríguez Cortés, "desde que compró la finca ejerció sus derechos como poseedor y dueño", pues destinó el predio al plantío de cultivos, pastos, habitación e igualmente lo arrendó "cuando a bien lo tuvo" a sus familiares, quienes le pagaban el correspondiente canon.

c) El adquirente José Antonio Rodríguez Cortés falleció el 26 de enero de 1967 y le sobreviven su esposa Blanca Azucena Salazar y sus hijos Vilma Ester, José Aristóbulo, María Azucena y Alba Mercedes.

d) Fallecido José Aristóbulo Rodríguez Cortés, su cónyuge Blanca Azucena Salazar, le dio en arrendamiento a Josefina Cortés viuda de Rodríguez,

madre de los demandados, como también de aquél, "el lote objeto del pleito", según contrato de 1o. de julio de 1967.

e) También aconteció que el 11 de agosto de 1969, la demandante Blanca Azucena Salazar y los demandados celebraron un contrato de promesa de compraventa respecto del bien raíz "Monte Oscuro", por la suma de $100.000, que los prometientes compradores o demandados "no pagaron en su totalidad", lo cual se traduce en que estos últimos "reconocieron la propiedad del inmueble por parte de la sucesión de don José Aristóbulo Rodríguez Cortés". Empero, este negocio no produce obligación alguna, porque la prometiente vendedora Blanca Azucena Salazar "no podía prometer en venta un inmueble de la sucesión de su esposo, en donde había por entonces hijos menores; tampoco se dijo cuándo se debía hacer la escritura, sino que vagamente se dijo que una vez concluyera el juicio de sucesión de don José Aristóbulo Rodríguez Cortés, y cabe decir que este juicio no ha concluido pues aún se halla en trámite". Por demás, en el contrato de promesa de compraventa tampoco se acordó en que en Notaría debía hacerse la escritura, por todo lo cual "dicho documento" no tiene valor alguno, "fuera de demostrar que los demandados han reconocido siempre dominio por parte de la sucesión de don José Aristóbulo Rodríguez Cortés".

f) También expresan los demandantes que los demandados iniciaron un proceso de pertenencia que les fue decidido desfavorablemente, a pesar de lo cual iniciaron otro proceso del mismo linaje, en donde los demandantes ya se opusieron: los demandados están en posesión del inmueble.

III.- Enterados los demandados de las pretensiones de los demandantes, respondieron en el sentido de admitir algunos hechos como ciertos y de desconocer otros, por lo que culminaron con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de la excepción de prescripción extintiva de la acción.

IV.- Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 15 de mayo de 1989, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"PRIMERO: Declarar la nulidad absoluta del contrato promesa de compraventa, firmado en Bogotá entre la señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y los demandados MANUEL Y MARTIN

OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, de fecha 11 de agosto de 1969, por medio del cual la señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ, prometió vender a los demandados señores MANUEL Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, la finca denominada MONTE OSCURO, ubicada en la vereda de Salto y Bandera jurisdicción del municipio de Villa de Leiva y alinderada como en el documento aparece y por ende no produce obligación alguna entre las partes.

"SEGUNDO: Igualmente condenar a los demandados a restituir a la demandante BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ, el valor de los frutos naturales y civiles producto del inmueble desde la notificación de la demanda hasta que el pago se verifique: condena que se hace ingeneri, para ser liquidada de conformidad con el art. 308 del C. de P.C.

"TERCERO: La demandante BLANCA AZUCENA SALAZAR, debe restituir a los demandados, la cantidad de $70.000.oo con corrección monetaria e intereses legales, desde la presentación de la demanda hasta que el pago se verifique.

"CUARTO: Igualmente la demandante debe restituir a los demandados, la cantidad de $410.000 como valor de las mejoras concediéndoles el derecho de retención hasta que el pago se verifique.

"QUINTO: Declarar que pertenece en dominio pleno y absoluto a la sucesión intestada de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, representada por su cónyuge sobreviviente señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y sus hijos legítimos señores VILMA ESTHER, JOSE ARISTOBULO, MARIA AZUCENA y ALBA MERCEDES RODRIGUEZ SALAZAR, el predio denominado MONTE OSCURO, conjuntamente con la casa en él construida, situado en la vereda de Salto y Bandera de la jurisdicción del municipio de Villa de Leiva y contenido dentro de los siguientes linderos generales: desde el Vado del Fiscal en el río Suta, este río aguas abajo por la margen derecha hasta encontrar un cimiento; vuelve por éste en curva hasta encontrar el camino que conduce de "el llano" para las "Vegas de Gachantivá" por este camino abajo a dar al punto de partida del primer lindero y encierra, colinda con Miguel Cortés, Teodolindo Cortés calle en medio, Domingo Rodríguez, Angélico Casallas y el río Suta. Predio cuyo número catastral es 00-0-006-027, con una extensión superficiaria menor de quince hectáreas.

"SEXTO: Condenar a los demandados señores MANUEL JOSE DEL CARMEN RODRIGUEZ CORTES o MANUEL RODRIGUEZ CORTES y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, de anotaciones civiles conocidas a restituir seis días después de la ejecutoria de la sentencia a la sucesión intestada de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, representada por su cónyuge sobreviviente señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y los hijos legítimos ya citados, el fundo denominado MONTE OSCURO, ubicado en el municipio de Villa de Leiva, en la vereda de Salto y Bandera y alinderado como aparece en el anterior numeral.

"SEPTIMO: En la restitución del predio MONTE OSCURO, se comprenderán todos los inmuebles que hacen parte del predio tales como la casa y demás construcciones aledañas al servicio de la finca y que se reputan inmuebles de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

"OCTAVO: Las sumas liquidadas podrán compensarse.

"NOVENO: Declarar no probada la excepción formulada por la parte demandada.

"DECIMO: Inscríbase la presente sentencia en la oficina de registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad.

"ONCEAVO: Los demandados podrán retener el inmueble hasta que la parte actora verifique el pago o asegure a satisfacción el pago de las mejoras.

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

V.- Inconforme la parte demandada con la decisión precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 27 de noviembre de 1991, por el cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, onceavo y doceavo, de la sentencia apelada signada el quince (15) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Juzgado tercero civil del circuito de Tunja dentro del proceso ordinario -nulidad de promesa contrato de compraventa- instaurada por Blanca Azucena Salazar vda. de Rodríguez y otros contra

Manuel José del Carmen Rodríguez Cortés o Manuel Rodríguez Cortés y Martín Oswaldo Martínez (sic) Cortés por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: Modificar el numeral segundo de la sentencia apelada el cual quedará así:

"Condenar a los demandados Manuel José del Carmen Rodríguez Cortés y Martín Oswaldo Martínez (sic) Cortés a pagar a la sucesión de José Aristóbulo Rodríguez Cortés representada por Blanca Azucena Salazar por concepto de frutos civiles y naturales la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS ($653.786.oo que cubren el valor hasta el 30 de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) y la suma de diez y ocho mil seiscientos treinta pesos mensuales a partir del primero de octubre de 1991, hasta cuando el inmueble sea devuelto.

"TERCERO.- Costas de esta instancia a cargo del apelante".

VI.- Contra la decisión del Tribunal, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a decidirlo.

La sentencia del tribunal:

Referidos los antecedentes del litigio, comienza el Tribunal, en el campo de las consideraciones, y apoyado en jurisprudencia de la Corte, por sentar cuál es el efecto natural y propio de toda declaración judicial de nulidad de un negocio jurídico, luego de lo cual sienta las reflexiones siguientes:

a) Que "analizado el escrito que contiene el contrato de promesa de compraventa celebrado entre demandante y demandados, se observa que las partes no fijaron la fecha para el otorgamiento de la escritura, ni se dijo en qué notaría debía otorgarse, tampoco se anotó los datos relativos a la tradición del inmueble requisitos necesarios para la validez de la promesa de contrato de compraventa".

b) Que según la jurisprudencia y la ley, cuando se somete la celebración de un contrato "futuro a una condición", esta ha de ser determinada, que permita inferir que el hecho futuro e incierto ha de ocurrir dentro de determinado tiempo.

c) Que de conformidad con el negocio jurídico de promesa de compraventa celebrado, y concretamente de lo acordado en la cláusula tercera, "resulta imposible afirmar con certeza que los contratantes indicaron una fecha dentro de la cual se cumpliría el contrato. No es posible derivar del documento un conocimiento cierto en primer lugar de si la prometiente vendedora iba a realizar todo lo tendiente a la terminación del proceso de sucesión del causante Aristóbulo Rodríguez, en segundo lugar, era imposible saber si en la partición este inmueble le fuera o no adjudicado a la prometiente vendedora, por consiguiente la condición a que se sometió la celebración del contrato prometido es de la modalidad conocida como indeterminada, tornando el acto jurídico en ineficaz, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte.

"De otra parte, si se tiene en cuenta lo estatuido por el art. 1535 del C.C., tenemos que decir, que este contrato promesa de compraventa nació nulo ya que la ley expresamente ha estatuido que cuando la condición dependa de la sola voluntad del obligado no vale.

"La promesa contrato de compraventa aportada al proceso adolece igualmente de falta del requisito exigido en el numeral 4o. del art. 89 de la ley 153 de 1887, pues en ella no se determinó debidamente el inmueble objeto de la venta ni se dijo la notaría en la cual debía otorgarse la escritura".

d) Que en resumen se tiene "que la promesa de contrato de compraventa celebrada entre demandante y demandados, aportada al proceso, carece de varios requisitos exigidos por la ley para su validez, luego se concluye que ésta está viciada de nulidad absoluta, y así habiéndolo deducido el *a-quo* debe confirmarse la providencia apelada en este aspecto".

Una vez que el *ad-quem* considera suficientes los planteamientos hechos respecto de la pretensión de nulidad de la promesa del contrato de promesa controvertido, se ocupa a continuación de la excepción de prescripción extintiva propuesta por los demandados fundada en la posesión del inmueble por parte de los opositores desde el año de 1950, y en el punto sentó los asertos siguientes:

a) Que la parte demandante aportó copia de las escrituras públicas números 6953 de 27 de octubre de 1950 y 212 de 28 de agosto de 1954, mediante las cuales se pone de presente que el bien raíz controvertido fue adquirido por José Aristóbulo Rodríguez de Manuel del Carmen Rodríguez.

b) Que los demandados, al celebrar el contrato de promesa de compraventa con la demandante respecto del inmueble materia de la litis, aquellos "reconocieron dominio" en ésta, y por ende, tienen la posesión "como consecuencia del contrato de promesa de compraventa firmado entre demandados y demandante es decir con la aquiescencia de ésta", por lo que se interrumpió la posesión que los primeros hubieran podido tener con antelación a la celebración del negocio de promesa.

Por último, el *ad-quem* aborda el punto atinente a las prestaciones mutuas, y, al efecto hace las consideraciones siguientes:

a) "Habiéndose condenado en el numeral segundo de la sentencia recurrida a los demandados a pagar a la demandante los frutos civiles y naturales, pero en abstracto, para ser liquidados por el trámite del Art. 308 del C. de P.C. anterior debe modificarse este numeral, por cuanto el estatuto procedimental vigente prohíbe la condena ingenere. Revisado el expediente al folio 293 del cdo. de pruebas, encontramos el dictamen pericial rendido por los peritos el cual fue aprobado. Considera la Sala que para concretar la condena deben tomarse los datos allí consignados.

"Los peritos al rendir su informe, liquidaron los frutos civiles y naturales, primero dándole al inmueble el valor del canon de arrendamiento y en segundo lugar haciendo un cálculo de las posibles utilidades por la explotación del crédito.

"La Sala opta por la primera forma de liquidación es decir la relativa al canon de arrendamiento. Como los demandados tienen el inmueble como consecuencia del contrato de compraventa celebrado entre las partes, se tendrán como poseedoras de buena fe y la condena comprenderá desde la fecha de notificación de la demanda a estos, y como han manifestado que durante todo el tiempo lo han explotado en compañía y los dos son prominentes compradores la condena será conjunta quedando solidariamente obligados a su pago.

"Los peritos fijaron en su dictamen el valor del arrendamiento por meses y anotaron que anualmente tendría un incremento del 10 por ciento entonces con estas bases se hará la liquidación así:

"De mayo a diciembre de 1988 a $14.000.oo mensuales $98.000.oo

"Para el año 1989 a $15.000.oo mensuales	$184.800.oo
"Para el año de 1990 a $16.940.oo mensuales	$203.280.oo
"De enero a septiembre de 1991 (9 meses) a $18.634.oo mensuales	$167.706.oo
"Total	$653.786.oo

b) "El numeral segundo de la sentencia apelada deberá modificarse en el sentido de condenar a los demandados al pago de la suma de $653.786.oo por concepto de frutos naturales y civiles liquidados hasta el 30 de septiembre de 1991 y al pago de $18.634.oo pesos mensuales a partir del primero de octubre de 1991 y hasta cuando el inmueble sea devuelto".

El recurso de casación:

Dos cargos, ambos dentro del marco de la causal primera de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero por la vía indirecta y el restante por la directa, los que serán estudiados en el orden propuesto.

Cargo primero:

Por éste acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar, por aplicación indebida, los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964 incisos 3 y 4 y 965 del C.C.; y, por falta de aplicación los artículos 2512, 2513, 2518, 2531 del C.C. y 1o. de la ley 50 de 1936, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

En procura de demostrar el cargo, la parte recurrente formula los planteamientos siguientes:

a) A título de introducción expresa que no impugna la decisión del *ad-quem* en cuanto decretó la nulidad de la promesa de compraventa, porque "es ostensible la ausencia de los presupuestos que para su validez establece el artículo 89 de la ley 153 de 1887 concretamente no determinar la Notaría donde debía suscribirse la escritura y condicionar el cumplimiento a un hecho dependiente de la voluntad de uno de los contratantes".

b) Aclarado lo anterior manifiesta la parte recurrente que su censura se contrae, entonces, respecto de las partes entre quienes se celebró la referida promesa de contrato de compraventa y las consecuencias que le dio el Tribunal a la excepción de prescripción alegada por los demandados.

c) Al transcribir el recurrente algunos pasajes del fallo del Tribunal atinentes al hecho de sostenerse por el *ad-quem* que al celebrarse el contrato de promesa entre la demandante y los demandados, éstos reconocieron dominio en aquella, y por ende, "no están poseyendo el inmueble materia de esta litis con ánimo de señor y dueño sino que la posesión la tienen como consecuencia del contrato de promesa de compraventa", y por demás "se interrumpió la posesión que hubieran podido ostentar con anterioridad a esta fecha", por lo que "no se puede prosperar la excepción propuesta por los demandados", se tiene que el sentenciador de segundo grado dio por establecidos tres aspectos que no corresponden a la realidad probatoria, porque consideró que una de las partes suscribió la promesa de contrato de compraventa con calidad diferente y omitió considerar prueba testimonial que establece la posesión del bien por los demandados por tiempo superior a veinte años.

d) Sobre los "tres aspectos" que el Tribunal dio por establecidos y que no se ajustan a la realidad del proceso, los explica la parte recurrente, así:

1o.) "El primero, que la promesa de compraventa no se celebró, como lo afirma el H. Tribunal Superior de Tunja, 'entre los demandantes y los demandados', concretamente por aquellos, pues la parte actora en el proceso está constituida por la sucesión de Arístóbulo Rodríguez Cortés, hecho no cuestionado, representada por Blanca Azucena Salazar vda. de Rodríguez, como cónyuge sobreviviente, y Alba Mercedes Rodríguez Salazar, Vilma Esther Rodríguez Salazar, José Aristóbulo Rodríguez Salazar y María Azucena Rodríguez Salazar, en la condición de herederos, y la demandada por Martín Oswaldo Rodríguez Cortés y Manuel José del Carmen Rodríguez Cortés.

"En la promesa de compraventa, que obra al folio 25 y vuelta del Cuaderno 1, textualmente se lee que la celebraron Blanca A. Salazar vda. de Rodríguez, mayor de edad y vecina de Bogotá, por una parte, como promitente vendedora, y, de otra, en calidad de promitentes compradores, los demandados Manuel y Martín Oswaldo Rodríguez Cortés.

"La citada señora Blanca A. Salazar vda. de Rodríguez actúa en la promesa de compraventa, en su propio nombre, y no en el de la sucesión de Aristóbulo

Rodríguez o para esta, pues nada de esto se dice en el documento. Lo único que al respecto se menciona es que la escritura se suscribiría una vez finalizada la sucesión del mencionado Aristóbulo Rodríguez, a la cual pertenece el inmueble. Los señores Manuel y Martín Oswaldo Rodríguez Cortés sí son los mismos demandados.

"Resulta, entonces, que la señora Blanca A. Salazar de Rodríguez no solo obró en su propio nombre, sino que prometió vender un bien determinado, cuando, por estar aun pendiente la sucesión de Aristóbulo Rodríguez, a cuyo nombre está registrada la propiedad, únicamente podía disponer de su cuota como cónyuge supérstite, lo cual hace más ostensible la calidad con que la mencionada señora suscribió la promesa de compraventa".

2o.) El segundo, consecuencia del anterior, radica en que si la señora Blanca Azucena Salazar vda. de Rodríguez en la referida promesa de compraventa actuó como promitente vendedora de un bien determinado y en su propio nombre, mal puede afirmarse que los demandados, al suscribirla, estén o haya reconocido dominio en la parte demandante, esto es, la sucesión de Aristóbulo Rodríguez, y que, por tanto, les hubiese hecho perder uno de los elementos esenciales de la posesión, como es el animus.

"Ciertamente la señora Blanca Azucena Salazar vda. de Rodríguez, en su condición de tal, tiene la calidad de demandante, por cuanto su presencia es indispensable en el proceso para que pueda declararse la nulidad de la promesa de compraventa impetrada, por ser una de las partes contratantes, pero eso no significa, como equivocadamente lo sostiene el H. Tribunal Superior de Tunja, que, por sí misma, esté legitimada para actuar como representante de la sucesión de Aristóbulo Rodríguez, propietaria del bien inmueble objeto de la litis.

"En otras palabras, una cosa es la promesa de compraventa, que vincula como contratantes a Blanca Azucena Salazar vda. de Rodríguez con los demandados Manuel José y Martín Oswaldo Rodríguez Cortés, y otra, muy diferente, la reivindicación, que requiere como sujeto activo, en cuyo favor se reclama, por ser el titular inscrito del dominio, la sucesión de Aristóbulo Rodríguez, con los mismos demandados, en la condición de sujetos pasivos, por ser los poseedores del bien.

"Ciertamente a la sucesión de Aristóbulo Rodríguez la representa, como cónyuge supérstite, la citada Blanca Azucena Salazar vda. de Rodríguez y, como herederos en su condición de hijos del causante, Alba Mercedes

Rodríguez Salazar, Vilma Esther Rodríguez Salazar, José Aristóbulo Rodríguez Salazar y María Azucena Rodríguez Salazar, pero para adoptar esa calidad y que surta sus consecuenciales efectos en relación con el representado es indispensable que así se indique, situación que no se presenta en la ya mencionada promesa de compraventa".

3o.) "El tercero, secuela de los anteriores, que la posesión de los demandados en el bien no se deriva de la promesa de compraventa, como equivocadamente lo dice el H. Tribunal Superior de Tunja, pues en el documento contentivo de esta por ninguna parte consta que la promitente vendedora, Blanca Azucena Salazar vda. de Rodríguez, les haya entregado el inmueble el 11 de agosto de 1987, cuando se suscribió, ni anteriormente. Por el contrario, la prueba testimonial, que el Tribunal ni siquiera mencionó y, por ende, omitió o pretermitió, conduce a demostrar que la posesión de los demandados en el bien data de mucho tiempo atrás, superando los veinte años.

"En efecto, el H. Tribunal Superior de Tunja pretermitió la prueba testimonial para darle el valor que le correspondía por cuanto, si bien las declaraciones de Manuel Hurtado, Salvador Espitia, Francisco Joaquín Munevar y Carlos José Salas fueron recepcionadas con inobservancia de una formalidad, por no haber el comisionado notificado la providencia que ordenó cumplir con la comisión y señaló fecha para la correspondiente audiencia, como el apoderado de la parte que represento lo puso de presente en el alegato de conclusión de primera instancia, para que, como lo solicitó, se ordenara una nueva recepción, tampoco pueden desecharse como prueba sumaria, no controvertida, de los hechos que narran, pues todos coinciden en afirmar que hace más de veinte años los demandados poseen quieta, pacífica y públicamente el inmueble materia de la litis.

"Empero no puede prescindirse, como lo hizo el Tribunal Superior de Tunja, de la declaración rendida por David Parra Bohórquez ante el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal de Santafé de Bogotá, comisionado al efecto, observando todas las formalidades y, por ende, debidamente controvertida, de cuya veracidad no puede dudarse, por cuanto el testigo es cuñado del causante Aristóbulo Rodríguez, para cuya sucesión se reconoció la reivindicación, quien afirma que este se vino para Bogotá por el año de 1950 y fijó allí su domicilio, dedicándose a la fabricación de bocadillo hasta 1969, cuando murió, quedando en la finca los hermanos Manuel José y Martín Oswaldo Rodríguez Cortés, a quienes se les reconoció como dueños (Cuaderno 3, folios 16 a 19). La posesión

de los demandados excedió, por tanto, los veinte años necesarios para configurar la prescripción".

Se considera

1.- Se viene afirmando por la doctrina de la corporación que *el buen suceso de un cargo en casación por la causal primera, concretamente por quebranto de ley sustancial derivada de error de hecho manifiesto cometido por el sentenciador en la apreciación de los elementos de convicción, exige incuestionablemente la presencia, entre otros presupuestos, que el yerro sea contraevidente, esto es, que la conclusión de orden fáctico derivada del error resulte ser diáfanamente contraria a lo establecido por la prueba en cuestión.* No se configura el error de hecho, en la modalidad de manifiesto, cuando para establecerlo sea necesario recurrir a esforzados razonamientos, puesto que en tal evento no salta a la vista o surge de bulto con su sola enunciación. "Este error -ha dicho reiteradamente 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, cuando para demostrarlo es indispensable emplear complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no lo capta de primer golpe, entonces se puede estar frente a un error; pero 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).

2.- Siendo así las cosas se tiene que cuando el sentenciador saca de la prueba, al ponderarla, una conclusión razonable o lógica, o que no choca abiertamente con lo que ella exterioriza, en este evento no se configura el yerro fáctico, por carecer de la singular característica de ser evidente o manifiesto. Por consiguiente, si un determinado suceso o hecho admite varias interpretaciones, todas posibles, acoger una de ellas no constituye un error evidente.

Precisamente, el criterio anterior lo ha expuesto la Corte, en doctrina reiterada, en los términos siguientes: *Si una determinada prueba admite dos o más interpretaciones diferentes, que no están reñidas con la lógica, acoger una cualquiera de ellas no entraña comisión de error manifiesto, desde luego que tal suceso no desacompasa con la realidad procesal y aunque en el sentir de la Corporación o del censor, la interpretación no acogida por el Tribunal o por el Juez, fuese más ajustada a la lógica y consultara mejor los principios, el simple hecho de que la otra no sea arbitraria ni contraevidente, sería bastante razón para que la Corte no pudiera variarla, porque mientras no*

aparezca diáfanamente la arbitrariedad o la contraevidencia, los juicios del Juzgador de segundo grado son así ciertamente intocables'' (Cas. Civ. de 21 de septiembre de 1973).

3.- También conviene poner de presente que en atención a los principios rectores del derecho probatorio, como los de publicidad y contradicción, cuando éstas se subestiman no puede el Juzgador tener en cuenta los elementos de convicción incorporados al proceso en esas condiciones, pues por el contrario, si los aprecia si comete un desacierto que bien puede conducir al quiebre del fallo proferido con desmedro de exigencias ineludibles en la producción de la prueba. Y tan cierto resulta ser lo que se acaba de afirmar, que la misma parte demandada lo entendió así, cuando en su alegato de conclusión expresó que ''como quiera que precisa notificar a las partes de manera legal la fecha de la audiencia para captar las pruebas, a través de comisionado, se advierte esta anomalía que inevitablemente *le resta valor probatorio a los testimonios sobre los cuales fundó la excepción*'' (se subraya).

4.- Ahora bien, centrando la Corte el estudio del cargo, prioritariamente en lo que concierne al yerro de facto en que se dice incurrió el *ad-quem* en la pretensión de la prueba testimonial, fácilmente se advierte que no incurrió en tal error, por lo que pasa a explicarse.

a) Porque, según las normas pertinentes del derecho probatorio, no podía apreciar los testimonios de Manuel Hurtado, Salvador Espitia, Francisco Joaquín Munévar y Carlos José Salas, porque fueron recepcionados sin sujeción a los principios de publicidad y contradicción, como lo aceptó la parte demandada y recurrente, pues la ley impide que la prueba practicada con inobservancia de dichas formalidades se les conceda eficacia probatoria. El yerro surgiría, por el contrario, si a pesar de las exigencias legales se les otorga valor probatorio.

b) Tampoco se configura el yerro de facto en lo tocante con la no estimación del testimonio de David Parra Bohorquez, por cuanto se trata de una declaración carente de precisión y exactitud, pues su dicho es inexpresivo o insulso, vago, no afirmativo sobre la calidad conque actuaban los demandados respecto del bien raíz controvertido, y en buena parte lo que narra no lo percibió directamente sino de oídas. Un único testimonio que ofrece este cúmulo de deficiencias en el campo probatorio, según las reglas de la sana crítica, no se le puede conceder la eficacia probatoria que le señala y reclama la censura en el cargo.

c) Vistas así las cosas, se tiene que si la prueba testimonial, que se acaba de analizar, no puede ser considerada por lo antes sostenido, fácil es concluir que la excepción de prescripción liberatoria o extintiva ha quedado sin respaldo probatorio, lo cual se traduce en que así el Juzgador hubiese cometido un yerro de facto en el examen del contrato de promesa de compraventa, tal desacierto no sería suficiente para casar la decisión impugnada, porque ni con el documento contentivo del negocio de promesa ni con la prueba testimonial examinada se pone de presente la excepción mencionada, fuera de que la reflexión que hizo el Tribunal sobre el negocio jurídico de promesa, ponderado en su conjunto, permite también sacar la conclusión a que llegó el Tribunal en su decisión.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Cargo segundo:

Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 964 y 1746 del C.C., el primero por aplicación indebida y el segundo por interpretación errónea.

La parte recurrente lo explica así:

a) Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato, el Tribunal "conservó la condena impuesta por el *a-quo* a la parte demandante en el sentido de reintegrar la cantidad de setenta mil pesos que recibió de los demandados el 11 de agosto de 1969 por concepto del precio", "con corrección monetaria e intereses, pero a partir de la presentación de la demanda".

b) El artículo 1746 del C.C. dispone que como consecuencia de la declaración judicial de nulidad, las cosas deben volver al estado que tenían al momento de celebrarse el contrato, o sea, en la fecha "que las partes lo suscribieron, pero regula de manera diferente las obligaciones principales y las accesorias o consecuenciales, que el Código agrupa bajo el calificativo de prestaciones mutuas", pues respecto de las primeras, que son el objeto y el precio, dispone el art. 1746 del C.C. que deben volver "al estado que tenían a la fecha del contrato, es decir, cuando este se celebró. Ese momento es el que debe tomarse como referencia". Con todo, como por razón de la notoria devaluación de la moneda y la valorización de los bienes raíces, se devuelve el inmueble valorizado, mientras que, si solo se reintegra la cantidad de dinero entregada, la parte que lo recibe registra un considerable empobrecimiento, que

viola el principio de la equidad que debe existir al extinguirse una relación jurídica por causas establecidas en la ley.

c) Por lo anterior, con apoyo en los artículos 4, 5, 8 y 48 de la ley 153 de 1887 la devolución del dinero debe hacerse con corrección monetaria, "pero tomando como fecha de referencia la del contrato que se extinga o anula, de acuerdo con lo perentoriamente preceptuado por el inciso primero del artículo 1746 del Código Civil y con lo afirmado por la jurisprudencia de la Corte que cita y transcribe.

d) "Situación diferente se presenta respecto de las obligaciones consecuenciales, que se agrupan en el calificativo de prestaciones mutuas, por cuanto el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil dispone que cada parte responde de la pérdida de las especies, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras, tomando 'en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales...' ".

"Esas reglas generales, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, no son otras que las establecidas en el Capítulo 4 del Título 12 del Libro 2 del Código Civil (Cas. 1 Diciembre de 1938, G.J. XLIV, p. 452), entre las cuales está la restitución de los frutos, que se adeudan, conforme lo preceptuado por el artículo 964, a partir de diferente oportunidad según la clase de posesión del obligado a pagarlos, pues es el recibo del bien en la de mala fe, mientras es la notificación del auto admisorio de la demanda en la de buena fe, según la interpretación del inciso 3 del mencionado artículo 964.

"En consecuencia, el Tribunal Superior de Tunja al ordenar que se devolviera a mis mandantes el dinero con corrección monetaria, con fundamento en el principio de equidad reconocido por la Corte Suprema en razón de la notoria devaluación del dinero, aplicó correctamente las disposiciones contenidas en los artículos 4, 5, 8 y 48 de la ley 153 de 1887, pero al disponer que ella se causaría sólo a partir de la presentación de la demanda y no desde la celebración del contrato de promesa de compraventa, que fue cuando se entregó el precio, interpretó erróneamente el artículo 1746 del Código Civil, por cuanto no tomó lo establecido por este en su inciso primero para ese tipo de obligación, esto es, la fecha del acto jurídico afectado con la nulidad, sino el inciso segundo, como si se tratara de frutos y fuese poseedor de buena fe, violando, de consiguiente, por aplicación indebida, el artículo 964, inciso tercero del Código Civil.

"De acuerdo, pues, con la decisión que al respecto adoptó el H. Tribunal Superior de Tunja, mis poderdantes sólo recibirían setenta mil pesos y su corrección durante cinco años, aproximadamente, que es el tiempo transcurrido desde el 7 de noviembre de 1987, fecha en que se presentó la demanda, lo que arrojaría trescientos o cuatrocientos mil pesos, aproximadamente, mientras que los demandantes obtendrían la devolución del bien que, en la actualidad, vale varios millones de pesos.

"Lo indicado al respecto, interpretando correctamente el artículo 1746 del Código Civil y no aplicando el art. 964 del mismo ordenamiento, era que el Tribunal hubiese modificado la decisión del a quo en ese punto y condenara a los demandantes a pagar la corrección monetaria y los intereses legales a partir del 11 de agosto de 1969, fecha en que se celebró la promesa de compraventa afectada de nulidad y se entregó el dinero por concepto del precio".

Se considera:

1.- El efecto general y propio de toda declaración judicial de nulidad, sea absoluta, ora relativa, es la de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Por tal virtud, *la sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o en otros términos, las partes quedan obligadas a restituirse lo que recíprocamente se hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula.* Ciertamente así lo señala el artículo 1746 del Código Civil, al establecer que "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de la cosa juzgada, a las partes el derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo". Obviamente, para los efectos de ese restablecimiento, habrá de tenerse en cuenta si el contrato se cumplió en todo o en parte, puesto que si nada se ha cumplido, la cuestión, se contrae o limita a la extinción de las obligaciones, sin que haya lugar a restituciones. Como también debe tenerse presente, como excepciones al principio general de restituciones recíprocas, los casos expresamente indicados en la ley (arts. 1525 y 1747 del C.C.).

2.- Ahora bien, *si lo que debe restituirse por una de las partes por razón de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico consiste en una suma de dinero, cuyo valor nominal se ha envilecido, su devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste monetario*, tal como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, al afirmar

en el punto lo siguiente: "Entonces, si con motivo del fallo de nulidad, a una de las partes le corresponde devolver determinada suma de dinero y por el tiempo transcurrido entre el recibo de dicha suma y su restitución no mantiene su valor real de cambio, por cuanto ha sido afectado por el fenómeno de la depreciación, la devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste, que comprenda la desvalorización de la moneda... Así como una de las partes, por efecto de la nulidad, va a recibir un bien raíz, seguramente valorizado, simétricamente la otra parte que va a recibir determinada suma de dinero se le debe entregar igualmente valorizada (Cas. Civ. del 24 de marzo de 1983).

3.- El criterio precedente ya había sido sostenido por la doctrina foránea, especialmente por la Corte Suprema de Chile, al precisar los alcances del artículo 1687 del Código Civil de ese país, que es absolutamente igual al artículo 1746 del Código Civil Colombiano.

Precisamente la Corte Suprema de Chile, al considerar los efectos de la declaratoria de nulidad de un contrato y cómo debe cumplirse la prestación mutua cuando se trata de restitución de una suma de dinero, dijo en fallo de 20 de mayo de 1975, acogiendo el recurso de casación, lo siguiente: "Considerando: 3.- Que son hechos de la causa, a) que las partes de este juicio se vincularon por una promesa de compraventa en febrero de 1959, promesa que fue declarada nula absolutamente por sentencia que tiene entre las partes fuerza de cosa juzgada; b) que en razón de esa promesa de compraventa, celebrada entre don Héctor C. y doña Victoria B., esta última entregó al primero, como anticipo del precio, la suma de $ 3.681; c) que ese pago o anticipo se hizo o completó en diciembre de 1959; y d) que se acepta, por último, el hecho de la desvalorización monetaria y la existencia de la obligación del señor C. de restituir la suma que le pagó la reconviniente, con intereses, pero sin reajuste por tal desvalorización; 4.- Que dispone el artículo 1687 del Código Civil, que la nulidad declarada por sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado nulo: c.- Que es lógico y justo concluir que, tratándose de dinero, la suma que debe ser restituida conforme a este precepto, se haga manteniendo su valor adquisitivo mediante un reajuste, que compense la desvalorización monetaria, paralela al alza del costo de la vida, ya que sólo así se estaría restituyendo el valor entregado con anterioridad. Disponer que se devuelva actualmente el mismo número de monedas que se entregaron el año 1959, a pesar del grave proceso inflacionario de todos estos años, sería interpretar el precepto en análisis de una manera errónea y reñida con la equidad

y justicia; 6.- Que refuerza la conclusión anterior el estado en que se deja a la otra parte, a quien se le acuerda la restitución de su inmueble, quien lo recibe, naturalmente, con su valor actual; 7.- Que, en consecuencia, el fallo que no acepta la petición de reajuste de la suma que debe ser restituida a la reconviniente, no obstante reconocer la desvalorización de la moneda, infringe el artículo 1687 del Código Civil".

Por demás, la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Chile, que se acaba de transcribir, ha sido compartida por disertos juristas de ese país, como Fernando Fueyo Laneri (Obra: Corrección Monetaria y Pago Legal) y Jorge López Santa María (Obra: Obligaciones y Contratos frente a la inflación). El último, al ocuparse de los alcances del art. 1681 del C. Civil Chileno (1746 del C. Civil Col.), expresa que en "razón de la regla general del efecto retroactivo, las obligaciones restitutorias de sumas de dinero deben cumplirse reajustando la cantidad recibida por el *accipiens*, deudor de la restitución a fin de compensar la depreciación de la moneda entre las fechas de la recepción del pago y del cumplimiento de la devolución, a esta conclusión conduce el tenor del art. 1687-1 (art. 1746-1 del C.C. Col.), cuando ordena que las partes sean *'restituidas al mismo estado'* en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", o sea, que el dinero debe restituirse con el poder de compra que tenía en ese entonces y, por ende, si se ha envilecido a la fecha de restitución, se impone, por consiguiente, su ajuste monetario.

4.- Si como aquí aconteció se condenó a la parte demandante, como efecto de la declaratoria de nulidad del contrato de promesa de compraventa, a restituir a los demandados la suma de setenta mil pesos ($70.000) con corrección monetaria "desde la presentación de la demanda hasta que el pago se verifique", quebrantó las normas sustanciales señaladas en el cargo, porque el ajuste monetario de dicha cantidad debe hacerse a partir de al fecha en que la parte demandante recibió dicha suma y no desde la "presentación de la demanda", lo cual se traduce en que prospera el cargo en el punto.

Empero, la Corte para decidir en instancia con mayor acierto, decretará pruebas de oficio.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil CASA la sentencia recurrida en casación, y actuando como Tribunal de instancia, decreta de oficio las pruebas siguientes:

Que el Departamento Nacional de Estadística, DANE, en un término de treinta días, informe cuál es el valor actual de un peso de 11 de agosto de 1969 y de un peso de 30 de enero de 1970, habida cuenta de la desvalorización de la moneda colombiana ocurrida desde esas fechas. Líbrese el Despacho.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese y notifíquese.

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

TRANSACCION

La transacción es un contrato por cuya virtud las partes terminan un litigio entre ellas existente, y para que dicho negocio produzca los efectos procesales que le son inherentes, es indispensable que se produzca su reconocimiento mediante solicitud de parte interesada en la cual se precisen los alcances del acuerdo, resultado que también puede alcanzarse allegando a los autos el documento que los contenga.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Ref.: Expediente No. 4794 *Auto No. 025*

Dentro del proceso ordinario por *responsabilidad civil extracontractual* instaurado por GONZALO RIAÑO ARIAS y MARIELA VARGAS DE RIAÑO contra JOSE GUSTAVO CARO IZQUIERDO, RODRIGO GARCIA OCAMPO y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES TUCURA LTDA. -COOTRANSTUR-, se profirió por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, en primera instancia y con fecha doce (12) de marzo de 1993, sentencia totalmente desestimatoria de las pretensiones contenidas en la demanda que a dicho proceso le dio comienzo.

Apelada esta decisión fue ella confirmada, con costas para el actor y a favor de todos los demandados, mediante fallo de fecha treinta y uno (31) de agosto del mismo año proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, fallo este que ha venido a *casación* por virtud del recurso de esta naturaleza interpuesto también por la parte actora en el proceso de origen y pendiente aun de ser admitido a trámite.

Encontrándose en este estado la actuación, por memorial que suscribieron los mandatarios judiciales de la parte recurrente en *casación* y de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES TUCURA LTDA., acuden ellos ahora a manifestar que, obrando en nombre y por cuenta de sus representados y debidamente autorizados para hacerlo, en forma total han transado "... el total

de las pretensiones de la demanda por valor de once millones de pesos ...", obligándose en consecuencia la cooperativa referenciada a pagar esta suma "... una vez se encuentre ejecutoriado el auto que aprueba la transacción...". Solicitan también que se les exonere en el pago de costas.

Se considera:

1. En términos del artículo 2469 del Código Civil *es el de transacción un contrato por cuya virtud las partes terminan un litigio entre ellas existente. y para que dicho negocio produzca los efectos procesales que le son inherentes, al tenor del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil es indispensable que se produzca su reconocimiento mediante solicitud de parte interesada en la cual se precisen los alcances del acuerdo, resultado que también puede alcanzarse allegando a los autos el documento que los contenga.*

2. En la especie que ahora debe ocupar la atención de la Corte, los apoderados de los dos litigantes interesados tienen amplias facultades de disposición, el reconocimiento del acuerdo transaccional efectuado se ha solicitado por escrito con firmas auténticas y, además, en este mismo escrito se hacen constar los términos precisos del convenio a que llegaron, todo ello de conformidad con las exigencias requeridas por el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil para que la transacción produzca la plenitud de sus consecuencias procesales, de donde se sigue que procede aceptar aquél acuerdo y disponer la terminación completa y definitiva del pleito en lo que respecta a los demandantes y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES TUCURA LTDA., habida cuenta que el aludido acuerdo no se celebró con intervención de los demandados RODRIGO GARCIA OCAMPO y JOSE GUSTAVO CARO IZQUIERDO.

Decisión:

En armonía con las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, RESUELVE:

Primero. Aceptar el acuerdo transaccional celebrado por los demandantes y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES TUCURA LTDA. -COOTRANSTUR-, convenio cuyos términos se hicieron constar en escrito que obra en el expediente (folio 8 de este cuaderno) y suscrito por los respectivos apoderados.

Segundo. Declarar terminado este proceso ordinario entre los demandantes y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES TUCURA LTDA. -COOTRANSTUR- únicamente, toda vez que de conformidad con el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil debe continuar en relación con los dos demandados que no tomaron parte en la transacción celebrada.

Tercero. Tiénese por renunciadas las costas decretadas y por decretarse en favor de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES TUCURA LTDA. -COOTRANSTUR- (numeral 9o. del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil).

Cuarto. El doctor MARCO ANTONIO VALLEJO BUELVAS es apoderado de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES TUCURA LTDA., en los términos y para los efectos del memorial poder de sustitución presentado.

Notifíquese.

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

EXEQUATUR / RECIPROCIDAD DIPLOMATICA / RECIPROCIDAD LEGISLATIVA / CARGA DE LA PRUEBA

Por regla general, las decisiones judiciales extranjeras no se pueden hacer valer en Colombia y por excepción, cobran vigor siempre y cuando existan con el país extraño un tratado que así lo consagre -reciprocidad diplomática- o a falta de convenio internacional, exista ley allá mismo, que le otorgue valor a las sentencias proferidas por los jueces colombianos -reciprocidad legislativa-. / Por virtud del principio de la carga probatoria que impone el art. 177 del C. de P.C., en cualquiera de las hipótesis de excepción mencionadas, le corresponde al solicitante del exequatur demostrar la existencia del respectivo tratado o ley extranjera.

LEY EXTRANJERA / EXEQUATUR / RECIPROCIDAD LEGISLATIVA

Cuando se trata de demostrar una ley extranjera, el documento contentivo de la misma debe ser expedido por la autoridad competente del país extraño, Panamá en este caso, y autenticado por el respectivo Cónsul o Agente Diplomático, cuya firma debe venir abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

EXEQUATUR (ACLARACION DE VOTO) / DIVORCIO / MATRIMONIO / DOMICILIO CONYUGAL

Existen algunas providencias judiciales proferidas en el extranjero que producen directamente efectos dentro del territorio colombiano, sin necesidad de la concesión del exequátur, o de intervención judicial en tal sentido. Luego de la vigencia del Concordato de 1973, el art. 17 de la Ley 57 de 1887 está aún en vigor, lo que no ocurre respecto del artículo 18 de la misma ley. Por expreso mandato del legislador colombiano, la sentencia de divorcio a que se refiere esta solicitudde exequatur surte efecto, de pleno derecho, sin más trámites.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Ref.: Expediente No. 4150

Decide la Corte sobre la solicitud de *exequatur* presentada por el señor JOSE IGNACIO GUTIERREZ RODRIGUEZ, destinada a que produzca efectos en la República de Colombia la sentencia No. 37 del 9 de marzo de 1990, proferida por el Juzgado Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, Panamá, dictada en el proceso de *divorcio* de matrimonio civil que había contraído en ese mismo país el peticionario con la señora Marion Birckholtz Von Proziwinsky, ambos de nacionalidad colombiana.

Antecedentes:

1.- En apoyo de su pretensión, el demandante se refirió a la celebración del matrimonio civil, ocurrida el 22 de agosto de 1980 y a la posterior sentencia judicial, sobre la cual recae la solicitud de exequatur, mediante la cual se dispuso el divorcio con respaldo en los artículos 114, ord. 7 y 118 del C. Civil Panameño, en cuanto se probó en el respectivo proceso el absoluto abandono de los deberes de esposo por más de un año.

2.- Señala, igualmente, que dicho matrimonio se encuentra registrado civilmente en la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá; que existe identidad entre la causa de divorcio acogida por el Juez panameño y la que consagra el artículo 154 del C. Civil colombiano, en lo relativo al abandono de los deberes de esposo; que en tal virtud la sentencia citada no se opone a las leyes nacionales y otras disposiciones de orden público; y que no obstante haber sido el demandado en el proceso en el que se dictó aquella, se encuentra interesado en la evacuación del presente trámite.

3.- El Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado de la demanda, no hace reparo alguno a la solicitud de exequatur, por cuanto encuentra "que la sentencia de disolución del vínculo matrimonial en el presente caso, está debidamente ejecutoriada acorde con las leyes del país de origen, no recae sobre asuntos de competencia exclusiva de jueces colombianos y no se opone a leyes o disposiciones

colombianas de orden público pues el proceso de divorcio vincular se halla estatuido en nuestra legislación en la ley 1 de 1976...".

4.- Culminado el periodo probatorio, corresponde a la Corte decidir lo que sea del caso, a lo cual procede de acuerdo con las siguientes:

Consideraciones:

1.- Como reflejo de la soberanía del Estado, el artículo 693 del C. de Procedimiento Civil consagra que "Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia".

2.- Se traduce lo anterior en que, por regla general, las decisiones judiciales extranjeras no se pueden hacer valer en Colombia y en que, por excepción, cobran vigor siempre y cuando exista con el país extraño un tratado que así lo consagre -reciprocidad diplomática- o a falta de convenio internacional, exista ley, allá mismo, que le otorgue valor a las sentencias proferidas por los jueces colombianos -reciprocidad legislativa-.

3.- Por virtud del principio de la carga probatoria que impone el artículo 177 del C. de P.C., en cualquiera de las hipótesis de excepción mencionadas, le corresponde al solicitante del *exequatur* demostrar, previas las formalidades legales pertinentes, la existencia del respectivo tratado o de la ley extranjera, presupuesto indispensable para que pueda la Corte examinar otras condiciones e incidencias propias de la solicitud de la que se trata.

4.- En la especie de este proceso, el Ministerio de Relaciones Exteriores informó que "entre la República de Colombia y la República de Panamá no existe Tratado público vigente en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias" (fl. 46), circunstancia que obliga a examinar el tema con verificación de la reciprocidad legislativa que pueda existir entre las repúblicas citadas.

A ese respecto, se agotaron las diligencias tendientes a obtener la legislación vigente en la república de Panamá, sin resultado alguno, no obstante que, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se formularon las peticiones de rigor sin que se haya obtenido respuesta.

No se le puede otorgar valor probatorio a las copias que acompañó el demandante con su escrito introductorio (fl. 8), supuestamente contentivas de la legislación panameña sobre divorcio, habida consideración de que ellas no vienen revestidas de las exigencias previstas en los artículos 188 y 259 del C. de P.C., según las cuales, cuando se trata de demostrar una ley extranjera, el documento contentivo de la misma debe ser expedido por la autoridad competente del país extraño, Panamá en este caso, y autenticado por el respectivo cónsul o agente diplomático, cuya firma debe venir abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, requisito este último que precisamente se echa de menos en las referidas copias. Súmase a lo anterior el hecho de que dichas copias, en apariencia y aún con prescindencia del mencionado requisito formal, no contienen propiamente las normas que regulan los efectos que en ese país se le otorgan a las sentencias de los jueces colombianos, cuya verificación es la que importa para deducir si existe o no la reciprocidad legislativa, como presupuesto sine qua non del exequátur, y también le impide determinar si la sentencia de divorcio no se opone "a las leyes y otras disposiciones colombianas de orden público" (art. 694-2 C. de P.C.) y si se encuentra "ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen" (art. 694-3 ib.); impedimentos de los cuales adviene el fracaso de la demanda subjudice, puesto que en esas condiciones no es posible otorgar el exequátur.

6.- No obstante lo anterior, suficiente de por sí para despachar negativamente el exequátur solicitado, debe la Corte examinar cuál es el alcance del artículo 13 de la ley 1a. de 1976, en cuanto dispone que "el divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal", puesto que es preciso establecer si en la hipótesis allí contemplada se establece una eximición del requisito del *exequatur*, habida cuenta de que en ese precepto se reconoce de antemano y sin más, la aplicación de las normas del país extraño.

En el punto tienen cabida las siguientes reflexiones:

a) El principio de la aplicación al divorcio de matrimonio civil de las normas propias del domicilio conyugal, a que se contrae el precepto en comento, además de ser específico en la materia, toca únicamente con la aplicación de la *ley extranjera* y es ajeno en un todo a otro principio con perfil propio y de índole procesal, de orden público y de obligatorio cumplimiento, según el cual, por regla general, las *sentencias extranjeras* no producen efectos en el territorio patrio. O sea, que una cosa es la relación jurídica sustancial que se somete a

definición de una autoridad jurisdiccional y las normas que esta debe aplicar para decidir lo pertinente, y otra diferente el valor en sí de la sentencia que finalmente se profiere al efecto cuando su autoría proviene de un juez foráneo.

Mas exactamente, la sentencia extranjera que resuelve sobre una pretensión es en un todo diferente a la que provee sobre la solicitud de exequátur, puesto que este obedece a la necesidad de un trámite inspirado en el principio de la soberanía estatal, hasta el punto de que en él no se discute la justicia o el acierto del fallo extranjero, sino que, de modo exclusivo, se verifican o controlan otros aspectos de ese proceso que puedan llegar a afectar el orden jurídico nacional verificación o control tanto más explicables y justificables cuando la sentencia extranjera ha sido dictada en un proceso de declaración constitutiva que, en esencia, como ocurre en el caso del divorcio de matrimonio civil, genera un estado jurídico nuevo y, por ende, determina la modificación de los propios registros del estado civil en el país donde se quiere que aquella produzca efectos.

b) El artículo 13 de la ley 1a. de 1976, que corresponde al art. 163 del Código Civil Colombiano, es una típica norma de derecho internacional privado, que debe ser entendida como una excepción al principio de la extraterritorialidad de la ley colombiana que contempla el artículo 19 del Código Civil, consistente, entre otras hipótesis, en que "los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles en lo relativo al estado de las personas...".

En efecto, si no existiera el artículo 13 de la ley 1a. de 1976 que, en casos como el presente, atañe a dos nacionales colombianos domiciliados en Panamá, su divorcio debería estar regulado únicamente al amparo de las normas colombianas relativas al estado civil que con él se genera y no de las panameñas, como consecuencia del principio de la extraterritorialidad de la ley colombiana, conocido como "estatuto personal", consagrado en el citado artículo 19 del Código Civil.

En contraste, al existir dicha norma, que habilita aplicar al divorcio de matrimonio civil la ley del domicilio conyugal, brota que su alcance no es otro que el de permitir, como excepción al principio de la extraterritorialidad, la aplicación de la ley extranjera en esa materia específica, para definir el conflicto suscitado entre los casados; es decir, que en el caso del que se trata, se permite, para el divorcio mismo, la aplicación de las leyes panameñas, en lugar de las

colombianas, circunstancia que, de otra parte, debe ser verificada con base en el exequátur, cuando ello sea posible, dado que, al menos en hipótesis, podría suceder que el juez extranjero aplicara la ley de un tercer país, evento en el cual se contravendría el orden jurídico nacional, específicamente en el artículo 13 de la Ley 1, que autoriza la aplicación de la ley extranjera pero sólo la del domicilio conyugal.

c) En fin, aún suponiendo disputables los razonamientos precedentes, de lo que sí no queda duda alguna es de que el requisito del *exequatur* pedido por el artículo 694-7 del Código de Procedimiento Civil tiene por finalidad abrirle paso a la ejecución de los fallos de carácter jurisdiccional proferidos en el exterior, previa la verificación de precisas condiciones requeridas al efecto, y de que fue dispuesto para que "las sentencias extranjeras y otras providencias que revistan tal carácter" (Art. 693 ib.) acarreen efectos en Colombia, sin que a tal exigencia escape ninguna sentencia foránea, ni por razón de la materia sobre la cual recae ni por causa de la nacionalidad de las partes que intervinieron en el respectivo proceso. Es obvio que no le está permitido al intérprete de los preceptos que así lo ordenan elaborar distinción alguna.

7.- En conclusión, la sentencia extranjera sometida a conocimiento de la Corte requiere del *exequatur*, mas por las razones que ya se expusieron no se puede conferir el solicitado por el demandante.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CONCEDE EL EXEQUATUR a la sentencia No. 37 del 9 de marzo de 1990, proferida por el Juzgado Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, Panamá, dictada en el proceso de divorcio de matrimonio civil en el que fueron partes José Ignacio Gutiérrez y Marion Birckholtz Von Proziwnskya.

Sin costas.

Notifíquese

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

Aclaración de voto

Referencia: Expediente No. 4150

1.- El suscrito magistrado manifiesta que comparte la parte resolutiva desestimatoria del exequatur solicitado, pero, con todo respeto disiente de su motivación, por cuanto estima que la denegación no ha debido basarse en la falta de prueba, sino en el carácter innecesario del exequátur para hacerle producir efectos a la sentencia extranjera del caso sub-examine. Luego, mientras la decisión mayoritaria de la Sala, parte del supuesto de que el exequátur es indispensable para toda sentencia extranjera, incluso la del caso sub-lite, para el suscrito magistrado esa sentencia en concreto no lo requería para efecto de hacer valer exclusivamente el divorcio extranjero en Colombia, y, por lo tanto, debió ser objeto de inscripción en el registro del estado civil. Por consiguiente, se impone la aclaración de voto en ese sentido por las razones que a continuación se exponen, que, por lo demás, *se aguarda sean consideradas en las futuras reformas legislativas o jurisprudenciales pertinentes.*

2.- En efecto, es bien sabido el principio universal de que las providencias judiciales, en razón de la soberanía de los Estados, tienen una eficacia y ejecutabilidad limitada al territorio del correspondiente Estado, de tal manera que para que adquiera dicha eficacia y ejecutabilidad en un Estado extranjero, se requiere la autorización judicial de este último mediante el exequatur. Sin embargo, la exigencia de este último es también relativa en Colombia, por cuanto tiene sus excepciones.

2.1.- Así las cosas, por regla general las sentencias y otras providencias que revisten tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tienen efectos en Colombia cuando lo admitan los tratados existentes con ese país, o la reciprocidad legislativa pertinente, y se haya obtenido, con sujeción a los requisitos legales, el exequátur correspondiente (arts. 693 y 694 del C. de P.C.).

2.2.- Sin embargo, existen algunas *providencias judiciales proferidas en el extranjero que producen* directamente *efectos dentro del territorio colombiano, sin necesidad* de la concesión del *exequátur* mencionado, o de intervención judicial en tal sentido.

2.2.1.- En efecto, dicha excención acontece cuando así lo disponen los tratados y las legislaciones civiles unilaterales del Estado en que ha de ejecutarse

o hacerse valer dicha sentencia. Ello ocurre, por ejemplo, con las adopciones decretadas en cualquiera de los Estados que han suscrito y aprobado la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (Art. 5o., Ley 47 de 1987, aprobatoria por Colombia de dicho tratado); así como con *las sentencias de nulidad de matrimonios católicos decretadas por autoridades eclesiásticas extranjeras*, tal como, sin distinción alguna, lo prescribían los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887. Precisamente en torno a estas normas la Corte Suprema de Justicia, en auto de 2 de abril de 1984, expresó que, luego de la vigencia del Concordato de 1973, "el artículo 17 de la Ley 57 de 1887 está aún en vigor", lo que no ocurre respecto del artículo 18 de la misma ley, pues ella se refería a "los procesos de divorcio no vincular, o lo que era lo mismo, de separación de lecho, mesa y habitación", (Separación de cuerpos de Lucía Toro de Córdoba contra David Córdoba Rocca), doctrina ésta que tanto respecto de la vigencia del artículo 17 de la Ley 57 de 1887 como de la derogatoria del artículo 18 de la misma ley, se reiteró en auto de 2 de abril de 1984, que aparece publicado en la Gaceta Judicial, Tomo CLXXVI, No. 2415, págs. 142 y 143 y que, además se ratificó posteriormente en auto de 24 de agosto de 1984 (separación de cuerpos de Horacio López López contra Blanca Lilia Galeano de López).

2.3.- Pues bien, el suscrito también observa que el artículo 13 de la Ley 1a. de 1976, subrogatorio del artículo 163 del Código Civil, también consagró legislativa y unilateralmente otra excepción a la exigencia de exequátur, restringida al "vínculo matrimonial" cuando defiere íntegralmente, tanto en lo sustancial como en lo procesal, la regulación del divorcio de cualquier matrimonio civil celebrado en el extranjero, sin distinción alguna de la calidad de nacional o de extranjero de los cónyuges, a la ley extranjera, esto es, a la "ley del domicilio conyugal" o del "lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, ... el del cónyuge demandado".

2.3.1.- Por lo tanto, el Estado colombiano al deferir la regulación de la "disolución del vínculo por divorcio" a dicha legislación extranjera, adopta anticipadamente y sin requisito judicial alguno, el divorcio de esos matrimonios civiles, bien se produzca administrativa o judicialmente, por una causal contenciosa o por mutuo acuerdo, o por un régimen sustancial o procedimental cualquiera. Por cuanto parte del supuesto de que en dicha materia no se ha afectado el orden público interno colombiano, en vista de que precisamente tanto el matrimonio civil como el divorcio fueron celebrado y decretado en territorio extranjero, donde tenían su domicilio conyugal, bajo la legislación

extranjera, en lo cual nada le interesaba a la legislación colombiana. Luego, con esta disposición se le reconoce al Estado extranjero, por medio de su legislación y de sus órganos competentes, regular exclusivamente el matrimonio civil celebrado en su territorio y el divorcio también allí decretado cuando los cónyuges tuviesen allí su domicilio conyugal. Luego, este reconocimiento persigue, de una parte, que sea en el extranjero donde se defina sustancial y procesalmente el asunto relativo a una disolución matrimonial, porque siendo exclusivamente convencional, o con intervención judicial (según la legislación correspondiente), esa solución extranjera en nada afecta los intereses públicos de Colombia, y, por lo tanto, lo lógico sería que no requiera de exequatur ni en uno, ni en otro caso. Pero esta norma también tiene el propósito esencial de facilitar el traslado de esas personas, con su nuevo estado civil, a territorio colombiano, porque llegarían con el estado civil de divorciado, para lo cual no requeriría exequatur. De allí que se afirme, sin ambages, que el precepto del citado artículo 13 de la Ley 1a. de 1976 admite de pleno derecho la eficacia civil de las sentencias de divorcio mencionadas, que, por adopción legal, tiene plena vigencia y aplicación en el territorio nacional (arts.18 del C.C. y 57 del C.R.P.M.).

Pero tal reconocimiento opera directamente, es decir, sin la intervención de esta Corporación para efectos de exequátur, ya que, de un lado, el mencionado artículo 13 de la Ley 1a. de 1976 no lo exige expresamente, y, del otro, tampoco esta disposición y la siguiente dejan a salvo su exigencia, pues su contenido indica lo contrario. En efecto, reconocer ese divorcio extranjero por una ley colombiana, no indica otra cosa que adoptarla directamente para nuestro territorio, ya que lo hace sin condicionamiento alguno (art. 13 citado); lo que no acontece cuando se trata de otra clase de divorcio, como el decretado en el exterior pero respecto de matrimonio civil celebrado en Colombia (no en el exterior, como en el caso anterior), lo cual se hace de manera condicionada a la admisión de la causal por la ley colombiana y a la notificación debida del demandado (art. 14 citado), caso en el cual indudablemente se requiere la intervención de la autoridad judicial competente para hacer tal verificación, lo que, por consiguiente, supone en este caso la intervención judicial correspondiente. Pero ello no ocurre, como se dijo, con la hipótesis contemplada en el mencionado artículo 13 de la Ley 1a. de 1976, pues exigir exequatur, aún en este caso no solo sería contrariar el texto y la intención del legislador sino que podría llegar a la circunstancia, absurda en la presente época, de exigirle a toda persona, nacional o extranjera, que ingrese a Colombia para cualquier asunto (sea de domicilio, residencia o tránsito) que, en primer término, venga acompañado de

las pruebas de sus sentencias extranjeras sobre divorcio y demás estados civiles, y que, en segundo lugar, también obtenga de esta Corporación el exequatur correspondiente, a fin de que en Colombia las autoridades y particulares puedan tenerlo como lo indican dichas sentencias, esto es, como divorciado, excasado, hijo natural, etc. En cambio, se ajusta mas a la realidad actual y, por lo tanto, resulta mas ajustada a ello, la interpretación de que en tales casos sea innecesario el exequatur, porque como la persona que ingresa o reingresa a Colombia lo hace con un nuevo estado civil, respecto del cual la legislación y los intereses públicos colombianos lo fueron, no existe razón jurídica, ni práctica para que esas sentencias se revisen en este país mediante el exequátur.

De allí que deba concluirse que para efecto exclusivamente de la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio, no requieran exequátur las sentencias de divorcios proferidas en el exterior de matrimonios también celebrados en el exterior, cuando los cónyuges tuvieron en uno y otro caso su domicilio conyugal en territorio extranjero, porque conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 1a. de 1976 tales sentencias por estimarse que no violan el orden público colombiano, y con mayor razón cuando se comprueba que efectivamente no lo infringen, son reconocidas directamente por la legislación colombiana, con plena eficacia y ejecutabilidad en el territorio nacional, que deben acatar los residentes de la nación, tanto funcionarios públicos como particulares.

2.3.2.- *Luego, siendo así las cosas le basta a la Corte la comprobación de que se trata de un divorcio extranjero con relación a un matrimonio también extranjero, para concluir que, por no violar el orden público interno, falta la legitimación para exigir un exequátur de una sentencia que no lo requiere*. Por lo tanto, en tales casos la denegación del exequatur ha debido descansar en su no exigencia, en vista de que la sentencia de divorcio mencionada no lo requiere para su plena eficacia y ejecución en Colombia; y por esa misma razón ha debido permitirse, sin la necesidad de exequatur, la inscripción de dicha sentencia de divorcio en el registro del estado civil colombiano, de la misma manera como ocurriera con el matrimonio celebrado en el exterior (arts. 72, 67, inciso 2o., y 22 del Decreto 1260 de 1970).

3.- En el caso de autos, observa el suscrito que el exequátur solicitado por JOSE IGNACIO GUTIERREZ RODRIGUEZ para la sentencia No. 37 del 9 de marzo de 1990, proferida por el Juzgado Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, dictada en el proceso de divorcio promovido

por MARION BIRCKHOLTZ VON PROZIWNSKY, ciertamente no ha de ser concedido por la Corte, por cuanto, por ministerio de la ley no se requería exequátur, según lo que pasa a expresarse.

3.1.- Se encuentra demostrado en el expediente que JOSE IGNACIO GUTIERREZ RODRIGUEZ y MARION BRICKHOLTZ VON PROZIWNSKY, ambos de nacionalidad colombiana, contrajeron matrimonio civil en el Juzgado Civil Municipal de Panamá, República de Panamá, el 22 de agosto de 1980, el cual fue inscrito en el registro civil de matrimonios en la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, el 21 de noviembre de 1985 (fl. 2 de este cuaderno).

3.2.- Se encuentra igualmente demostrado que el Juzgado Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, profirió sentencia de divorcio de ese matrimonio, distinguida con el número 37, el 8 de marzo de 1990 (fls. 4 y 5 de este cuaderno), la cual se encuentra debidamente ejecutoriada.

3.3.- Conforme a lo expuesto en los dos numerales precedentes, aparece claro que el matrimonio a que se alude se rige por la ley panameña, en razón de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 1a. de 1976, que subrogó el artículo 163 del Código Civil Colombiano.

3.4.- De igual manera, resulta evidente que si el divorcio de ese matrimonio civil fue decretado por el juez competente de la República de Panamá, en nada resulta afectado el orden público interno ni la soberanía colombiana al conferirle efectos a esa sentencia extranjera, como quiera que el citado artículo 163 del Código Civil, con la redacción que le imprimió el artículo 13 de la Ley 1a. de 1976, estatuye que el divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero se rige por la ley del domicilio conyugal, es decir el lugar donde los cónyuges viven de consuno, que para el caso lo era la ciudad de Panamá.

3.5.- Es decir que a nuestro juicio por expreso mandato del legislador colombiano, la sentencia de divorcio a que se refiere esta solicitud de exequatur surte efectos, de pleno derecho, sin más trámites, porque soberanamente así lo dispuso el Estado Colombiano, en lo que constituye una excepción a las reglas generales contenidas en los artículos 693 y siguientes del Código de Procedimiento Civil respecto del efecto de sentencias, laudos arbitrales y otras providencias que revistan tal carácter, para las cuales sí se requiere previamente el exequátur, excepción ésta que, por lo demás, es de rango similar a la

establecida respecto de las sentencias eclesiásticas sobre nulidad de los matrimonios celebrados por los ritos católicos, sin consideración a la sede del Tribunal Eclesiástico, tal como se desprende del artículo 17 de la Ley 57 de 1887, anterior inclusive al Concordato celebrado ese año con la Santa Sede, y aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 35 de 1888, lo que significa que esa ha sido la posición autónomamente adoptada por el Estado Colombiano, con independencia no sólo del Concordato de 1887 sino, como es fácilmente comprensible del posteriormente celebrado en 1973, aprobado por la Ley 20 de 1974.

3.6.- Siendo así las cosas, fluía como lógica consecuencia de lo dicho que, si la sentencia de divorcio a que se refiere la demanda no requería exequátur por ministerio de la ley, resultaba inocuo el establecer si existía o no reciprocidad diplomática o legislativa sobre el particular con el Estado Panameño, pues esta prueba sólo sería indispensable si también lo fuera el exequátur para inscribir en el registro civil la sentencia aludida, lo que, como ya se vio, no se exige por la ley.

4.- Luego, en el sentido indicado queda explicada nuestra aclaración de voto.

Fecha ut supra.

Pedro Lafont Pianetta.

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Ataque Todos los Fundamentos / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-VIA DIRECTA E INDIRECTA

1. 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.

2. La violación de las normas sustanciales puede ocurrir de dos maneras diferentes. Ya derechamente, porque el juez deja de lado la preceptiva que viene al caso, o aplica la que es ajena, o, en fin, dando con la precisa, la entiende indebidamente; en ese supuesto, la equivocación efunde es en la elección del derecho aplicable a la controversia, dado que el sentenciador en ese instante ya ha superado la evaluación fáctica y probatoria del pleito, precisamente, puesto de cara ante la situación histórica del litigio, yerra al hacer actuar el derecho. Ora indirectamente, habida cuenta que el desatino se ofrece en la primera etapa de diagnosis jurídica, esto es, cuando el juez se abandona a examinar, sopesar y ponderar el trozo de realidad que encierra el proceso junto con las pruebas que para demostrarlo hacen valer los sujetos procesales. Este yerro antecedente hace que a la postre se viole de igual modo la ley sustancial, y de ahí que se afirme que en tal caso la transgresión deviene de rebote o por contragolpe. El cargo que se despacha ostenta la falencia técnica consistente en que, denunciado la violación directa de la ley, ya en su planteamiento no se aviene en un todo con ello.

CONTRATOS / MUTUO DISENSO TACITO

No es acertada la afirmación de que el mero incumplimiento de las partes hace ecuación con el disenso tácito del contrato, pues el simple incumplimiento concurrente de los contratantes, no es prueba inequívoca de que las partes ya no desean el contrato; por supuesto que el incumplimiento recíproco puede obedecer a múltiples causas, y no necesariamente a la voluntad desistente de los negociantes. Y se comprenderá, así como para la prueba de la formación del contrato se debe exigir que sea contundente y que no admita duda, lo propio debe acontecer en lo que atañe a su aniquilamiento; en uno y otro caso requiérese por igual la demostración patente del hecho correspondiente.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil. — Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra* *Sentencia No. 09*

Decídese el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso ordinario de Rafael Pérez Santos contra Margarita Gómez de Gómez, Aracely Gómez de Barrios y Gustavo, Cecilia, Hernán, Luz Marina, Inés, Eunice, Edith, William y Emigdio Gómez Gómez.

I. Antecedentes:

1.- Pérez inició el proceso en cuestión para que se declárase que subsiste la promesa de compraventa por medio de la cual prometió comprarle a los demandados el inmueble ubicado en Bucaramanga en la carrera 15 No. 15-48, 15-50 y 15-52; que, además, los prometientes vendedores incumplieron la obligación de otorgar la respectiva escritura pública, y por consiguiente deben ser condenados a ello, para que lo hagan dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga.

2.- Tales aspiraciones aparecen sustentadas en la relación fáctica que pasa a recapitularse:

a.- El contrato mencionado se celebró el 11 de octubre de 1978, y por él prometieron los demandados (algunos menores de edad pero representados por su progenitora Margarita Gómez de Gómez) vender al actor el inmueble que habían adquirido así: Margarita Gómez de Gómez conjuntamente con su difunto esposo (50%); y, los demás, por adjudicación en la mortuoria de dicho causante.

b.- Mediante consenso de las partes, el contrato prometido no se llevó a cabo el 1º de junio de 1979, fecha inicialmente acordada para ello; por lo que, el 13 de agosto siguiente, se prorrogó por escrito tal celebración, fijándose para el 13 de noviembre de 1979, "fecha en la cual se firmará la Escritura Pública quedando este contrato vigente en todas sus demás partes"; escrito de prórroga que suscribieron, de una parte, Rafael Pérez Santos, y, de la otra, Margarita Gómez de Gómez (quien además de actuar en su propio nombre, lo hizo en el de sus menores hijos y en representación de los demandados Aracely, Gustavo, Cecilia y Hernán).

Dos días antes de la fecha señalada, esto es, el 11 de tal mes, Pérez recordó a los demandados, mediante misiva, la proximidad del convenio "y los exhortó a comparecer, poniéndoles de presente los serios perjuicios ocasionados por la demora en recibir la transferencia de la propiedad". No obstante, sólo él se presentó en la Notaría "dispuesto a cumplir con su parte del negocio".

Margarita respondió después aquel exhorto, reconociendo "... la demora de estos papeles, debido al juicio de sucesión que se está llevando a cabo sobre la misma", y que "... en pocos días le haré entrega de los correspondientes papeles de propiedad"; cosa que aún no se ha cumplido pese a los requerimientos que han mediado.

c.- "Todo evidencia que los vendedores han eludido sistemáticamente el cumplimiento del compromiso contraído, cuestión que se patentiza en el hecho de no haber concurrido a otorgar la Escritura en la fecha convenida, no atender a los requerimientos formulados y permanecer con la partición del sucesorio de Olimpo Gómez, escondida y sin registrar, desde el año 1978 hasta el 18 de diciembre de 1986 en que por fin lo hicieron".

d.- Pérez recibió materialmente el bien por virtud de la promesa, y ha estado dispuesto a cumplir. Su interés es el de que "se cumpla cabalmente el negocio prometido...".

3.- A excepción de Hernán Gómez, los demandados descorrieron el traslado de rigor con expresa oposición a las pretensiones (se aclara que dado el fallecimiento de Emigdio, admitióse en el juicio como sucesor procesal al también demandado William, éste en calidad de subrogatorio de la heredera Margarita Gómez de Gómez). Respecto de los hechos dijeron, en esencia, que la cláusula pactada desde un comienzo sobre la posibilidad de prórroga de la fecha para contratar, hace nula la promesa "pues riñe contra los preceptos consagrados en el artículo 89 de la ley 53 (sic) de 1887"; que es cierto que ninguno concurrió, en la fecha inicialmente pactada, a celebrar el contrato; que el documento en el que se fijó nuevo señalamiento fue suscrito únicamente por Margarita Gómez de Gómez; niegan que ésta hubiese representado en esa oportunidad a los demás demandados; aceptan que el demandante envió a la prenombrada señora el escrito de 11 de noviembre de 1979, en el que pedía cumplimiento contractual, así como la concurrencia de él a la notaría, aunque no les consta "que fuese a cumplir el negocio".

Los demandados Cecilia, Gustavo, Aracely, Margarita y Luz Marina, expresaron que no concurrieron a la notaría el 13 de noviembre, entre otras razones, porque "verbalmente se había acordado la resolución del respectivo contrato de promesa de compraventa", hablándose incluso que había mediado "mutuo discenso (sic)". Por su parte, Eunice, Edith, William e Inés Gómez, adujeron que su incomparecencia se debió a que "de una parte eran para esa época, menores de edad (afectados de incapacidad absoluta) y en segundo lugar, por cuanto no contrajeron ninguna obligación con el demandante, pues ni siquiera firmaron ningún documento"; argumento que les sirvió, además, para proponer, junto a William (en la dicha condición de subrogatorio) y de Luz Marina, la excepción de fondo que denominaron falta de legitimación sustantiva por parte pasiva. Algunos de los precitados alegaron también que no había que cumplir una promesa que era nula.

Al propio tiempo formularon demanda de reconvención, y en los escritos respectivos (los demandados hiciéronlo separadamente), se introdujo la pretensión principal consistente en que "por mutuo discenso (sic) se declara resuelto" el contrato de promesa aludido, disponiéndose que, en consecuencia, Pérez restituya el inmueble según las cuotas de cada uno de los reconvinientes, así como el valor indexado de los frutos debidos.

Pidióse en subsidio la declaratoria de nulidad absoluta de la promesa, con idénticas consecuencias.

En sustento de lo así pedido díjose, básicamente, amén de lo relativo a la celebración de la promesa: que la no concurrencia a la notaría el 1° de junio de 1979 (data acordada de comienzo) se debió "a que de manera verbal habían convenido en declarar resuelto dicho contrato por acuerdo mutuo": con posterioridad "a la resolución o rescilliación por mutuo discenso (sic), el actor "y la señora MARGARITA GOMEZ", cerraron un "nuevo" negocio, en el que ésta recibió "a título de mutuo" la suma de $200.000.oo, y que aquél cobra ahora ejecutivamente. Agregóse que Edith, Eunice, Inés, William, Luz Marina y Emigdio eran incapaces a la sazón, por ser menores de edad.

Por último, que el contrato celebrado el 11 de octubre entre Pérez y "algunos de los demandados", es un acuerdo "para defraudar la Ley, pues en él, el actor se ponde (sic) de acuerdo con esas personas para celebrar una negociación que jurídicamente es inválida, pues (...) conlleva un objeto ilícito, en razón a que el demandante se compromete a comprar los derechos de los menores sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley".

4.- El actor descorrió el traslado negando que hubiese existido "resolución por acuerdo mutuo, como tampoco lo ha sido todavía". De ahí que se hubiera convenido luego una nueva fecha para celebrar el contrato prometido, lo que se hizo en el escrito en el que Margarita Gómez de Gómez "dijo y lo respaldó con su firma llevar la representación de los restantes signatarios de la promesa". Tanto, que el actor suplicó a los demandados su cumplimiento, y Margarita contestó que así procedería en cuanto fenecieran algunos trámites pendientes; y, de otro lado, ésta exigió la entrega de más dinero "indispensable según ella para pagar los derechos de registro de la sucesión del causante", a lo que Pérez accedió suministrándole $200.000.oo a "título de mutuo", los cuales, ante el no pago, persigue ejecutivamente, pues "Está en su derecho y obra según derecho".

Por lo demás -expresa- Margarita se presenta alegando su propia torpeza, dado que ella es precisamente una de "esas personas" que, según sus propias palabras, se confabuló con Pérez para vender bienes raíces de menores sin observar lo que la ley dispone al respecto. Por fuera de que a tono con la observancia de la ley, se pactó que los prometientes vendedores adelantarían el trámite correspondiente a la licencia judicial que en tal evento se requiere.

Esas las razones en que edificó la oposición a las pretensiones.

6.- La primera instancia correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga, y fue clausurada por sentencia de 5 de junio de 1991, en la que, tras denegarse las súplicas de la demanda principal, se declaró disuelta "por mutuo disenso (sic) tácito la promesa de compraventa", y se dispuso que, al paso que el actor restituya el inmueble, a él le sea restituida la suma de $250.000,oo con la debida corrección monetaria. Se denegó la condena solicitada respecto de frutos del bien raíz, así como la "reintegración de los dineros cancelados por Rafael Pérez Santos, al doctor Sandoval Cruz, por el proceso ejecutivo ni lo que aquel hubiera pagado por impuestos del inmueble por lo ya anotado".

7.- Fallo del que apelaran las partes; la demandada, con el propósito de que el Superior revoque la decisión "y en su lugar se declare la nulidad deprecada en la demanda y se ordene el pago (...) de los frutos naturales y civiles producidos por el bien"; explicóse al respecto que la nulidad obedece a que la promesa "no cumple los presupuestos establecidos en el art. 89 de la ley 153 de 1887".

8.- El Tribunal Superior de Bucaramanga resolvió la impugnación en sentencia de 27 de septiembre de 1991, por medio de la cual revocó la de primer grado y dispuso a cambio:

a.- Denegar la petición principal, y sus consecuentes, de la demanda de reconvención, "por no haber acuerdo entre las partes vinculadas por la promesa de compraventa de 11 de octubre de 1978, mutuo previo disenso tácito tanto para el 1° de junio de 1979 como para el cumplimiento del 13 de noviembre del mismo año". Denegó asimismo la subsidiaria en ella contenida, "por no haber ningún tipo de nulidad o ilicitud en los convenios y compromisos suscritos entre 6 personas hábiles, el 11 de octubre de 1978".

b.- "Declarar que el 11 de octubre de 1978 del (sic) Sr. RAFAEL PEREZ SANTOS prometió comprar a MARGARITA GOMEZ DE GOMEZ, ARACELI GOMEZ DE BARRIOS, GUSTAVO GOMEZ GOMEZ, CECILIA GOMEZ GOMEZ Y HERNAN GOMEZ GOMEZ cuotas partes de estos en un inmueble, según lo reza promesa escrita que al efecto se suscribió y que reposa -como se acaba de predicar- en autos, a los folios 1 y 2 del cuaderno principal".

c.- "Declarar que el 13 de noviembre de 1979: día que MARGARITA GOMEZ DE GOMEZ y RAFAEL PEREZ SANTOS acordaron (luego del 1°

de junio del mismo año) para la suscripción relevante del contrato prometido, la Sra. Margarita Gómez de Gómez no cumplió con la hechura del negocio futuro propuesto interpartes... (sic) y, que otro tanto le ocurrió al gestor al concurrir sin el lleno de los requisitos (de pago) para la última fecha convenidos".

d.- Denegar las condenas que en la demanda principal se pidieron para los demandados, consistentes en que éstos otorguen la escritura pública del contrato prometido y paguen la indemnización moratoria correspondiente y las costas, "por encontrarse demostrada en cabeza de los demandados ARACELI GOMEZ DE BARRIOS, GUSTAVO GOMEZ GOMEZ, CECILIA GOMEZ GOMEZ y HERNAN GOMEZ GOMEZ excepción de contrato no cumplido por el gestor y, ausencia de 'vinculación efectiva' de su nombre para la data relevante del 13 de noviembre de 1979".

e.- Absolvió a los demandados Luz Marina, Inés, Eunice, Edith, William y Emigdio Gómez Gómez de todos los cargos de la demanda principal.

II. La Sentencia del Tribunal:

No sin antes historiar el litigio, arrancó con la relación de las diversas obligaciones surgidas de la promesa controvertida, para determinar enseguida que "las personas capaces (el 11 de octubre de 1978) que aparecen firmando el documento de los folios 1 y 2 del informativo, cumplieron con la exquisita requisitoria del art. 89 de la ley 153 de 1887", para lo cual aseveró, entre otras cosas, que "los firmantes vendedores de 11 de octubre de 1978, no se obligaron a vender por escritura pública el 1° de junio de 1979 las cuotas de los menores hijos Gómez Gómez, sino... (sic), a iniciar los trámites judiciales que fueran indispensables para obtener la venta en pública subasta (de tales cuotas partes) antes del convenido plazo, pacto liso y llano al que no se le encuentra el menor sabor de ilicitud o ilegalidad... En la subasta debía intervenir Pérez Santos hasta un lógico tope, pero para nada se estaba cerrando' la posible intervención de otros postores... Es más. Se tuvo el cuidado de no señalar precios de remate, lo cual si hubiera dado para imaginar los fraudes que plantean las varias demandas de reconvención".

Dijo más adelante, en suma:

"Es que quienes se obligaron el 11 de octubre de 1978, fueron las personas mayores que ineludiblemente -y así aparecen rubricando la promesa de compraventa-; en un doble sentido: tanto para vender el 1° de junio de 1979 sus

cuotas partes; como para obtener el *medio legal* de enajenar las cuotas de los menores en que el pretenso comprador pudiera intervenir: un remate!".

Por modo que rechazó la nulidad que, como pretensión subsidiaria, se pidió en la reconvención.

De allí pasó a inquirir por el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la promesa; y, en desarrollo de tal tarea, echó de menos el que atañe "a la delantera obligación asumida por los promitentes vendedores aún desde el 11 de octubre de 1978, de iniciar las gestiones para que: (sic) "de acuerdo a la ley' en remate público se pudieran enajenar las cuotas de los 6 menores Gómez Gómez en el inmueble a que se refirió la promesa de compraventa". Pero observó que como dicho incumplimiento no fue endilgado en la demanda incoativa del proceso, el *ad-quem* "no lo puede 'tocar' para no infringir el principio de la congruencia de los fallos".

Siguió entonces de largo en tal averiguación, concluyendo que el desenvolvimiento negocial corrió normalmente, hasta que "Llegó el día (de relevo) señalado y, ninguno de los contratantes concurrió a la Notaría...".

De frente a esa apreciación añadió que no hay prueba en el expediente acerca del mutuo disenso verbal que adujeron los promitentes vendedores; muy al contrario, la propia Margarita viuda de Gómez se encargó de desmentirse en el interrogatorio de parte que absolvió, pues allí admitió que "nunca nos pusimos de acuerdo para no hacer la escritura ese día sino que los papeles de la sucesión para ese día no salieron y tampoco él tenía la plata...".

Así que sentenció que no existía la prueba del mutuo disenso previo o posterior al 1° de junio de 1979. Y a ello sumó "que el mutuo disenso expreso debe constar por escrito (en opinión de esta Corporación), ya que en derecho las cosas se deshacen tal como se hacen... (sic) y, que la promesa de compraventa... (sic) es bien sabido debe constar por escrito...".

"Ahora bien -continúa diciendo-. Del mutuo incumplimiento de los contratantes el 1° de julio (sic) de 1979 (que también se dio el 13 de noviembre del mismo año al no acreditar el actor ante el notario, estar dispuesto a cumplir sus económicos compromisos de esa fecha, pues no bastaba con su presentación personal), no se saca idea o conclusión diáfana de que haya habido mutuo disenso tácito . Antes bien, hay probanzas que señalan el deseo de permanecer en el contrato, según se ve de las misivas que las partes se cruzaron el 11 y 21 de noviembre de 1979".

Desprendió como consecuencia que tampoco prosperaba la pretensión principal de la demanda de reconvención, alusiva, como ya se dijo, al mutuo disenso.

Inició, así, el examen de la demanda principal, para lo cual abrió con la afirmación de que no es posible acceder a la súplica sobre subsistencia de la promesa con carácter vinculante para Luz Marina, Inés, Eunice, Edith, William y Emigdio Gómez Gómez, "pues estas personas no suscribieron el precontrato, ni podían hacerlo directamente en el año de 1978. Se podría contraargumentar que en su nombre actuó su representante legal Margarita Gómez de Gómez, pero ante la evidencia de que no puede haber (jurídicamente hablando) promesa de compraventa por escritura pública de bienes de menores (como ya antes se analizó), el punto ha de ser decididamente negado". Aclaró sin embargo que en este caso no se prometió tal cosa, "sino que los mayores Gómez Gómez y doña Margarita simplemente se comprometieron a iniciar los trámites para que esa enajenación, se diera por las vías de ley'. Algo lícito, real y... posible!".

En otro punto, estableciendo que la parte "mayor" firmante de la promesa no se presentó el 13 de noviembre de 1979 a correr la escritura, y advirtiendo que con ello no daba por hecho indiscutido que Pérez sí cumplió con sus obligaciones, dice que no es posible ordenar la ejecución del contrato porque la justicia no puede "entrometerse (...) en la voluntad de las partes, sin que la ley le haya dado esa posibilidad a los jueces; es decir, de establecer o poner fechas de relevo en éstas hipótesis".

Y si de lo que se trató fue de ejecutar una obligación clara, expresa y exigible, se equivocó el procedimiento invocado, aunque -agrega- la exigibilidad del título no aparece; "amén de que no cabe aplicar el art. 1546 pues el actor no ha probado que de su parte haya cumplido".

En compendio, las pretensiones del demandante inicial tampoco obtuvieron prosperidad.

Cerró el análisis concretando la situación específica en frente de quienes al tiempo de la promesa eran menores de edad, para concluir que el acto de quien se presentó como su representante es, respecto de ellos, intrascendente e insustancial, de donde "resulta palmario que en autos se los demandó a los exmenores, sin que estuvieran física y jurídicamente' obligados antaño; cayéndose así respecto de los mismos; (sic) por completo, la legitimación en la causa por pasiva. La parte resolutiva de esta sentencia por tanto habrá de absolverlos".

Y a manera de epítome motejó el siguiente párrafo como de conclusiones:

"A)- Tocante a la demanda principal -y después de evidenciarse que la sentencia del a-quo debe quebrarse por haberse asido a una disolución por mutuo disenso oral tácito (para una segunda fecha) que no existió, será preciso dar vía libre a la inútil o estéril declaratoria de existencia del contrato entre el demandante y sus cocontratantes (mayores de edad) del 11 de octubre de 1978, al par que significar que éstos (y solo éstos) incumplieron lo pactado; tanto para el 13 de noviembre de 1979 como hasta la fecha; y, sin que ello permite creer que el promitente comprador sí cumplió en esa data sus compromisos.

"B)- Cuanto hace a las 5 demandas de reconvención de la familia Gómez Gómez, no hay lugar: ni a que se perfile la nulidad de la promesa de compraventa, ni a que se declare disuelto el negocio jurídico del 11 de octubre de 1978 por mutuo disenso tácito. *Lo primero* porque lo prometido respecto de los mayores y de los menores no tiene ni tuvo reproche alguno, y no estaba ni está fuera de la ley, amén de que fue convenido y realizado por personas hábiles para contratar que llenaron todas las requisitorias del art. 89 de la ley 153 de 1887, a tiempo que *lo segundo* no puede operar por un simple incumplimiento mutuo no acompañado de verdaderas y mancomunadas conductas de 'destrate' y/o de indiferencia equívoca por el convenio precontractual.

"C)- Los demandados Luz Marina, Inés, Eunice, Edith, William y Emigdio Gómez Gómez no tenían sobre sí una relación sustancial que válidamente los obligara, toda vez que el acto de su mandatario del 11 de octubre de 1978... respecto de ellos, fue anodino. En manera alguna ese día o después, firmaron o se han comprometido. En tal virtud, para éstos... injustamente llamados a lid, procederá que se le absuelva... con consecuente condena en costas a su favor que debe pagar la parte actora".

III. La demanda de casación:

Contiene dos cargos, ambos al amparo de la primera causal de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y se despacharán en el orden en que fueron formulados.

Cargo primero:

Se denuncia la violación de los artículos 6, 303, 1502, 1504, 1519, 1523, 1740, 1741, 1742 y 1746 del Código Civil, los cuales el Tribunal "dejó de

aplicar siendo los llamados a regular el litigio". Ocurrió en razón del manifiesto error de hecho al apreciar el documento contentivo de la promesa. Pues si bien hubiera reparado en él, habría encontrado que adolece de nulidad absoluta, en tanto que habiéndose diseñado "el compromiso de obtener la autorización judicial para subastar las cuotas de los menores, con el fin de que interviniendo en el remate el promitente comprador los adquiriera", con ello se anduvo violando la preceptiva del artículo 303 del Código Civil, como que vulnera "la especialísima protección que la ley da a los bienes raíces de los menores".

Ello es nulo aunque no se trate en este caso del contrato mismo de compraventa; porque "si un acto preparatorio conduce necesariamente a un acto nulo, también el primero lo es".

Consideraciones:

1. Nota la Corte que el Tribunal fue enfático en manifestar que los menores de edad nunca estuvieron vinculados por la promesa controvertida; de ahí que los absolvió de todas las pretensiones deducidas en la demanda.

Dijo, evidentemente: "En lo atinente a que se declare que esa contratación también vincula a Luz Marina, Inés, Eunice, Edith, William y Emigdio Gómez Gómez, el tribunal deberá proceder a rechazar ese petitum, pues estas personas no suscribieron el precontrato, ni podían hacerlo directamente en el año de 1978".

De donde arrancó para determinar, más adelante, que "resulta palmario que en autos se los demandó a los ex-menores, sin que 'estuvieran física y jurídicamente' obligados antaño; cayéndose así respecto de los mismos; por completo, la legitimación en la causa por pasiva. La parte resolutiva de esta sentencia por tanto habrá de absolverlos".

Y en lo atañadero a la contraréplica que pudiera ofrecerse, en el sentido de que los menores actuaron en el negocio a través de la representación legal, agregó esto, que, valga decirlo, no es sino la corroboración de lo pretranscrito: "en nuestro caso no se pactó una promesa de venta (por escritura pública) de bienes de menores, sino que los mayores Gómez Gómez y doña Margarita simplemente se comprometieron a iniciar los trámites para que esa enajenación se diera por las vías de ley".

Ese, pues, el argumento toral del que se sirvió el tribunal para desechar la nulidad deprecada respecto del contrato de promesa.

Y sin embargo de que esto es así, ocurre que la acusación no cuestiona tal modo de ver el presente litigio, tornándose, por lo mismo, en un ataque estéril por incompleto. Pues se comprende fácilmente que si el propósito del recurrente es insistir en dicha nulidad, ha debido, quizá principalmente, debelar aquella apreciación, demostrando que, contrariamente a lo que vio el sentenciador *ad-quem*, los menores sí resultaron obligados como prometientes vendedores, y que, en consecuencia, no es cierto que simplemente medió el compromiso de adelantar el trámite judicial que permite la venta de los derechos alícuotas de dichos menores.

Lo que equivale a decir que, *tratándose de una conclusión fáctica y probatoria que ha quedado al margen de la censura, el ataque deviene inane*, porque, como ya se vio, siendo de la trascendencia arriba señalada, sostiene por sí sola la sentencia impugnada.

Esto es lo que sin cesar ha puntualizado la jurisprudencia, al decir 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*" (LXXI, p. 740; LXXIII, p. 45; LXXV, p. 52; CXLVIII, 221).

2.- Cumple decir, además, teniéndose que convenir, como tiene que convenirse para estar a tono con la conclusión indemne del sentenciador, en que los prometientes vendedores no se comprometieron sino a adelantar el trámite judicial orientado a obtener la venta en pública subasta de las cuotas que los menores de edad tienen en el predio objeto de la negociación, que este pacto no ofende para nada a la ley, como que, antes bien, está dirigido a darle estricto cumplimiento, en la medida en que, como se sabe, ella exige precisamente esa intervención judicial en la enajenación de bienes raíces de tales incapaces.

Lo que las partes quisieron, entonces, antes que violar la ley, fue sujetarse por entero a ella; tal compromiso pone de presente cuán cumplidamente quisieron las partes observar las prescripciones legales. Y, casi que sobra decirlo, quienes así actúan no merecen reproche alguno.

Recálcase ahora que no se prometió vender por sí lo que sabían que tenía que venderse por ministerio de la justicia. Simplemente que, no más que en relación con

las cuotas de los menores, se adquirió el compromiso de iniciar y llevar a buen término el trámite judicial, esto es, hasta la almoneda correspondiente.

3.- En fin, y como secuela de todo ello, jamás podría descubrirse un error de hecho, y menos con el calificativo de protuberante, si, como es incontestable, el documento contentivo de la promesa dice exactamente aquello en lo que se apuntaló el juzgador, esto es, que el compromiso, en lo que concierne al punto acá inquirido, fue el de procurar el multicitado trámite judicial.

Léese, en efecto, al respecto, lo siguiente:

"Los prometientes vendedores se obligaron también a iniciar todas las diligencias que sean necesarias, tendientes a obtener el correspondiente permiso judicial para vender bienes de menores ante un juzgado civil del circuito de la ciudad, en el que presentará postura el PROMITENTE COMPRADOR, por la cuota parte de los menores...".

4.- El resultado de lo así elucidado no puede ser sino la improsperidad del cargo.

Cargo segundo:

Por éste se pone de presente el quebrantamiento directo de los artículos 961, 964, 971 y 1602 del Código Civil, por falta de aplicación.

Explícase allí que el Tribunal, al dengar las pretensiones atinentes al cumplimiento del contrato, a el mutuo disenso tácita y a la nulidad de la promesa, produjo el típico "estancamiento contractual".

Lo cual hizo el sentenciador sin embargo de que halló incumplimiento tanto en Pérez como en Margarita Gómez de Gomez, dejando de lado que, a términos del artículo 1602 del Código Civil, donde haya disentimiento tácito de las partes, el juez debe declararlo. Y una forma de "hallar la anuencia de los contrarantes a la disolución del acto que creó obligaciones, es el incumplimiento por ambos de éstas, así la inobservancia sea parcial".

Consideraciones:

1.- Bien averiguado se tiene que la violación de las normas sustanciales puede ocurrir de dos maneras diferentes. Ya derechamente, porque el juez deja

de lado la preceptiva que viene al caso, o aplica la que es ajena, o, en fin, dando con la precisa, la entiende indebidamente; en ese supuesto, la equivocación efunde es en la elección del derecho aplicable a la controversia, dado que el sentenciador en ese instante ya ha superado la evaluación fáctica y probatoria del pleito, y precisamente, puesto de cara ante la situación histórica del litigio, yerra al hacer actuar el derecho. Ora indirectamente, habida cuenta que el desatino se ofrece en la primera etapa de diagnosis jurídica, esto es, cuando el juez se abandona a examinar, sopesar y ponderar el trozo de realidad que encierra el proceso junto con las pruebas que para demostrarlo hacen valer los sujetos procesales. Este yerro antecedente hace que a la postre se viole de igual modo la ley sustancial, y de ahí que se afirme que en tal caso la transgresión deviene de rebote o por contragolpe.

Y porque son dos caminos distintos, cada uno con régimen propio incluso desde el punto de vista formal, es por lo que se ha repetido que el casacionista debe guardarse de llegar a confundirlos.

2.- Fue menester rememorar tales conceptos, dado que el cargo que se despacha ostenta la falencia técnica consistente en que, denunciando la violación directa de la ley, ya en su planteamiento no se aviene en un todo con ello. Porque esa vía, que entre otras cosas indicó expresamente el recurrente, hace suponer que éste no tiene nada que reprochar en cuanto al aspecto fáctico y probativo del proceso, justamente porque en ese tópico está completamente de acuerdo con el juzgador; su queja se ubicaría en cuanto que ambos, el tribunal y el impugnador, viendo exactamente lo mismo, reclaman aplicaciones diferentes del derecho, razón por la cual se ha enseñado insistentemente que en este 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, p. 50).

Efectivamente, como se recordará, el Tribunal concluyó que no tenía cabida entender que las partes, para el 13 de noviembre de 1979, ya habían desistido de llevar a término el contrato prometido, adviniendo el mutuo disenso tácito. Y para reflexionar de ese modo, no constituyó óbice el haber encontrado el mutuo incumplimiento de las partes. En apoyo suyo, trajo varios puntales así: a) Basóse en que la misma Margarita Gómez de Gómez desmintió todo posible "distrato" al contestar en interrogatorio de parte que "nunca nos pusimos de

acuerdo para no hacer la escritura ese día sino que los papeles de la sucesión para ese día no salieron y tampoco él tenía la plata...": b) No halló prueba escrita de tal voluntad, y para el Tribunal eso era indispensable, porque, según su entender, las cosas en derecho se deshacen como se hacen; c) "La conducta de las partes (o por lo menos de una de ellas) fue tendiente a fijar una nueva fecha de cumplimiento luego del 1° de junio de 1979"; d) "La prueba documental del fl. 4 del cuad. No. 1 es señal suficiente de que se quiso persistir en la negociación, y otro tanto se extracta del reporte de su homóloga del fl. 5 ibídem"; e) La persistencia negocial "cobra mayor énfasis si se tiene en cuenta las misivas de 11 y 21 de noviembre de 1979, que, a pesar de ser acontecimientos ocurridos luego del 1° de junio de 1979, señalan indubitablemente que jamás ha habido MUTUO DESEO DE DISTRATO".

Si, entonces, para el Tribunal no hubo el mutuo disenso tácito suplicado en la demanda de reconvención, para cuya conclusión se fincó en los elementos de convicción acabados de relacionar, al paso que para el casacionista sí hubo tal figura, a nadie le puede quedar duda que en ese aspecto probatorio del proceso no están de acuerdo el Tribunal y el casacionista, pues que sencillamente pugnan o disputan en torno a pruebas. Es más: al no atacar esas conclusiones, como aquí ocurre, y para lo cual era camino apto la vía indirecta y no la que finalmente eligió el recurrente, cómo aspirar a que la sentencia se derrumbe, si, como se vio, eso mismo constituyó la piedra angular para descartar el disenso tácito.

3.- A despecho de que lo anterior es suficiente para desestimar el cargo, conviene añadir que el resultado no variaría ni aunquando se adentrara la Corte a estudiar el fondo del ataque que contiene, habida cuenta que *no es acertado seguir al recurrente en la afirmación de que el mero incumplimiento de las partes hace ecuación con el disenso tácito del contrato. La Corte siempre ha insistido en que el simple incumplimiento concurrente de los contratantes, no es prueba inequívoca de que las partes ya no desean el contrato; por supuesto que el incumplimiento recíproco puede obedecer a múltiples causas, y no necesariamente a la voluntad desistente de los negociantes. Y se comprenderá así como para la prueba de la formación del contrato se debe exigir que sea contundente y que no admita duda, lo propio debe acontecer en lo que atañe a su aniquilamiento; en uno y otro caso requiérese por igual la demostración patente del hecho correspondiente.*

Es menester, entonces, que amén de dicho incumplimiento se descubra una conducta que sea ciertamente reveladora de la voluntad de las partes, dirigida

incontestablemente a disolver el vínculo obligacional, es decir, no una actitud que apenas si haga probable que dicha voluntad es inferible, sino una que permita concluir con certeza, esto es, sin dejar espacio a la duda, que ya por nadie se quiere contrato; será, entonces, cuando el incumplimiento simultáneo, sin tener virtud para demostrar por sí mismo que hubo mutuo disenso, como ya se dijo, sí se constituye en un indicador más, como elemento de juicio corroborante de aquella.

Dijose que la Corte ha sido enfática en ello: así, en sentencia de 7 de diciembre de 1982, aseveró que:

No es aceptable *"que al simple incumplimiento, sin ningún acuerdo expreso o tácito, el juzgador le dé connotación de negocio jurídico encaminado a disolver el contrato incumplido... Para que tal connotación surja es menester que junto con el incumplimiento haya hechos que inequívocamente demuestren que además de la voluntad de incumplir hubo la de resolver"* (CLXV, pág. 344).

Tampoco prospera este cargo.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 27 de septiembre de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

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

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

ERROR DE HECHO / JUZGADOR DE INSTANCIA / TRIBUNAL DE CASACION

Para que el error de hecho en la apreciación de las pruebas conduzca a la casación de un fallo, debe ser observable a simple vista. es decir sin el menor esfuer zo. / No es a la Corte sino a los juzgadores de instancias, a quienes la ley a confiado la ponderosa tarea de decidir sobre los extremos del litigio apreciando con tal propósito la integridad del material probatorio concediendo o negando a cada medio el valor de la persuasión de que los encuentran investidos. La Corte cuando actúa como tribunal de casación solo puede entender y ocuparse de los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificarlas apreciaciones del fallador, atinentes a puntos de hecho, cuando formulado un ataque en esa órbita se demuestra la comisión de error trascendente que aparezca manifiesto en los autos.

AUTONOMIA DEL JUZGADOR / VALORACION PROBATORIA / TESTIMONIO

El juzgador goza de discreta autonomia para apreciar la prueba de índole testimonial. por lo cual, mientras la estimación que de dicha prueba haga el Tribunal no degenere en manifiesta u ostensible arbitrariedad, no se ofrece yerro.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá. D.C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Rad.: Expediente No. 3693 *Sentencia No. 010*

Decide la Corte el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 31 de julio de 1991, proferida por la Sala de Familia del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso ordinario de *filiación extramatrimonial* promovido por MARIA BETTY RODRIGUEZ DE JARAMILLO, en frente de Rosa o Blanca Rosa Ortega de Velez y personas indeterminadas, citados todos en su calidad de herederos de Pablo Emilio Velez Escobar.

Antecedentes:

I.- mediante escrito introductorio presentado ante el Juzgado Civil del Circuito de El Líbano, Tolima, la demandante citó a los demandados antes mencionados para que, con su intervención, se hiciesen las siguientes declaratorias:

"1.- Declarar por medio de la sentencia que María Betty Rodríguez, nacidea el 16 de febrero de 1939 en el Líbano, es hija extramatrimonial del causante Pablo Emilio Velez Escobar.

"2.- Ordenar al funcionario competente del registro del estado civil o sea al señor Notario único del Circuito (sic) del Líbano la inscripción de esta sentencia y la correspondiente corrección del acta civil de nacimiento de mi poderdante María Betty Rodríguez, para lo cual se ordenará el libramiento de los oficios pertinentes con los incertos (sic) del caso.

"3.- Consecuencialmente a la pretensión principal, numeral primero, declare que María Betty Rodríguez tiene derecho a que se le adjudique la herencia de su padre Pablo Emilio Vélez Escobar en la proporción que le corresponde por la ley.

"4.- Declare ordenar (sic) la partición o adjudicación de la herencia de Pablo Emilio Vélez Escobar, para hacer efectivo el derecho de herencia de María Betty Rodríguez si fuere necesario por haberse dictado sentencia dentro del proceso de sucesión de Pablo Emilio Vélez Escobar que se tramita ente el Juzgado Civil del Circuito del Líbano.

"5.- Declarar que los demandados se encuentran obligados a pagar a la demandante el valor de los frutos naturales y civiles que hubiesen producido los bienes de la sucesión desde el momento de la apertura de la sucesión esto es de la delación de la herencia, hasta que se restituyan los bienes que se encuentran en manos de cada uno de los demandados.

"6.- Condenar en costas, costos y gastos a los demandados solidaria mente".

II.- Como sustento fáctico de las peticiones enunciadas, se invocaron los hechos que a continuación se compendian:

1.- Pablo Emilio Vélez Escobar y Carmen Rodríguez Roncancio, madre de la demandante, se conocieron en la casa de la hermana de ésta y tras unos meses de noviazgo iniciaron vida en común cuando transcurría la primera parte del año de 1938.

2.- Esa relación concubinaria tuvo por sede la finca "El Refugio-La Cabaña", ubicada en la fracción El Paraíso del municipio de El Líbano donde, como fruto de la misma, fue procreada la demandante, el 16 de febrero de 1939.

3.- Durante el embarazo, en el parto y en el transcurso de su crianza, el señor Pablo Emilio Vélez prestó todo su cuidado y atención al bienestar de la menor, prodigándole "un trato personal y social que permitió a todos quienes les conocieron reputar a Pablo Emilio Vélez Escobar como padre natural de María Betty Rodríguez".

Esa situación se prolongó durante la infancia de la demandante, con el estudio que Pablo Emilio le proporcionó en el colegio Divino Niño, y posteriormente, cuando, a pesar del matrimonio de aquella, éste le siguió prestando apoyo económico, en tal medida, que le sirvió a la demandante para adquirir vivienda.

4.- Aunque la demandante nunca fue reconocida legalmente por su presunto padre, éste le permitió utilizar su apellido el día de su matrimonio, en circunstancia que fue aprovechada luego, para que sus hijos fueran registrados con el apellido de su correspondiente padre y con el del causante, esto es con los apellidos Jaramillo Vélez.

5.- Pablo Emilio Vélez Escobar falleció el 5 de diciembre de 1988, en la ciudad de Ibagué, por lo cual la demandada Rosa o Blanca Rosa Ortega de Vélez, en calidad de cónyuge supérstite, promovió el correspondiente proceso de sucesión, proceso que para el momento de la presentación de la demanda se encontraba en curso.

III.- La primera instancia transcurrió con la oposición del curador ad-litem de los herederos indeterminados y de la demandada, quien además formuló las excepciones de fondo que denominó "dolo o falsedad' y "no existió derecho alguno, ni por unión ni posesión notoria", y culminó con sentencia denegatoria de las pretensiones, confirmada luego por el Tribunal por medio de la que ahora es objeto de este recurso.

Sentencia del Tribunal:

I.- En la parte considerativa del fallo, el sentenciador concreta que la acción de filiación extramatrimonial se planteó a la luz de las causales consagradas en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 6 de la ley 75 de 1968, para anunciar, a continuación el estudio, en forma independiente, de cada una de ellas en frente del material probatorio pertinente.

Encuentra entonces el Tribunal que la primera causal alegada, relacionada con la presunta existencia de relaciones sexuales entre la madre de la demandante y el causante Pablo Emilio Vélez, por la época en que se presume la concepción, no se alcanzó a demostrar toda vez que los declarantes no supieron ubicar en el tiempo la ocurrencia de tal trato.

A esa conclusión arriba el *ad-quem* luego de relacionar los apartes pertinentes de la versión suministrada por Tulia Briceño de Ballesteros; de Jaime Rodríguez Sarmiento, de quien critica el hecho de no saber el tipo de relaciones existentes entre su hermana Carmen y el pretenso padre; de Hernando González Rodríguez, en la que halla la contradicción consistente en exponer que la pareja había residido en zona rural hasta el primer lustro de 1940, cuando realmente la demandante nació en 1939, lo que lleva a preguntar al Tribunal: "Luego, cómo puede atestar que este hizo vida marital con Carmen antes de esta calenda si a la sazón no lo conocía?" (f. 34).

Las citadas versiones, a su vez, las confronta con lo manifestado por Helena Sánchez González, para concluir que su dicho aparece corroborado por los anteriores testigos en cuanto a su continua vida marital con el causante, que excluye por ende la posibilidad de una segunda convivencia con otra mujer.

II.- Respecto a la causal quinta del artículo 6 de la ley 75 de 1968, arguye que el material probatorio, compuesto por las declaraciones relacionadas para despachar desfavorablemente la primera causal analizada, adolece de los defectos preanotados, más los yerros que a continuación reseña.

Dice, que de los expuesto por Tulia Briceño de Ballesteros, "no se obtienen hechos que evidentemente traduzcan el trato dado por Pablo Emilio Vélez a la citada durante el embarazo", lo que también ocurre con la declaración rendida por Jaime Rodríguez Sarmiento, y con la de Hernando González Rodríguez, de quien agrega: "...simplemente se limitó a responder sin expresividad ni espontaneidad el cuestionario..", para finalizar con la de José Arturo González Rodríguez de quien adujo que no precisó las circunstancias de lugar, tiempo y modo de su dicho.

III.- Acomete el estudio de la causal sustentada en la presunta posesión notoria, para lo cual, y en primer término, resalta los elementos configurativos de la misma, previa cita de las observaciones doctrinarias que la Corte ha sentado sobre el punto, y penetrar de inmediato al estudio de la prueba recaudada con tal fin, la que subdivide en dos acápites. El primero destinado al análisis de los testimonios que dieron cuenta de la presunta posesión notoria, y el segundo al de los documentos aportados para idéntico propósito.

En primer término, entonces, y con relación a las declaraciones, dice que las testigos Beda Trujillo Rodríguez y Sara Esther Avila de González, rindieron versiones que escucharon de otras personas; que Tulia Briceño de Ballesteros, Jaime Rodríguez Sarmiento, Edelberto Londoño Gutiérrez y Hernando González Rodríguez, no suministraron la razón de la ciencia de sus dichos.

De las de José Desiderio Villamil Buitrago y Eusebio Espitia, el sentenciador dice que se refirieron a hechos aislados, y que Teresa de Jesús García Rodríguez, María Dominga Ramírez de Toro, Mercedes Morales de Londoño y Joel Jaramillo Arango, incurrieron en contradicciones originadas en los datos con relación a las épocas de los acontecimientos narrados.

Concluye el ad-quem con que "habida cuenta de las inconsistencias y contradicciones de la prueba testimonial..., no puede considerarse que ésta establezca de una manera irrefragable la causal en estudio".

Por último al ocuparse de la prueba documental consistente en los registros civiles de matrimonio de la demandante y de nacimiento de sus hijos, el fallador dice que "este hecho aislado contraviene un principio probatorio cual es, que nadie puede hacer su propia prueba... así pues, la actitud unilateral de la demandante ya mencionada no puede indicar que el causante hubiera consentido que aquella hiciera uso de su apellido".

Demanda de Casación:

Dos cargos, fundados ambos en la primera de las causales de casación, previstas en el artículo 368 del C. de P.C., uno por error de hecho y el otro por error de derecho en la apreciación de la prueba, plantea el recurrente en contra de la sentencia impugnada. La Corte los despachará conjuntamente.

Cargo Primero:

L.- Se consideran en él quebrantados, indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 4 de la ley 45 de 1936, 6 de la ley 75 de 1968, 10 de la ley 75 de 1968, 1008, 1012, 1013, 1040, 2 de la ley 29 de 1982, 1045, 4 de la ley 29 de 1982, 1226, 1239, 1240, 9 de la ley 29 de 1982, 1242, 23 de la ley 45 de 1936, 1321, 1322, 1323, 1325, 395, 396, 397, 398, y 399 del Código Civil.

L.- Al sustentarlo afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho en la apreciación objetiva de la prueba testimonial y de la de documentos, en las modalidades que pasa a demostrar, circunscritos todos a la causal de posesión notoria, dejando incólumes los resultados atinentes a las causales restantes.

a) Por preterición, el Tribunal no vio que algunos de los testigos dieron fe del trato y la fama que rodeó las relaciones entre el pretenso padre y la demandante, y para corroborar su aserto cita sólo algunos apartes, de los que en forma más completa había extractado el sentenciador, de las declaraciones de Ana Tulia Moreno Esteban, Tulia Briceño de Ballesteros, Teresa de Jesús García de Rodríguez, José Desiderio Villamil Buitrago, Hernando González Rodríguez, Eusebio Espitia, María Dominga Ramírez de Toro, Mercedes Morales de Londoño, Edelberto Londoño Gutiérrez, Joel Jaramillo Arango, Alicia Vélez Trujillo y Sara Esther Avila de González.

b) Frente al desconocimiento tenido en cuenta a algunos de los hechos informados por Ana Tulia Moreno Esteban, agrega que, además, se le tergiversó cuando a pesar de haber dicho que conoció a Pablo Emilio Vélez, "hará unos trece años", se le hizo decir "hace unos trece años", encontrando allí una contradicción en relación con el dicho de los otros testigos que le aportó "la duda en su juicio".

c) En relación con la prueba documental, el impugnante agrega que el Tribunal cercenó el contenido del registro civil de matrimonio de la demandan-

te, por tenerla como inidónea para demostrar el estado civil deprecado, cuando es lo cierto que con dicho medio probatorio sólo se buscaba "probar el nombre con que es conocida la demandante, como uno de los elementos de la causal invocada". Tampoco vio el fallador que el apellido era utilizado también por los hijos de la demandante.

III.- A continuación, para concluir la fundamentación del cargo reseñado, el impugnante insiste en el clase de conclusión a la que el Tribunal debió arribar, previa advertencia de que con ello no trata de erigir discrepancia alguna con relación a la valoración probatoria.

Impetra, por ende, que la sentencia del Tribunal sea casada, para, en su lugar, revocar la del aquo y proferir un fallo sustitutivo que acceda a las pretensiones de la actora.

Como medida subsidiaria, y ante el evento de no observarse en la prueba testimonial "las razones de la ciencia de su dicho", el censor depreca que se amplíen las declaraciones "para ese efecto".

Cargo Segundo:

I.- En este se acusa la sentencia por infringir indirectamente, por falta de aplicación, "el artículo 4 de la ley 45 de 1936 en la modificación del 6. ordinal 6 de la ley 75 de 1968, como también los artículos 7 de la ley 45 de 1936 en la modificación del 10 de la ley 75 de 1968, 1008, 1012, 1013, 1040 redacción del 2 de la ley 29 de 1982, 1045 modificación del 9 de la ley 29 de 1982, 1242 modificación del 23 de la ley 45 de 1936, 1321, 1322, 1323, 1325, 395, 396, 397, 398 y 399 del Código Civil".

II.- En procura de demostrar el cargo, el recurrente le atribuye al tribunal la comisión de errores de derecho acaecidos al dejar de valorar la prueba individual y conjuntamente, quebrando con ello las normas de derecho procesal consagradas en los artículo 217, 228, 252, 253, 262, 283 y 187 del C. de P.C.

Señala, entonces, como yerros los que a continuación se compendian:

a) En la valoración de las declaraciones rendidas por Ana Tulia Moreno Esteban (f. 1 a 5, C #2), Tulia Briceño de Ballesteros (f. 6 a 10), Teresa de Jesús García de Rodríguez (f. 15 a 21), Jaime Rodríguez Sarmiento (f. 11 a 15), Hernando González Rodríguez (f. 65 a 66), José Desiderio Villamil Buitrago

(f. 26 a 29), Eusebio Espitia (f. 66 a 67), María Dominga Ramírez de Toro (f. 69 a 70), Mercedes Morales de Londoño (f. 70 a 71), Edelberto Londoño Gutiérrez (f. 71 a 72), Joel Jaramillo Arango (f. 72 a 73), Alicia Vélez Trujillo (f. 4 a 6, C #3) y Sara Esther Avila de González (f. 67 a 68), el Tribunal, dice el censor, dejó de ver los elementos de la posesión notoria, toda vez que sin observar la totalidad de las correspondientes versiones, "mal podía hacer la valoración en conjunto".

III.- Realiza el casacionista el estudio pertinente de la prueba testimonial, separándola de acuerdo con cada uno de los hechos de que dan cuenta los declarantes, por lo cual arguye que una parte da fe del trato que Pablo Emilio daba a su hija; otra, informa sobre las ayudas económicas; otros más afirman que la demandante "usa hace muchos años el apellido Vélez, sin oposición de su padre Pablo Emilio", para concluir que se demuestra el trato y la posesión del estado de hija de la demandante con relación a Pablo Emilio Vélez.

El error del Tribunal estriba, entonces, en no apreciar en conjunto la prueba vertida al plenario, "porque si el haz fuera completo, su valoración llevaría a la inteligencia que dicho conjunto demuestra el antecedente que apoya la presunción de paternidad extramatrimonial".

IV.- Finalmente, agrega el censor que el Tribunal incurrió en yerro respecto de la prueba documental, porque dejó de lado los registros civiles de nacimiento de los hijos de la demandante.

De haber apreciado la prueba en conjunto, tanto la testimonial como la documental, el faltador "habría encontrado múltiples armonías que le permitirían arribar a la existencia de la posesión notoria".

Por último, el impugnante expone que con el cotejo de la totalidad de la prueba allegada al proceso, se encuentra que "hay consonancia en que Pablo Emilio Vélez saludaba a María Betty como hija... consonancia en el envío de dinero de Pablo Emilio Vélez a María Betty Vélez, así haya inconsonancia en el año en que ocurrió... armonía en que Pablo Emilio Vélez suministraba mercado cuando María Betty era pequeña".

Pide, entonces, que la sentencia del adquem se case, para que se revoque la sentencia del Juzgado del conocimiento, y en sede de instancia, la Corte acceda a las pretensiones de la parte demandante, más agrega que en caso de

encontrar insuficiente la prueba testimonial por la "falta de perfeccionamiento por aspectos que son del oficio judicial", se decrete la ampliación de los mismos.

Se considera:

1.- *Para que el error de hecho en la apreciación de las pruebas conduzca a la casación de un fallo, debe ser observable a simple vista, es decir, sin el menor esfuerzo;* esto porque la realidad que demuestre el proceso sean tan diferente que las conclusiones posibles que de los medios de convicción pueden extraerse aparecen nitidamente diferentes a la del sentenciador, la cual, por tanto, se capta como alejada de las reglas o máximas de la experiencia.

1.1.- Por el contrario, si el resultado de la contemplación objetiva de la prueba cumplida por el juzgador encaja dentro de una percepción atendible, ningún yerro de apreciación de los que se requieren en casación comete pues goza él de una discreta soberanía en la estimación del material probatorio incorporado al proceso, como de muy vieja data lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte.

En efecto, sobre el particular esta Sala ha expuesto 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 instancias, a quienes la ley ha confiado la ponderosa tarea de decidir sobre los extremos del litigio apreciando con tal propósito la integridad del material probatorio concediendo o negando a cada medio el valor de la persuasión de que los encuentran investidos. La Corte, cuando actúa como Tribunal de Casación sólo puede entender y ocuparse de los temas que le proponga el recurrente y ocuparse de los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificar las apreciaciones del fallador, atinentes a puntos de hecho, cuando formulado un ataque en esa órbita se demuestra la comisión de error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos,* es decir, yerro que emerja con esplendor bajo la sola circunstancia de su enunciación. De modo pues que las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o contradigan la realidad procesal, se imponen a la Corte.

"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. Y aun en el evento de que un nuevo estudio del haz probatorio produjera vacilaciones más o menos intensas sobre el acierto o desatino del sentenciador en las conclusiones fácticas, mientras no aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda" (Cas. Civil de 17 de junio de 1964, G.J. T. 107, Pág. 288; 21 de marzo de 1980; 21 de junio de 1984; 26 de octubre de 1988).

Y agrega además que: "También conviene resaltar que la Corte tiene sentado que *el fallador goza de discreta autonomía para apreciar la prueba de índole testimonial, por lo cual, mientras la estimación que de dicha prueba haga el Tribunal no degenere en manifiesta u ostensible arbitrariedad, no se ofrece el yerro*, a pesar, como antes se advirtió, de que ciertamente la censura realice un análisis más profundo, que inclusive propicie vacilaciones sobre el acierto o el desacierto del *ad-quem* en sus conclusiones fácticas, pues es incuestionable que el quiebre o la infirmación del fallo combatido sólo puede fundarse en la certeza, pero nunca en la duda" (Sent. 26 de octubre de 1988).

2.- En el caso *sub-lite*, el censor trae a cuento hechos aislados, narrados por los testigos para, sobre tal base, indicar que se probó la causal de posesión notoria, y afirmar, subsecuentemente, que con los testigos que vieron, esporádicamente, al presunto padre entregar dinero a la demandante, y las informaciones que dice aquel haber saludado como padre a ésta, se encuentran dados los elementos relacionados con el trato, la fama y el tiempo, cuando lo cierto es que, de la referida prueba testimonial no emana la demostración de tal causal, conforme lo apreció el Tribunal.

El anterior aserto fluye de la confrontación que se hace entre el texto completo de las versiones allegadas y los apartes resaltados por el censor, como a continuación pasa a verse.

3.- a) En efecto, Ana Tulia Esteban, quien declaró el 5 de septiembre de 1989, y dijo contar con 51 años de edad y ser vecina de El Líbano desde hace 17 años, al ser preguntada sobre si conoció a Pablo Emilio Vélez Escobar, expresó: "Lo conocí de saludo", para exponer enseguida que: "Exactamente no puedo decir, pero sí hará unos trece años al frente del palacio, él bajaba en

un carro y paró yo subí con Betty la hija, Betty de Jaramillo, el hizo parar el carro Betty lo saludó y luego ella me dijo doña Julia le presento a mi papacito, esa era la manera de tratarlo"; a continuación agregó: "pues desde que conocí a Betty el era mi papacito y cuando me lo presentó y luego pues yo misma me daba cuenta de que ella constantemente venía a pedirle plata para el estudio de los hijos y para ella y hace unos cuatro o cinco años que ella vino a Ibagué y como ella llega a mi casa entonces me comentó que había venido porque don Pablo le había dado no recuerdo si doscientos mil o trescientos mil para ayuda de la casa, esos se los dio él, para la compra de la casa en Ibagué, que era la hija por lo que venía constantemente y siempre estaba ella muy pendiente de él, los hijos de Betty también donde lo encontraban lo saludaban y él era generoso con ellos".

Al ser interrogada sobre si se enteró de la ayuda económica que el pretenso padre le suministró a la demandante, expresó: "...en muchas ocasiones fui testigo de la ayuda que le daba siempre y como le dije anteriormente le dio dinero para ayuda de la compra de la casa que tienen ahora en Ibagué", y en cuanto al apellido con que la actora era conocida, manifestó: "Eso sí, pues claro que uno sabía que era Betty Vélez, pero por lo regular ella decía que era Betty de Jaramillo, pero uno sabía que era Betty Vélez por ser hija de Pablo Vélez", para finalizar diciendo que conoce a la demandante desde 1973, cuando ya ésta era una mujer casada.

De tal declarante, el casacionista, por su parte, destacó inicialmente la expresión "...y como él nunca la negó...", para informar a continuación que las relaciones entre Pablo Emilio y María Betty fueron siempre de padre e hija, como así se evidenció con lo sucedido frente al Café Aguila, cuando Pablo Emilio "ante los amigos que allí estaban, admitió que Betty era su hija".

b) Tulia Briceño de Ballesteros, con 70 años de edad, dijo haber conocido a Pablo Emilio Vélez desde hace cincuenta y cinco años y a María Betty Rodríguez hace más o menos cincuenta años o cuarenta y cinco, "yo la conocí cuando era de brazos". En cuanto a los hechos, relata: "Yo vine a declarar que distingo a doña Betty Rodríguez y distinguí viviendo en la finca de Coralito con una señora Helena Sánchez y luego él consiguió a doña Carmen Rodríguez y se fue a vivir a la hacienda del Refugio y de ahí hizo vida marital con ella, vivían en junta, luego él vendió la finca de Coralito y se trajo a doña Helena para el Refugio a doña Carmen la trajo para el Líbano que ya estaba esperando la niña y esa niña nació ahí al frente de Telecom al frente del Colegio Jardín Infantil, ahí vivieron ellos varios años, después yo me casé y me retiré y no supe de más".

Dijo además no saber el motivo por el cual Betty de Jaramillo se trasladó a Ibagué "porque ellos tenían casita aquí (se refiere a El Líbano), y que cuando Carmen se instaló en la zona urbana de El Líbano ella los visitaba y por eso sabe que residían juntos, Pablo Emilio con María del Carmen, la madre de la demandante.

El censor dice de esta testigo que presenció, cuando Pablo Emilio convivía aún con Carmen, el trato que le dispensaba a María Betty "como su hija", del cual se enteró, además cuando recorría las calles de el Líbano en compañía de la demandante.

c) Jaime Rodríguez Sarmiento, por su parte, manifestó que era tío de la demandante y que contaba con 69 años de edad. Expuso que Pablo Emilio convivía con "doña Helena no le sé el apellido" y que cuando ésta se fue del lado de aquél, convivió con su hermana, motivo por el cual se le interrogó por qué la citada Rosa Helena dijo que había residido en el inmueble rural con Pablo Emilio desde 1929 hasta 1958, y contestó: "De eso si no sé yo, cuando ella se fue, fue la cosa".

El casacionista, por su parte, no menciona al anterior testigo, dejando por tanto esa versión por fuera de la crítica que plantea en el cargo.

d) Teresa de Jesús García Rodríguez, cuñada de la madre de la demandante y con 60 años, conoció a Pablo Emilio viviendo con Carmen Rodríguez y luego con su hija Betty de quien estuvo al tanto cuando contaba con diez años de edad y le hablaba de las ayudas económicas que éste le hacía. Sin embargo, luego dijo que Carmen vivió sola. "Ella era que tenía una casa en arriendo, ella vivía ahí con el que le alquilaba la casa mejor dicho", y aunque afirmó que no se enteró de la época del nacimiento de la demandante, al ser interrogada sobre si sabía quién era el padre de ésta, expresó: "Pues don Pablo Vélez, me consta que él fue el padre de esa niña, porque ella estuvo viviendo con él tantos años y al tiempo resultó con esa niña y él reconoció que era su hija".

Finalmente, aunque dijo no saber sobre cuál era la actividad económica de Pablo Emilio Vélez, expresó: "...yo venía por allá cada mes, pero sin embargo cuando yo venía encontraba a Betty en la carnicería ayudando al papá".

En la sustentación del cargo, el recurrente hizo referencia a la anterior declaración para circunscribirla a que la testigo dijo que conoció a la demandan-

te de unos diez años de edad, "en la casa que quedaba bajando para el matadero", y que al contar que ella iba a el Líbano a mercar cada ocho días "'veía que Pablo Emilia era el del mercado' ".

e) Beda Trujillo Rodríguez residió junto con la madre de la demandante, porque "era una casa de inquilinato", cuando ya ésta contaba con diez años de edad, y a donde acudía "muy rara vez" Pablo Emilio de quien Carmen Rodríguez le decía era el padre de la menor.

Tampoco hizo mención el impugnante de la declaración anterior.

f) José Desiderio Villamil Buitrago conoció a la demandante cuando ya era casada y narra que: "en una feria que hubo acá subimos de la casa de Betty con el esposo para la feria por allá a pasiar (sic), cuando llegamos a la feria ya dijo Betty ve ahí está mi papacito, entonces nos dirigimos donde estaba él y Betty saludó al papá de brazo y él también, le dijo que hay mija, después del saludo entonces como había unos amigos él cogió la muchacha y se las presentó les dijo les presento una hija;", en lo que, según su propia versión, fue el única encuentro que tuvieron. Posteriormente, al ser requerido para que informara sobre la persona que ayudaba económicamente a Betty de Jaramillo, afirmó que "el esposo de ella, Duvan Jaramillo".

De la mencionada versión, el censor se limitó a destacar que Pablo Emilio le presentó a María Betty "como su hija", y que aunque en la feria fue la única ocasión en que estuvo con los citados, "los vio varias veces pasando como padre e hija" identificándose esta última con los apellidos de Vélez Rodríguez.

g) Hernando González Rodríguez, familiar de la demandante, manifestó que la ayuda económica de Pablo Emilio a la demandante era total y que un día, "me encontraba con algunos amigos en la plaza del Líbano cuando ocasionalmente pasó María Betty y la mayoría de mis amigos la conocían como hija de Pablo Vélez".

Agregó que Carmen Rodríguez, la madre de la demandante residió con Pablo Emilio en la zona rural del municipio de El Líbano y que conoció a Rosa Helena Sánchez porque "llegó después de don Pablo Emilio haber llevado a la cabaña a Carmen Rodríguez", donde vivió ésta durante "el primer lustro de la década del 40", y dice que supone de la ayuda económica que recibía María Betty por cuanto su madre era una persona pobre y ésta en cambio "estudiaba

fisicamente en buenas condiciones; entonces, mostrando en su indumentaria física perfectamente se notaba (sic) que había una persona pudiente que estaba auxiliando o sosteniendo a esa alumna, que me consta que él le pasó plata o le pasaba plata no me consta porque no fui tal vez (sic) ni llevé cuenta en los intereses económicos de don Pablo".

Por su parte, el casacionista expresa del testigo Hernando González Rodríguez que Pablo Emilio "estaba presente para los estudios y todos los gastos", siendo el trato entre ambos de padre y de hija: que en alguna ocasión pasó María Betty por la plaza "y todos la conocían como hija de Pablo Emilia"; que se enteró en algunos papeles que vio de un colegio, que María Betty "utilizaba el apellido Vélez", sin que, agrega el censor, "el no recordar el nombre del colegio le reste credibilidad al hecho", quien resalta además que el declarante recuerda cómo Pablo Emilio visitaba a la demandante en Ibagué "y le proporcionaba ayuda económica".

h) Eusebio Espitia al ser interrogado sobre si sabía quién es el padre de Betty Rodríguez, expresó: Al respecto don Pablo Vélez me la presentó con Arturo Ocampo, Toño Sandoval, Manuel Garzón, Pablo no (sic) la presentó como hija y un niño que tenía por ahí unos 10 años, a propósito sacó unos billetes y se los dio a ella para que le gastara el hijo o sea al nieto", y agrega que por ser vecino de ésta en Ibagué se dio cuenta de las visitas continuas que Pablo Vélez, le hacía. En alguna ocasión, además, su esposa acompañó a María Betty a El Líbano por una plata que le dio Pablo Vélez, "una ayuda para la casa, no sé que cantidad".

Términos similares son los utilizados por el casacionista para referirse a la versión rendida por el declarante anterior, para agregar, únicamente, que unos quince días antes de morir Pablo Emilio, "éste fue a casa de María Betty en Ibagué y delante del testigo le dijo a María Betty que bajara para Lérida para ayudarla con dinero", percatándose además, el testigo, que tanto la demandante como sus hijos usan el apellido de Pablo Emilio porque éste "los reconoce a todos".

i) María Dominga Ramírez de toro fue vecina de Carmen Rodríguez desde cuando María Betty contaba con dos años de edad y la acompañaba donde Pablo Emilio, al café Andino de El Líbano, por el dinero para el estudio de aquella, eso fue durante siete u ocho años y luego los visitó cuando durante un lapso de doce años Pablo Emilio vivió bajo el mismo techo con Carmen Rodríguez y María Betty.

Esa aislada declaración sobre el presunto mantenimiento económico y sostenimiento en la educación de la demandante por parte del pretenso padre, la destacó el casacionista añadiendo, de otro lado, que la testigo visitaba a la demandante "y oía cuando los hijos de ésta le decían a Pablo Emilio abuelito", no sólo cuando aquélla residió en el Líbano, sino también en Ibagué.

j) Mercedes Morales de Londoño dijo que Pablo Emilio era el encargado de ayudar económicamente a Carmen Rodríguez y a su hija María Betty a quien le suministraba lo necesario para el colegio, lo cual supo porque era vecina de aquellas, y aunque agregó que es muy poco amiga de hacer visitas, presenció que "el día sábado les dejaba para el mercadito y pagar arriendo".

Y de la citada declaración, el impugnante agrega que la testigo entendió que el presunto padre trataba a María Betty como hija "pues veía que en la calle le ponía la mano en la espalda".

k) Edelberto Londoño Gutiérrez, por su parte, expuso que todos conocían a María Betty como "la hija de Pablito" y que el trato de ésta para con ella era de "que hubo mija, pero trato especial no recuerdo". Conoció como acudiente de la entonces menor a Jorge Prieto, quien en alguna ocasión le iba a dar un dinero a María Betty y fue el propio Pablo Emilio quien le aconsejó que no lo hiciera porque se lo gastaba en golosinas. Nunca vio que éste la presentara a alguien como su hija, ni supo del trato que le brindaba aquél a los hijos de aquella, aunque era la persona encargada de hacerles las declaraciones de renta y amigo desde la infancia de Pablo Emilio.

De la citada versión el casacionista asevera que el Tribunal lo limitó a la contradicción que emerge de su dicho con lo afirmado por Dominga Ramírez de Toro "en lo relativo a las entregas de dinero" y que lo pretirió en cuanto a que conocía a la demandante "'como hija de Pablito'" e incluso que le decía "qué hubo mija" y que aquella se identificaba con el apellido Vélez "porque Pablo Emilio lo consentía" 'si no hubiera sido así Pablito le hubiera dicho porque usaba ese apellido'; que incluso el testigo le insinuó al presunto padre que la incluyera en su declaración de renta, por lo cual aquel le contestó "por ahora no".

l) Joel Jaramillo Arango, esposo de la demandante, afirmó que cuando anunció su matrimonio, Pablo Emilio "complacido", le prometió a su hija darle su apellido. Una vez casados les prestó continuamente su ayuda económica para

cubrir préstamos adquiridos que no podían cancelar por sí solos, hasta suministrarles el aporte de doscientos mil pesos con el que les colaboró para completar el dinero para adquirir una casa, ocasión en la cual su esposa fue acompañada por un amigo de nombre Albeiro Díaz.

El censor, por su parte, critica la posición asumida por el Tribunal ante tal declaración, que vio en ella una contradicción en cuanto a las entregas de dinero al manifestar que sucedieron en el año de 1980, cuando Ana Tulia Moreno Esteban había expuesto que ocurrieron en 1984 y 1985, y que Eusebio Espitia hubiese manifestado que fue su esposa la que acompañó a la demandante a recibir el dinero con el cual Pablo Emilio le ayudó para adquirir vivienda, cuando fue éste declarante, esposo de la actora, quien afirmó que se había trasladado con tal fin en compañía de Albeiro Díaz, dejando de lado todas las otras circunstancias que ya la Sala destacó, además del hecho de que María Betty "figura en sus documentos con el apellido Vélez".

11) Finalmente, el casacionista cita la declaración de Alicia Vélez Trujillo, como omitida totalmente por el Tribunal, cuando su dicho explica por qué Pablo Emilio no era profuso en sus relatos, "ya que era muy reservado, no comentaba sus cosas personales", y del que la Sala observa que no arroja luz alguna sobre la causal invocada, como igual ocurre con la versión rendida por Sara Esther Avila de González, testigo de oídas, de quien el censor destaca que atestiguó que María Betty firma con el apellido Vélez "y que oyó decir a Pablo Emilio que tenía una hija".

Confrontando, entonces, las conclusiones emitidas por el Tribunal, con lo que emana de cada uno de los testimonios referidos, la Sala concluye que el criterio del *ad-quem* no fue ostensiblemente equivocado, toda vez que los hechos narrados, entre las varias deducciones que con respecto a ellos puedan adoptarse, permiten prescribir de manera ostensible, el sentido que a ellas aquel les imprimió, por lo cual, y como lo tiene dicho la Corte, si la sentencia "no se sitúa ostensiblemente al margen de lo razonable, o si no contradice manifiestamente lo que la prueba testifical indica, tiene que permanecer y mantenerse en casación, pues en esas precisas circunstancias a la Corte le queda vedado modificar o variar la apreciación probatoria que el fallo impugnado trae".

La sentencia recurrida no está, pues, en una frontal antinomia con la prueba testimonial incorporada a este proceso; y, aunque con base en las mismas pruebas, y con lógica aparente, el atacante ha intentado demostrar

alternativas diferentes para la valoración de las pruebas a las acogidas por la sentencia combatida, en esa confrontación de criterios "forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto" (Cas. civ. noviembre 22/65; agosto 29/85).

Son suficientes, por ende, las anteriores consideraciones para concluir que aquélla no acusa los yerros fácticos que a su respecto predica la acusación, mucho menos con la evidencia o protuberancia que exige la norma.

En cuanto al segundo cargo y contrariamente a lo expuesto por el recurrente, el Tribunal contempló en conjunto la prueba aportada al proceso, toda vez que por medio del análisis individual de la misma, llegó hasta criticarla globalmente, cuando afirmó que: "Valorando en su conjunto el haz testifical, para de allí obtener el estado de posesión notoria... estima la Sala que los testigos que para este fin se brindaron, no alcanzan a producir de manera irrefragable la condición de dicho estado...".

Fue así, entonces, como el sentenciador tomó como punto de referencia la visión panorámica de las declaraciones, para ver en ellas el sinnúmero de contradicciones que, finalmente, lo condujeron a desestimar la deprecada paternidad, junto con la ausencia de periodicidad en la narración de hechos aislados y desprovistos, por tanto, de las exigencias requeridas por la ley 45 de 1936.

De otro lado, de encontrarse el error endilgado en la circunstancia de haberse omitido la valoración en conjunto de la prueba testimonial con la documental, es lo cierto que ese aspecto, de darse, carece de trascendencia porque la conclusión que de ello dimanaría no sería diferente a la que finalmente anotó el fallador, por tratarse, como aquel dijo, de una prueba aislada que creó la propia demandante.

Los cargos, en consecuencia, no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 31 de julio de 1991, proferida por la Sala de Familia del tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso ordinario seguido por MARIA BETTY RODRIGUEZ DE

JARAMILLO en frente de Rosa o Blanca Rosa Ortega de Vélez y personas indeterminadas, citados en su calidad de herederos de Pablo Emilio Vélez Escobar.

Costas del recurso de casación a cargo de la demandante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro Lafont Pianetta, Germán Giraldo Zuluaga (Conjuez), Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CASACION-Objeto/THEMA DECISSUM/THEMA DECIDENDUM/ERROR IN PROCEDENDO/ERROR IN PROCEDENDO/CASACION-Causales/ CASACION-Cargos

El recurso de casación no constituye una tercera instancia que faculte a la Corte para hacer una revisión o nuevo estudio de todos los puntos debatidos en los grados anteriores del proceso, por cuanto su objeto no es propiamente el litigio suscitado entre las partes, es decir la misma materia que fuera sometida a resolución de los jueces de instancia, sino la sentencia por ellos proferida como "thema decissum" y no lo planteado en la demanda introductoria del proceso, como "thema decidendum"; es decir que es la sentencia recurrida la que constituye el hecho o materia sujetos al debate, a diferencia de lo que ocurre en las instancias del juicio, en las causales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o el hecho demandado, razón por la cual su enjuiciamiento no puede efectuarse en la actualidad sino por intermedio de todas o algunas de las cinco causales previstas en el art. 368 del C. de P.C. para tal efecto, enderezadas unas (1a. y 4a.) a corregir los errores in judicando en que pudo haber incurrido el fallador al proclamar la voluntad concreta del legislador al caso sometido a su composición y, otras, las restantes (2a., 3a., y 5a.) enfiladas a corregir los errores in procedendo en los que también pudo haber incurrido por una defectuosa o incompleta actividad procesal/Las causales de casación vienen a constituir el piso o la base sobre las cuales se deben edificar los cargos, los ataques, las objeciones o las censuras, términos estos que al fin y al cabo son sinónimos y que el recurrente le formula a la sentencia impugnada.

Auto Nº 027

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Civil.– Santafé de Bo
D.C., cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1º

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 4651

Decídese sobre la admisibilidad de la demanda presentada para sustentar el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 16 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en este proceso ordinario de Myriam Gil contra Rafael Guillermo Reyes Acevedo y herederos indeterminados de Luis José Acevedo Romero, para lo cual se considera: Ext. 012

1.- Resulta incuestionablemente pertinente recordar en esta oportunidad, por cuanto la formulación de la referida demanda así lo exige, que *el recurso de casación no constituye una tercera instancia que faculte a la Corte para hacer una revisión o nuevo estudio de todos los puntos debatidos en los grados anteriores del proceso, por cuanto su objeto no es propiamente el litigio suscitado entre las partes, es decir, la misma materia que fuera sometida a resolución de los jueces de instancia, sino la sentencia por ellos proferida como "thema decissum" y no lo planteado en la demanda introductoria del proceso, como "Thema decidendum"; es decir, que es la sentencia recurrida "la que constituye el hecho o materia sujetos al debate, a diferencia de lo que ocurre en las instancias del juicio, en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o el hecho demandado..." (G.J. tomo L, p. 341), razón por la cual su enjuiciamiento no puede efectuarse en la actualidad sino por intermedio de todas o algunas de las cinco causales previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil para tal efecto, enderezadas unas (1a. y 4a.) a corregir los errores in iudicando en que pudo haber incurrido el fallador al proclamar la voluntad concreta del legislador al caso sometido a su composición y, otras, las restantes (2a., 3a. y 5a.) enfiladas a corregir los errores in procedendo en los que también pudo haber incurrido por una defectuosa o incompleta actividad procesal. De consiguiente, por conducto de cada una de ellas puede acusarse la sentencia de "ser violatoria de una norma de derecho sustancial", directamente o indirectamente, como consecuencia de un error de hecho o de derecho, cometidos en la apreciación o valoración de determinadas pruebas (causal primera); ser violatoria del principio prohibitivo de la reformatio in pejus (causal-cuarta); ser incongruente o inconsonante (causal segunda); contener en su parte resolutiva declaraciones contradictorias (causal tercera); o, haberse dictado en un proceso viciado de nulidad general, siempre que no se hubiere saneado (causal quinta), teniendo presente que cuando el vicio que se quiere denunciar se halle comprendido de manera específica en alguna de las cuatro últimas causales, esa es y tiene que ser, precisa y justamente, la que haya que utilizarse para combatir la sentencia, y sólo debe acudirse a la primera, cuando el presunto vicio que se quiere denunciar no venga comprendido de manera específica en cualquiera de las cuatro últimas.*

2.- De ahí que la ley haya sido pertinaz en la estricta fijación de los requisitos de pertinencia, oportunidad y sustentación del recurso de casación, en orden a asegurar la cumplida eficacia de la tarea de la Corte en la forma prevista por el artículo 365 ibidem entre cuyos presupuestos se destaca, en primer término, la idoneidad de la demanda que al efecto ha de presentarse como punto de partida ineludible de toda consideración.

Así, de conformidad con el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, constituye requisito formal de la demanda de casación, entre otros, "la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa"; y que, si se trata de la causal primera, el señalamiento de las normas de derecho sustancial que el recurrente estima violadas; requisito que se satisface invocando "...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" (artículo 51 del decreto 2651 de 1991).

Respecto del requisito relacionado con "...la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa", resulta apropiado observar que si, como lo explica la doctrina, "el cargo, es, pues, en casación, la réplica, la objeción o la censura, o el conjunto de réplicas, objeciones, censuras o ataques que el recurrente hace al juicio del fallador de instancia, como miras a que la Corte Suprema le restaure el derecho presuntamente quebrantado por la sentencia que impugna..." resulta "que las causales de casación vienen a constituir el piso o la base sobre las cuales se deben edificar los cargos, los ataques, las objeciones o las censuras, términos estos que al fin y al cabo son sinónimos, y que el recurrente le formula a la sentencia impugnada..." (Recurso de Casación Civil, Humberto Murcia Ballén, Librería El Foro de la Justicia, tercera edición, p. 257), razón por la cual resulta ineludible describir la causal que se alega, acompasada con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa.

4.- Las precisiones legales que anteceden vienen al caso por cuanto la demanda presentada por la actora para sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha y procedencia anotadas, en cuanto se refiere a los cargos quinto (5°) y sexto (6°), dista realmente y, en mucho, de representar un escrito con sujeción a los precitados requisitos, por cuanto, para

empezar, en ninguno se expresa, ni se deduce, la causal en que se apoyan, amén de que tampoco se plantea en ellos un juicioso, serio, preciso y claro combate a la sentencia impugnada, en el tema de la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de filiación extramatrimonial, aspecto que, al fin y al cabo, fue el desfavorable a la demandante en la precitada aspiración paterno-filial, como quiera que únicamente se encaminan a criticar, reprochar y enjuiciar la conducta asumida por el Magistrado ponente en la conducción y decisión de la segunda instancia, cuestión ciertamente ajena a la filosofía que informa el recurso extraordinario interpuesto, olvidándose que tal impugnación no permite más que un enfrentamiento con la sentencia recurrida, "...pero no libremente, sino ante aquellas apreciaciones sobre cuestiones de hecho o de derecho acusadas expresamente por el recurrente como violaciones directas o indirectas de la ley sustantiva, cuando se trata de la causal primera o ante el hecho de si está o no la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio, cuando de la segunda; si contiene la sentencia en su parte resolutiva disposiciones contradictorias, en el caso de la tercera; y, con igual limitación respecto de las demás causales". (G.J. No. 1945, p. 713).

5.- De consiguiente, lo procedentemente expuesto es suficiente para inadmitir la demanda de casación respecto de los cargos quinto (5°) y sexto (6°); y, admitirla en cuanto a los cuatro primeros cargos, los cuales satisfacen, en principio, los requisitos formales para darlos en traslado a la parte opositora.

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

Resuelve:

Primero.- Admítense los cargos primero (1°) a cuarto (4°) de la demanda presentada por la demandante para sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha y procedencia mencionadas. Por lo tanto, de ellos córrase traslado a la parte opositora por el término de quince (15) días para que formule su respuesta.

Segundo.- Inadmítense los cargos quinto (5°) y sexto (6°) de la misma demanda, por las razones precedentemente expuestas.

Notifíquese.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA / JURISDICCION DE FAMILIA / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Según el art. 5o. numeral 2o. del Decreto 2272 de 1989, y por razón de la materia, le corresponde a los jueces de familia, en primera instancia, conocer de las demandas relativas a la investigación de la paternidad extramatrimonial que regula la Ley 75 de 1968; y según el art. 8o. ib., y por razón del territorio, la competencia para conocer de ese mismo asunto le corresponde al juez del domicilio del menor.

Corte Suprema de Justicia --- Sala de Casación Civil. -- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Referencia: Expediente No. 4778 *Auto No. 031*

Decide la Corte el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Octavo de Familia de Medellín y el Juzgado Promiscuo de Familia de Rionegro (Antioquia), en relación con el proceso ordinario de Filiación Extramatrimonial y petición de herencia, instaurado por el menor Rubén Antonio Suárez Bastidas en frente de los herederos determinados e indeterminados del señor Rubén Antonio Rojas Ospina, los primeros conocidos con los nombres de Juan Antonio Rojas y María del Rosario Ospina.

Antecedentes:

Al Juzgado Octavo de Familia de la ciudad de Medellín le correspondió conocer de la demanda con que se instauró el referido proceso. Una vez admitida la misma y descorrido el traslado por los demandados determinados, estos formularon la excepción previa de "falta de competencia y jurisdicción, pues al tener domicilio los demandados en Rionegro (Antioquia) tal como se indica en la misma demanda el juez competente para conocer de ella es el Juez de Familia de Rionegro".

La excepción mencionada se declaró probada, mediante auto proferido el 8 de septiembre de 1992, en consideración al fuero general del domicilio del demandado que contempla el artículo 23, numerales 1 y 2, del C. de Procedimiento Civil. Allí mismo se dispuso enviar el expediente al Juzgado Promiscuo de Familia de Rionegro.

A su vez, el Juez Promiscuo de Rionegro, declaró su incompetencia para conocer del citado proceso, con apoyo en que la competencia legal en los procesos de investigación de la paternidad le corresponde es al Juez del domicilio del menor -en este caso al Juez de Familia de la ciudad de Medellín-, por virtud de lo dispuesto en el artículo 8o. del Decreto 2272 de 1989 y de consiguiente remitió el expediente a esta Corporación a fin de que se dirima el conflicto.

Cumplido el trámite de rigor le corresponde a la Corte decidir lo que sea del caso.

Consideraciones:

En los asuntos propios de la Jurisdicción de Familia, como lo es el de la investigación de la paternidad de un menor, la competencia legal, por razón de la materia y del territorio está regulada por el Decreto 2272 de 1989, y no por las normas que en relación con esos mismos factores examina el estatuto procesal civil.

En lo pertinente al presente conflicto de competencia y puesto que no hay discusión sobre que son ciertas las afirmaciones contenidas en la demanda introductoria del proceso, en el sentido de que el domicilio del menor demandante es la ciudad de Medellín y el de los demandados es la ciudad de Rionegro (Antioquia) y que la materia sobre la cual versa el proceso es la investigación de la paternidad promovida por el menor demandante, resulta evidente que la competencia para conocer de tal asunto le corresponde al Juez de Familia de Medellín, ante quien, desde un principio, se instauró la demanda.

En efecto, según el artículo 5o., numeral 2o. del citado Decreto, y por razón de la materia, le corresponde a los jueces de familia, en primera instancia, conocer de las demandas relativas a la investigación de la paternidad extramatrimonial que regula la ley 75 de 1968; y según el artículo 8o. ib., y por razón del territorio, la competencia para conocer de ese mismo asunto le corresponde al juez del domicilio del menor.

Por manera que de la demanda de investigación de la paternidad que ha promovido el menor aquí demandante, de quien en la demanda se dijo estar domiciliado en Medellín, le corresponde conocer al Juzgado Octavo de Familia de Medellín, a quien, desde un comienzo, le fue asignada por reparto; resulta palmar que cuando el Juez a cargo del último despacho judicial mencionado dispuso remitir el asunto al Juez de Rionegro, lo hizo con prescindencia absoluta de las normas que regulan la competencia en asuntos propios de la jurisdicción de Familia.

Decisión:

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

Es el Juzgado Octavo de Familia de Medellín el competente para seguir conociendo del proceso ordinario de filiación natural y petición de herencia instaurado por el menor RUBEN ANTONIO SUAREZ BASTIDAS, de que da cuenta esta providencia.

Remítase el expediente a dicho Despacho Judicial y comuníquese esta decisión al Juzgado Promiscuo de Familia de Rionegro.

Notifíquese.

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

CASACION - Características / CASACION - Objeto

El recurso de casación, siendo dispositivo, limitado y extraordinario, no permite que la Corte pueda moverse a su antojo para escoger entre una y otra posición; y menos está facultada para resolverlas ambas, porque como es sabido el recurrente en casación debe trazarle a la Corte en forma precisa cuál es su punto de inconformidad, y repulsa por ende que se le ponga a ras con el alegato de instancia: debe memorarse que tal recurso no es sendero apto para revisar el proceso sino únicamente la sentencia; por consiguiente, dentro de su ámbito le está vedado al recurrente hablar anfibológicamente, y, muy, por el contrario, se le impone la obligación de expresar la acusación con la mayor precisión y concreción posibles.

FRUTOS / INTERESES / RESCISION CONTRACTUAL / PRESTACIONES MUTUAS / NULIDAD SUSTANCIAL

Restitución de frutos e intereses en tratándose de la rescisión del contrato. / Alternativas que el artículo 1948 del Código Civil consagra en el evento de sobrevenir la rescisión del contrato, para determinar lo relativo a las restituciones mutuas. / Diferencias entre la nulidad y rescisión.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 3735 *Sentencia No. 011*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 22 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en el proceso ordinario de Beatriz Franky de Rozo contra Edgardo Corrales Guerrero, Wiston Medina Lozano y Germán Duque Reyes.

I. Antecedentes:

1.- El proceso lo suscitó la demanda en que se pidió declarar rescindido el contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 7584 de 15 de noviembre de 1984 de la Notaría Primera de Bogotá, y condenar a los demandados a que restituyan el inmueble objeto del proceso, si es que no optan por completar el justo precio en los términos de ley.

2.- El sustrato fáctico se resume así:

a.- En la fecha y por la escritura preindicadas, la actora vendió a los demandados la parte que en proporción del 50% tenía sobre el inmueble ubicado en Bogotá en la carrera 14 No. 82-57 y 82-61, debidamente identificado en la demanda.

Tal 50% lo adquirieron los compradores en las siguientes proporciones: Corrales, el 23%; Medina, otro 23% y Duque el 4% restante.

b.- El precio total de dicha venta fue de $1.449.275.oo, que los demandados pagaron proporcionalmente a sus derechos. Pero el bien valía a la época "mucho más del doble del precio por el cual se vendió, produciéndose entonces la ultradimidian (sic) lesión enorme. Sin exagerar el inmueble por esa fecha valía totalmente más de $11.000.000.oo".

3.- Wiston Medina descorrió el traslado oponiéndose a las pretensiones: negó los supuestos fácticos en que ellas descansan y excepcionó alegando "carencia de acción por parte de la demandante (...) por no haber sido el precio de la compraventa inferior a la mitad del justo precio para el 15 de noviembre de 1984".

4.- La primera instancia la clausuró el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá mediante sentencia de 15 de marzo de 1990, en la que, decretando la rescisión suplicada, condenó a los demandados a restituir el inmueble, pero dejando a salvo la opción de completar el justo precio de conformidad con el artículo 1948 del Código Civil.

5.- La segunda instancia, venida a virtud de la apelación interpuesta por el codemandado Medina, fue desatada por el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de 22 de marzo de 1991, en donde confirmó la rescisión decretada pero aclarando que sólo afectaba a la compraventa en que fueron

partes los aquí contendientes, no así en la que intervino como contratante Ricardo Ossa Ramírez, contenida en la misma escritura pública. Precisó igualmente que el inmueble a restituir está constituido por el 50% del que se menciona en dicho acto escriturario.

Sentencia que complementó el tribunal por la de 22 de mayo siguiente, declarando que "no hay lugar a prestaciones mutuas si los demandados se acogen a la opción de que trata el artículo 1498 (sic) del código civil". Mas - agregó- "si la decisión de la parte pasiva es que opere la rescisión", la actora restituirá a los demandados la suma de $1.449.275.oo "en la proporción que recibió de cada uno de ellos, cantidades a las que ha de sumársele la corrección monetaria y los intereses legales a liquidar desde que aquella recibió el dinero hasta el momento en que lo devuelva a estos", así como también les pagará "las mejoras plantadas y que se prueben en el respectivo incidente", y, finalmente, los demandados abonarán a la demandante el valor de los frutos causados desde el 15 de noviembre de 1984 hasta la entrega de la heredad.

6.- La decisión del *ad-quem* fue recurrida en casación por la parte demandante y por el codemandado Medina; empero, la impugnación de éste se declaró desierta por auto de 31 de julio de 1992 (folio 20 de este cuaderno).

II. La Sentencia del Tribunal:

Tras el proemio, destinado a historiar el litigio, y la mención de los requisitos que hacen airosa la pretensión de rescisión por lesión enorme, dióse a la tarea de establecer si en el *sub-lite* concurren ellos.

Y, encarando el haz probatorio del proceso, halló que en realidad la vendedora había sufrido lesión enorme, por lo que consideró que su pretensión debía estimarse: razón por la cual ordenó la restitución del inmueble objeto del pleito, si es que los demandados no optaren "por acogerse a la garantía que les concede el artículo 1948 del Código Civil, con la deducción del 10%; valor que se ser acogido debe cancelarse dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia".

Como se dijo, el Tribunal complementó su decisión por el proveído de 22 de mayo del mismo año (folio 24 y ss. del cuaderno 4). Ocasión en la que arrancó admitiendo que "efectivamente y en forma involuntaria (...) omitió lo relativo a prestaciones mutuas".

Adicionó entonces:

"...En este orden de ideas, ha de resolverse en este sentido: Si la parte demandada opta por lo dispuesto en el artículo 1498 del Código Civil, no hay prestaciones mutuas que cumplir. En caso contrario, a WISTON MEDINA LOZANO, EDGARDO CORRALES GUERRERO y GERMAN DUQUE REYES, les será devuelto por BEATRIZ FRANKY DE ROZO, la suma de $1.449.275.oo, según la proporción que cada uno de ellos entregó a la vendedora, liquidando para esas cantidades la corrección monetaria y los intereses legales, que se tasaron desde el momento en que fueron recibidos por la demandante hasta el día en que ésta cancele las respectivas sumas dinerarias.

"De igual manera la actora cancelará a la parte pasiva las mejoras plantadas por ellas y que se prueben en el respectivo incidente.

"De otro lado, los demandados cancelarán a la demandante los frutos civiles causados desde el 15 de noviembre de 1984 hasta el día en que la entrega se efectúe".

III- La Demanda de Casación:

Al abrigo de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en dos cargos se combate la sentencia recién compendiada, cuyo despacho consulta el orden en que han sido propuestos.

Cargo primero:

Haciendo la puntualización de que lo que es objeto de casación es la sentencia complementaria, el impugnador denuncia la violación de los artículos 1948 y 1498 del Código Civil.

A intento de demostrarlo, díjose que cuando el Tribunal ordenó que los intereses a cargo de la demandante eran los causados desde el 15 de noviembre de 1984, o sea desde cuando recibió el precio a restituir, estuvo quebrantando el inciso 2° del citado artículo 1948, que expresamente dispone que los intereses en tal supuesto se causan desde "la fecha de la demanda". Y lo propio sucede con la corrección monetaria, la cual "se debe tener en cuenta es a partir del día 1° de diciembre/86 y no desde el 15 de noviembre de 1984".

De otra parte, "al decir el Tribunal que si los demandados optan por completar el justo precio con deducción del 10% (...) no hay lugar a prestaciones mutuas, ha contradicho lo sentado para obligaciones accesorias de la parte demandante en el evento de que los demandados acepten la rescisión del contrato, pues mientras a aquélla la condena a pagar corrección monetaria, sobre el dinero a devolver, a éstos los exonera de plano de pagar corrección monetaria sobre el dinero que deben devolver (sic) para completar el justo precio dándole una interpretación errónea a mi entender al citado artículo 1948 en punto a la corrección monetaria".

Dice el casacionista que la corrección monetaria se debe predicar o de ambas opciones, o de ninguna; de lo contrario "se rompe la igualdad de las partes en sus pretensiones" y conduciría a "que el comprador que lesionó a su vendedor nunca optaría por aceptar la rescisión del contrato, pues mientras su inmueble se le valoriza a pasos agigantados con la devaluación de la moneda colombiana, el dinero que entrega para completar el precio, lo entrega completamente desvalorizado, lo cual resulta a todas luces inequitativo".

Sugiere, por lo tanto, que la corrección debe existir para cualquiera de las opciones del artículo 1948.

Consideraciones:

1.- El ejercicio airoso de la acción de lesión enorme trae aparejada, sin perjuicio de la opción a que adelante se aludirá, la rescisión del contrato de compraventa. Evento en el cual, dado el efecto retroactivo de la decisión, se generan las llamadas restituciones mutuas, traducidas en que los contratantes tienen derecho a obtener lo que cada uno de ellos entregó por razón del contrato así fulminado.

Precisamente, resulta decisivo destacar que el artículo 1948 del Código Civil, a vuelta de referirse en el primer inciso a las opciones que tiene el vencido en los procesos en que, por lesión enorme, desaparece el contrato, dispuso en el segundo:

"No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas del contrato".

Ante la claridad del texto, no surge entonces ningún género de duda. *En la rescisión del contrato ha de tenerse en cuenta que, en punto a la restitución*

de frutos e intereses, los unos y los otros sólo se deben "desde la fecha de la demandada". En este caso, como se aprecia, quiso el legislador regular ese tópico de manera diversa, pues que ahí se quiebra la regla general según la cual, en tratándose del aniquilamiento de un contrato, las cosas deben ser restituidas al estado que tenían al tiempo precontractual, borrando en lo posible las secuelas que entretanto haya podido producir, de tal suerte que en un momento dado pueda creerse que jamás medió el contrato rescindido.

Y la variación se traduce en que si se aplicase la regla general que viene de referirse, cada contratante debería hacerse a lo que producen las cosas que de su parte, y con motivo del contrato, entregó: y no solamente lo producido desde la demanda, sino desde que entregó dichas cosas, precisamente porque hay que mirarlas como si nunca se hubieran entregado.

Es esa justamente una de las diferencias de los efectos de la nulidad y la rescisión por lesión enorme; pues, ya se vio, en ésta tales intereses y frutos sólo van desde la fecha de la demanda.

Queda proscrita, por tanto, y para no referir sino aquello de que se duele el aquí impugnante, la condena por concepto de intereses no puede abarcar un tiempo anterior a la demanda; y si, con todo, así se hace, es patente la violación de la norma analizada, y el cargo que en casación tal cosa denuncia, debe subsecuentemente, prosperar.

Por manera que en este preciso punto se casará el fallo.

2.- El otro ataque que este cargo comprende no puede ser despachado en el fondo porque contiene dos proposiciones antagónicas y excluyentes, lo que hace que esté técnicamente mal formulado; y, de este modo, es claro que la Corte está relevada de su estudio. Ciertamente, la actora también cuestiona la condena que se le impuso relacionada con la indexación del precio que debe restituir. Empero, la ataca desde dos ángulos irreconciliables, a saber: de un lado, afirma que dicha corrección monetaria no debe predicarse, al igual que los intereses, sino a partir de la demanda genitora del proceso; y no desde antes como equivocadamente lo cree el Tribunal. En cambio, ya en otra parte del cargo, sugiere, entre las varias hipótesis que menciona, que no haya condena al respecto, con el argumento de que tampoco al demandado se le impuso en relación con el excedente que eventualmente entregue a la vendedora para completar el justo precio. Más exactamente dijo: "o no hay corrección

monetaria en la aplicación de cualquiera de las dos opciones por parte de los demandados al escogerla, o la hay en cualquiera que sea escogida".

Como es fácil detectarlo, en el primer evento parte de la premisa de que cabe la corrección que se le impuso; simplemente discute la extensión temporal de la misma, como que no la acepta sino desde la presentación de la demanda. Al paso que en el segundo, contempla la posibilidad, en aras del equilibrio, de que no haya corrección monetaria sobre el particular.

Ante situación semejante, la que, resáltase, aquí se presenta dentro del *mismo* cargo, hácese notorio que el recurso de casación, siendo dispositivo, limitado y extraordinario, no permite que la Corte pueda moverse a su antojo para escoger entre una y otra posición; y menos está facultada para resolverlas ambas, porque, como es sabido, el recurrente en casación debe trazarle a la Corte en forma precisa cuál es su punto de inconformidad, y repulsa por ende que se le ponga a ras con un alegato de instancia; debe memorarse que tal recurso no es sendero apto para revisar el *proceso* sino únicamente la *sentencia*: por consiguiente, dentro de su ámbito le está vedado al recurrente hablar anfibológicamente, y, muy por el contrario, se le impone la obligación de expresar la acusación con la mayor precisión y concreción posibles.

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" (LXII, p. 467); y, está claro que en la formulación de ésta debe el casacionista, si se quiere acatar la preceptiva del numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, plantear los cargos "con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa". Y no se es preciso cuando, como aquí, se es ambiguo.

Esta segunda parte del cargo, pues, adviene fallida.

Cargo segundo:

Repróchase al Tribunal la trasgresión del artículo 1498 del Código Civil, justamente por no aplicarlo a la decisión de la litis.

De acuerdo con tal norma, el contrato de compraventa es oneroso y conmutativo, desde que las prestaciones de los contratantes se miran como

equivalentes. Equivalencia que se rompe con la lesión enorme, y de ahí que la ley ponga en manos del lesionado el mecanismo adecuado para restablecer el equilibrio; pero éste no se alcanza a restablecer cuando al vendedor se le completa el justo precio sin tener en cuenta la corrección monetaria, "pues de nada sirve a esa persona lesionada que mientras la parte opuesta goza con los mayores valores que incrementan los fenómenos inflacionarios de su inmueble, ella, al revés, pierde capacidad adquisitiva día a día".

"Es entonces justo -se pregunta el casacionista- que a la señora demandante solo se le devuelva el dinero que dejó de percibir en aquella oportunidad del 15 de noviembre de 1984 sin corrección monetaria que le mantenga en algo (la corrección monetaria tampoco es que restablezca del todo el equilibrio, pero sí influye mucho) el poder adquisitivo de la moneda o del dinero, mientras que los demandados no solo se han aprovechado opíparamente de los arriendos jugosos que les produce el inmueble, sino que además lo invertido en la compraventa se ha incrementado voluminosamente por razón de la valorización del predio?".

Ocurre así que "la condena al demandado es un premio para él, puesto que nunca se allanó a la demanda y más bien, como en el caso concreto, se ocultó en varias oportunidades para evitar las notificaciones y así dar lugar a que el tiempo siguiera su marcha indefinidamente, pues al final hace uso de la opción de pagar el justo precio del momento del contrato, sin que ninguna otra prestación lo apriete en su patrimonio, mientras goza de la valorización de su predio".

Juzga la demandante que así se violó "no solo el artículo 1948 del Código Civil, sino también el art. 1498".

Consideraciones:

1.- Bueno es precisar que aquí el ataque parte de una premisa refulgente, cual es la de que el censor persigue únicamente que al demandado se le condene a indexar el saldo del precio por el que, para completar el justo precio, llegase a optar el comprador. Es decir, aquí no figura la ambivalencia que se notó en el cargo anterior, cuando el censor dijo que: o ambos contratantes son condenados a la indexación en sus respectivas hipótesis, o ambos son exonerados de ella.

2.- Ha de señalarse que la Corte, analizando las alternativas que el artículo 1948 del Código Civil consagra en el evento de sobrevenir la rescisión del

contrato, tiene establecido que para determinar lo relativo a las restituciones mutuas deben distinguirse dos situaciones así: cuando el debelamiento del contrato se torna definitivo, a la restitución del inmueble corresponde la devolución del monto que a título de precio recibió el vendedor, caso en el que esta suma debe comprender la respectiva indexación.

Empero, si, como en el *sub-lite*, el comprador demandado decide atajar la rescisión, para, en cambio, completar el justo precio, no es de recibo que el valor sea corregido monetariamente, porque, se ha explicado, esa específica prestación no corresponde ya a un cruce de restituciones sino que tiene advenimiento autónomo.

Ha dicho, efectivamente, la Corporación:

"*Significa lo anterior que frente a la lesión enorme declarada judicialmente, nadie discute que el predicado rescisorio de la misma comprende la devolución del precio que haya recibido el vendedor, con la corrección monetaria correspondiente, como quiera que en tal supuesto se está precisamente dentro del ámbito jurisprudencial anotado.*

"Empero, si el comprador vencido en la llamada acción de ultramitad, antes que consentir en la destrucción del contrato, prefiere mantenerse en él completando el excedente del justo precio deducido en una décima parte, no solo escapa del criterio que viene de exponerse, pues no se trata ya de las predichas restituciones recíprocas, sino que también encuentra el escollo insalvable de lo normado en el artículo 1948 del Código Civil que no permite reclamar cosa distinta de intereses y frutos.

"Precisamente, en un caso similar de lesión enorme, frente a idéntico cargo, *explicó esta Corporación que el correcto entendimiento de la citada disposición no concebía que pudiera corregirse monetariamente el saldo para completar el justo precio, cuando el comprador elegía ese camino. Dijo entonces: una vez producida la declaratoria de rescisión, puede la parte demandada, compradora o vendedora, según el caso, evitar los efectos de tal declaratoria o consentir en ella, como convenga a sus intereses, haciendo valer la opción que le otorga el artículo 1948 del Código al establecer que el comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá, a su arbitrio consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte'.*

"Como se infiere de lo que se acaba de observar, los efectos de la rescisión por lesión una vez declarada difieren fundamentalmente de los de otras figuras como de la nulidad, por ejemplo, diferencias que se explican por su carácter excepcional con que se le concibió en el derecho romano y que aún conserva, al menos en el derecho francés, chileno y el nuestro y que al mismo tiempo, indican que no pueden recibir un mismo tratamiento.

"*Un rápido parangón de las normas que regulan la nulidad y las propias de la rescisión pone de presente que entre una y otra existen las siguientes diferencias: a) que en tanto la primera puede pronunciarse cualquiera que haya sido la suerte de la cosa sobre que se contrató, la rescisión no procede si dicha cosa se perdió en poder del contratante que la recibió si éste la enajenó (art. 1951); b) mientras la nulidad procede aún en el caso de que el demandado ofrezca pagar lo que debe, la segunda puede evitarse completando el justo precio o restituyendo el exceso en los términos del artículo 1948 del Código; y c) finalmente, en lo que concierne a la restitución de frutos o intereses, especialmente cuando la nulidad se pronuncia frente a un poseedor de mala fe, también se presentan notorias diferencias.*

"Dados, pues, su naturaleza tan especial y los efectos que a la declaratoria de rescisión se atribuye el artículo 1948 del Código, *al haber dispuesto el Tribunal que se incrementara con la corrección monetaria el valor de las prestaciones sobrevinientes por el acogimiento de la pretensión rescisoria, resulta indiscutible que infringió dicha norma atribuyéndole un alcance que no tiene y eso lo llevó a aplicar indebidamente otras.* Obsérvese como al precisar los efectos de la rescisión respecto de los intereses y frutos, en su inciso segundo previene que éstos no se deben sino desde la fecha de la demanda, para finalizar diciendo que fuera de tales conceptos no 'podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato'.

"En tales condiciones, si a pesar de la terminante prohibición legal el Tribunal impuso a las partes como consecuencia de la prosperidad de la rescisión una prestación no autorizada por el referido artículo 1948 que, se repite, no permite pedir cosa distinta de intereses y frutos, ciertamente incurrió en el yerro hermenéutico que la censura le endilga y, por tanto, el cargo está llamado a prosperar. (Sentencia de 20 de agosto de 1985)". [Cas. Civ. de 22 de julio de 1987, ordinario de Néstor Franco Vásquez contra Humberto Londoño Vargas].

3.- De lo cual se sigue que, en ese aspecto, el sentenciador se ciñó a lo que prescribe el artículo 1948, precisamente al no ordenar la corrección monetaria

del valor que, en su caso, deba entregar el comprador para completar el justo precio. Como es natural, la correcta aplicación de dicha preceptiva, descarta de suyo cualquier violación de la ley sustancial, incluyendo la otra norma que menciona el cargo.

Razón suficiente para significar que la acusación carece de fuerza para casar el fallo.

IV. Sentencia sustitutiva:

La decisión de remplazo apenas sí se contrae a la parte que del cargo primero resultó victorioso. Como se recordará, dadas las razones que en su momento se expresaron, los intereses que como prestación se impuso a la parte demandante, calculados sobre el precio recibido, no deben abarcar sino el tiempo posterior a la fecha de la demanda. Vale decir, en este caso concreto, los causados a partir del 2 de diciembre de 1986, fecha en que se presentó la demanda introductoria del proceso. Y, como es ese el único punto en que el fallo se resiente en casación, es natural que la Corte, actuando en sede de instancia, no modifique más que el tópico alusivo a los intereses, quedando intacta la sentencia en los demás, cuyos ordenamientos, por lo mismo, se reproducirán no más que con esa salvedad, notándose si que a los numerales de la parte resolutiva de la sentencia inicial se sumarán, con la secuencia numérica que corresponda, los otros dos de la sentencia complementaria.

V. Decisión:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá profirió en el proceso ordinario de Beatriz Franky de Rozo contra Edgardo Corrales Guerrero, Wiston Medina Lozano y Germán Duque Reyes, calendada el 22 de marzo de 1991 y complementada por la de 22 de mayo del mismo año.

Y, en sede de instancia, dicta la sentencia sustitutiva, y resuelve:

"PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales primero, quinto y sexto de la parte resolutiva de la sentencia proferida en este asunto, por el Juzgado Doce Civil del Circuito, el quince de marzo de mil novecientos noventa.

"SEGUNDO.- Dejar sin valor y efecto legal la escritura pública No. 7584 de noviembre quince de mil novecientos ochenta y cuatro, así como su registro en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, pero única y exclusivamente en relación con la compraventa efectuada entre Beatriz Franky de Rozo y Germán Duque Reyes, Edgardo Corrales Guerrero y Wiston Medina Lozano. Lo relacionado con la negociación en que fue parte Ricardo Ossa Ramírez, quedó inmodificable.

"TERCERO.- Se condena a los demandados a restituir a la demandante el 50% del inmueble conocido a través de esta providencia, con todos los derechos que le figuren en la escritura de compraventa, libre de hipotecas o cualquier otro derecho real que hubieren constituido sobre él los demandados, cuando no opten por acogerse a la garantía que les concede el artículo 1948 del Código Civil, con la deducción del 10%; valor que de ser acogido debe cancelarse dentro del término de un mes siguiente a la ejecución de esta providencia.

"CUARTO.- Si no se opta por la cancelación de que habla el numeral anterior, queda sin valor la escritura pública 7584 de 15 de noviembre de 1984. Notaría 1a. de Bogotá, en lo que respecta a la compraventa realizada entre las partes vinculadas a este proceso, quedando intacta en lo demás.

"QUINTO.- Antes de cualquier comunicación a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, ofíciese a la Notaría 1a. del Círculo de Bogotá para que realice las modificaciones, mediante escritura aclaratoria, al instrumento público que da cuenta el numeral cuarto de esta parte resolutiva.

"SEXTO.- Costas del recurso a cargo de los demandados. Tásense.

"SEPTIMO.- (Primer numeral de la sentencia complementaria). "Declarar que no hay lugar a prestaciones mutuas si los demandados se acogen a la opción de que trata el artículo 1498 (sic) del Código Civil".

"OCTAVO.- (Segundo numeral de la sentencia complementaria). "Si la decisión de la parte pasiva es que opere la rescisión por lesión enorme, para prestaciones mutuas téngase en cuenta lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil vigente para cuando hubo sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta lo siguiente:

"a)- Beatriz Franky de Rozo, pagará a Wiston Medina Lozano, Edgardo

Corrales Guerrero y Germán Duque Reyes, la suma de $1.449.275.oo en la proporción que recibió de cada uno de ellos, cantidades a las que ha de sumársele la corrección monetaria, (...) desde que aquella recibió el dinero hasta el momento en que lo devuelva a estos". Sobre aquella cifra pagará igualmente los intereses legales (6%) anual, causados a partir del 2 de diciembre de 1986 y hasta cuando se verifique su pago.

"b)- La demandante debe pagar a los demandados las mejoras plantadas por ellos y que se prueben en el respectivo incidente.

"c)- A su turno, se condena a los demandados en favor de la demandante, al pago de frutos civiles causados desde el 15 de noviembre de 1984 hasta el día en que se efectúe la entrega del inmueble, valoración que para el futuro ha de dejarse plenamente establecida en la providencia que resuelva el respectivo incidente".

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO REAL / RESTITUCION DE TENENCIA

El legislador determinó al lado del fuero del domicilio del demandado, otro título de competencia territorial denominado forum rei sitae, consagrados en algunos de los numerales del art. 23 del C. de P.C. y que puede ser concurrente con el personal, como ocurre en la hipótesis prevista en el numeral noveno (9o.); o, exclusivo o privativo, en los casos previstos en el numeral décimo (10o.) ibídem, es decir que sólo el juez de la ubicación del inmueble, por disposición legal, es el competente para conocer de los asuntos allí enumerados. / Competencia para conocer del proceso de restitución de tenencia.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá. D.C., nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 4801 *Auto No. 033*

Decídese el *conflicto de competencia* surgido entre los Juzgados Civil Municipal de Melgar y Cuarenta y dos Civil Municipal de Santafé de Bogotá, respecto del conocimiento del proceso de lanzamiento promovido por Alejandrina Pérez de Rodríguez contra Luis Alfonso Canal Vega y Jorge Armando Rodríguez González.

I- Antecedentes:

1.- Acudiendo al procedimiento establecido en el Título XXII, Capítulo II, artículo 24, del Código de Procedimiento Civil, Alejandrina Pérez de Rodríguez demandó de Luis Alfonso Canal Vega y Jorge Armando Rodríguez González

la restitución del inmueble (local comercial) distinguido con el número ciento dieciocho (118) del Centro Comercial SUPERCENTRO, ubicado en calle 5a. No. 26-25 del municipio de Melgar (Tolima), de conformidad con los linderos generales y especiales indicados en la respectiva demanda, señalando como juez competente para conocer del pleito al Juzgado Civil Municipal de Melgar, "... por el lugar de ubicación del inmueble, objeto del presente proceso y por la cuantía...".

2.- Dicho Juzgado, mediante auto de 7 de octubre de 1993, determinó que no era competente para conocer del asunto, por cuanto adujo que "... del contrato de arrendamiento aportado con la demanda, y que es la base de ésta, se observa que de conformidad con lo estipulado en la cláusula decimoséptima del aludido contrato de arrendamiento, los contratantes señalaron que para los efectos a que dé lugar este contrato se someterán a la jurisdicción de los jueces de Santafé de Bogotá, D.C. Por lo tanto, de conformidad a lo estipulado en el art. 23, núm. 5 del C. P. Civil, y 85 Ibídem, el Juzgado RECHAZA de plano la presente demanda por competencia".

3.- El Juzgado Cuarenta y dos Civil Municipal de Santafé de Bogotá, al que correspondió por reparto, mediante providencia de 12 de noviembre de 1993, se declaró, a su vez, igualmente incompetente para asumir el conocimiento de la controversia, alegando que "... el apoyo jurídico en que se fundamenta la decisión adoptada por la juez remitente se aparta de las reglas generales establecidas para competencia en razón del territorio, ya que el numeral 10 del artículo 23 del C.P.C., prevé claramente que para los procesos de restitución de tenencia será competente de modo privativo el juez del lugar donde se hallen ubicados los bienes".

4.- Así planteado el conflicto, se remitió el expediente a esta Corporación para la definición de la respectiva competencia.

II- Consideraciones:

1.- Corresponde a esta Sala dirimir el conflicto suscitado entre aquellos despachos judiciales, por cuanto los enfrentados corresponden a distintos distritos (el Civil Municipal de Melgar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y el Cuarenta y dos Civil Municipal de Santafé de Bogotá, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta misma ciudad).

2.- Por lo elemental de la materia, resultan suficientemente conocidos los factores escogidos por el legislador para establecer la competencia de los distintos jueces de la República para conocer de las diversas clases de asuntos; y así, para tal efecto, atiende, entre otros, a los factores objetivo, subjetivo y territorial: esto es, a su naturaleza, a la calidad de las partes y al lugar donde deben ventilarse.

3.- Para fijar la competencia por el factor territorial, que es el que suscita en este asunto la colisión, el legislador tuvo en cuenta, principalmente, el domicilio del demandado, por cuanto consideró que si éste debe comparecer en juicio por la sola petición del demandante, ha de obligársele a hacerlo en las circunstancias menos gravosas para él. Estableció, entonces, el forum domicilii rei, en virtud del cual el demandante está obligado a instaurar su demanda ante el juez del domicilio de su demandado, principio de carácter general recogido en el numeral primero del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "En los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado; si éste tiene varios, el de cualquiera de ellos a elección del demandante, a menos que se trate de asuntos vinculados exclusivamente a uno de dichos domicilios, caso en el cual será competente el juez de éste".

4.- Pero el legislador, para fijar la competencia por el aludido factor, no solamente tuvo en cuenta el domicilio del demandado, como arriba se expuso; también tuvo en cuenta la ubicación del objeto litigado, pues estimó que la regla general de que el actor debe seguir al reo de la acción en su vecindad, era preciso derogarla, cuando fuese manifiesto que las pruebas y los elementos para la solución de la controversia se podrían allegar más fácil y oportunamente en el sitio en que se encontrara la cosa objeto del pleito. Determinó, así, al lado del fuero del domicilio del demandado, otro título de competencia territorial denominado forum rei sitae, consagrado en algunos de los numerales del precitado artículo 23 y que puede ser concurrente con el personal, como ocurre en la hipótesis prevista en el numeral noveno (9°); o, exclusivo o privativo, en los casos previstos en el numeral décimo (10°) de la misma disposición, es decir, que sólo el juez de la ubicación del inmueble, por disposición legal, es el competente para conocer de los asuntos allí enumerados.

5.- De consiguiente, el forum rei sitae es exclusivo o privativo, de conformidad con el numeral 10 del artículo 23 ejusdem, en los procesos

divisorios, de deslinde y amojonamiento, de expropiación, de servidumbres, posesorios de cualquier naturaleza, de restitución de tenencia, de declaración de pertenencia y de bienes vacantes y mostrencos, respecto de los cuales "... será competente de modo privativo el juez del lugar donde se hallen ubicados los bienes, y si éstas comprenden distintas jurisdicciones territoriales, el de cualquiera de ellos a elección del demandante".

6.- Las precisiones legales que anteceden ilustran suficientemente el punto materia del conflicto y determinan, sin duda alguna, que el despacho judicial competente para conocer del proceso de restitución de tenencia, promovido por Alejandrina Pérez de Rodríguez contra Luis Alfonso Canal Vanegas y Jorge Armando Rodríguez González, es el Juzgado Civil Municipal de Melgar (Tolima), como quiera que si el bien materia de restitución, dado a título de arrendamiento, está ubicado en dicho municipio, a éste corresponde de "... modo privativo..." el conocimiento de tal asunto, sin que pueda acudirse, para eludir la asunción del conocimiento de dicho proceso, al foro del domicilio del demandado, ni mucho menos al contractual, acordado por las partes en la cláusula 17 del contrato de arrendamiento, por cuanto, de conformidad con el numeral 5° del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, tales estipulaciones, para efectos judiciales, "... se tendrán por no escritas.

III- Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, dirime el conflicto surgido entre los precitados despachos judiciales, determinando que el competente para conocer del proceso referido es el Juzgado Civil Municipal de Melgar (Tolima), a donde se enviará de inmediato el expediente, a la par que se le comunicará esta decisión al otro juzgado involucrado en la colisión.

Notifíquese y cúmplase

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

IMPULSO PROCESAL / PROCESO / PRUEBA DE OFICIO

1. Oficiosidad del juzgador en razón de ser el proceso dinámico.

2. Facultad potestativa del juzgador de decretar pruebas de oficio.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.-- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 3626 *Auto No. 034*

Decídese el recurso de reposición (fl. 361), interpuesto por la parte demandada, COMPAÑIA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., contra el auto del 21 de enero de 1994, que ordenó correr traslado para que las partes presentaran sus alegaciones; y la solicitud de suspensión del proceso formulada mediante escrito del 28 de enero del corriente año (fl. 360).

I. Antecedentes:

1. Son fundamentos de la impugnación, (fl. 361):

1.1. El proceso se suspendió por acuerdo de las partes hasta el día 20 de enero del corriente año, sin que ninguna de ellas haya reanudado el trámite, "... lo cual supone un entendimiento común en el sentido de aplazar la oportunidad de los alegatos, hasta tanto se pueda hacer la labor de evaluación general de las pruebas y de toma de referencia para dichos alegatos, labores que resultan particularmente complejas en este caso en el cual el volumen del expediente es muy considerable".

1.2. De otra parte, sostiene el recurrente, "El artículo 695 numeral 5o. del Código de Procedimiento Civil, señala que previamente al traslado para alegar, la Corte habrá de tomar la decisión en torno a la necesidad de que se practiquen

pruebas de oficio, lo cual en este caso es presumible dadas las circunstancias anotadas atrás".

En consecuencia solicita que se practique un examen al respecto, puesto que en estas condiciones considera prematuro que se demanden los alegatos finales de las partes, ya que éstos habrán de referirse a esas pruebas.

2. De acuerdo con las razones de hecho y de derecho precitadas, solicita se revoque el auto impugnado.

2.1. Al recurso se le dio el trámite de ley.

2.2. Mediante escrito del dos de febrero de 1994 (fl. 363), el apoderado de la parte demandante descorrió el traslado, sosteniendo que es improcedente la petición del actor, en razón de que ambas partes solicitaron la suspensión del proceso, en escrito radicado el 28 de enero de los corrientes (fl. 360).

Para resolver.

Se considera:

3. El artículo 172 del C. de P.C., que trata de la reanudación del proceso, en su inciso 2o., reza:

"Vencido el término de la suspensión solicitada por las partes, *se reanudará de oficio el proceso*" (subraya el Despacho).

Además de lo anterior, también hay que tener en cuenta que el inciso 2o. del artículo 2o. ibídem, dispone: "... Artículo 2o. iniciación e impulso de los procesos ... Con excepción de los casos expresamente señalados por la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya".

3.1. El presente caso no constituye una excepción, imperando en consecuencia la oficiosidad del juez, como que el proceso es dinámico.

3.2. Lo anterior permite concluir que el auto recurrido se encuentra conforme a derecho y, por ende, debe mantenerse.

4. *Respecto de la solicitud de que se decreten pruebas de oficio, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 5o. del artículo 695 del C. de P.C., se advierte que es potestativo del juzgador hacerlo toda vez que dicha disposición dice: "podrá" (subraya el Despacho), luego esa no es razón que paralice la actuación.*

4.1. De otra parte, *el despacho puede hacer uso de ese poder*, hasta antes de fallar; no siendo en modo alguno prematuro el traslado a las partes para alegar.

En el punto ya hubo proveimiento, como lo es el del 4 de noviembre de 1993 (fl. 339 al 341), debiendo estarse la parte demandada a lo allí resuelto.

5. Es procedente la solicitud de suspensión del proceso formulada por las partes, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3o. del artículo 170 del C. de P.C., por lo que se accederá en la forma en que impetra.

Decisión:

Por lo tanto, SE RESUELVE:

1. Mantener el auto del 21 de enero de este año (fl. 358), conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2. Decrétase LA SUSPENSION del proceso hasta el 20 de febrero de los corrientes.

Cópiese y notifíquese

Eduardo García Sarmiento

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Efectos de la sentencia / CADUCIDAD EFECTOS PATRIMONIALES

La declaración de filiación produce dos tipos de efectos: los que guardan relación directa con la situación familiar del actor que, por su propia índole, son ajenos a toda consideración económica, y los patrimoniales que sólo se extienden a quienes fueron llamados a comparecer al proceso dentro de un lapso específicamente determinado por el art. 10 de la Ley 75 de 1968. / La inteligencia que debe darse al texto legal citado en su inciso cuarto, es la de que él se refiere al caso preciso en que los funcionarios respectivos o los demandados de ninguna manera han impedido o dificultado la normal notificación del auto admisorio de la demanda. Pero cuando es palmario que no obstante la diligencia del demandante, y a pesar de haberse presentado en tiempo la demanda, la notificación no pudo realizarse oportunamente, ya sea porque los demandados se ocultan, se ausentan del lugar donde se adelanta el proceso o porque la eluden o dificultan de alguna manera, entonces la notificación por fuera de tiempo no alcanza a generar la caducidad de los efectos patrimoniales, desde luego que esa tardanza tiene su génesis en actos u omisiones de los demandados o en desidia o morosidad culpable de los funcionarios que deben realizar la notificación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: Expediente No.4112 *Sentencia No. 012*

Se decide el recurso de *casación* interpuesto por los demandantes contra la sentencia de fecha cuatro (4) de mayo de 1992, proferida por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de filiación seguido por RAFAEL ALFONSO ROMERO, ALINA, DIBIAR, RICARDO, ALFREDO y SANDRA ROMERO CIFUENTES contra MERY, SONIA y LUIS RICARDO ROJAS BRICEÑO, FRANQUELINA BRICEÑO VIUDA DE ROJAS, ODILIA CAÑON, AURA ESTELA CAÑON y ELSA ROJAS MORENO, esta última representada en el proceso por curador ad litem.

I Antecedentes:

1. Mediante escrito presentado el siete (7) de diciembre de 1985, adicionado por otro de fecha diecinueve (19) de diciembre siguiente, ante el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa (Cundinamarca) RAFAEL ALFONSO ROMERO actuando a nombre propio, y los hijos de JOSE ALFREDO ROMERO (q.e.p.d.) DIBIAR, ALINA, RICARDO, ALFREDO y SANDRA ROMERO CIFUENTES esta última por ser menor de edad representada por su madre Aura María Cifuentes Hernández viuda de Romero, actuando en representación de su legítimo padre, presentaron demanda ordinaria de filiación extramatrimonial contra los sucesores de Ricardo Rojas Uribe, FRANQUELINA BRICEÑO VIUDA DE ROJAS, en su condición de cónyuge sobreviviente, y sus hijos legítimos MERY, SONIA y LUIS RICARDO ROJAS BRICEÑO, quienes figuran como hijos del causante en segundas nupcias, y ELSA ROJAS como hija del primer matrimonio, así como también con la citación de ODILIA CAÑON y AURA ESTELA CAÑON DE OVIEDO quienes presentaron demanda de filiación contra los herederos de la misma sucesión, para que en sentencia de mérito se declare que RAFAEL ALFONSO y JOSE ALFREDO ROMERO son hijos extramatrimoniales de Ricardo Rojas Uribe (q.e.p.d.) y que, en consecuencia, se reconozca que tienen derecho a que se les defiera la herencia de su fallecido padre; como efecto de lo anterior piden que obtenida la sentencia declaratoria, se ordene el registro de la misma y se oficie a los notarios correspondientes para que sea inscrita en las respectivas actas; se reconozca como herederos en la sucesión del causante Ricardo Rojas Uribe a RAFAEL ALFONSO ROMERO en su calidad de hijo y DIBIAR, ALINA, RICARDO, ALFREDO y SANDRA ROMERO CIFUENTES en representación de su padre JOSE ALFREDO ROMERO hijo del causante; se ordene a los demandados restituir a los demandantes su cuota parte correspondiente a los frutos civiles y naturales que se hayan percibido como producto de los bienes hereciales desde cuando estos les fueron deferidos por la ley hasta cuando reciban realmente tales bienes; en fin, solicitan condena en costas para los demandados que se opongan.

Como hechos fundamentales de las pretensiones deducidas, exponen los que enseguida pasan a compendiarse: a) Desde 1926 y hasta 1956, Ricardo Rojas Uribe mantuvo relaciones íntimas con Sagrario Romero, con quien convivió en la población cundinamarquesa de Viotá, relaciones que fueron de público conocimiento por ser estables y permanentes. Como fruto de las mismas nacieron JOSE ALFREDO ROMERO, el dieciocho (18) de enero de 1930, y RAFAEL ALFONSO ROMERO el veintiocho (28) de enero de 1951, quienes, pese a no haber sido reconocidos formalmente por su padre, recibieron de él trato de tal, tanto en afecto, protección y cariño, como en el apoyo económico pues siempre suministró lo necesario para su crianza y educación, y fueron presentados por él como hijos a familiares y amigos e incluso a los demandados. b) Hacia 1950 Ricardo Rojas Uribe tuvo trato amoroso con Hermencia Moreno con quien se casó y procreó a ELSA ROJAS MORENO. Mientras vivió, Hermencia Moreno conoció aquellas relaciones extramatrimoniales, nunca obstaculizó la ayuda económica que Rojas Uribe diera tanto a su exconcubina como a sus hijos extramatrimoniales a quienes, por el contrario, dio acogida. c) JOSE ALFREDO ROMERO, fallecido el once (11) de diciembre de 1984, había contraído matrimonio con Aura María Cifuentes Hernández en 1973 con lo cual legitimó a sus hijos extramatrimoniales DIBIAR, ALINA, RICARDO, ALFREDO y SANDRA ROMERO CIFUENTES. d) Ricardo Rojas Uribe, falleció el día diez (10) de diciembre de 1983 y el proceso liquidatorio de la herencia se abrió el treinta (30) de enero de 1984 en el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa donde fueron reconocidos como herederos: FRANQUELINA BRICEÑO VIUDA DE ROJAS en su calidad de cónyuge supérstite y sus hijos legítimos SONIA, MERY y RICARDO ROJAS BRICEÑO, asimismo, alegando la misma calidad se presentó ELSA ROJAS MORENO. Ya abierto el sucesorio, presentaron demanda para obtener la declaración de su filiación extramatrimonial respecto del mismo Ricardo Rojas Uribe, ODILIA CAÑON y AURA ESTELA CAÑON DE OVIEDO a efectos de ser reconocidas y hacer valer sus derechos sucesorales.

2. Notificado el auto admisorio de la demanda en forma personal a FRANQUELINA BRICEÑO DE ROJAS, LUIS RICARDO, SONIA y MERY ROJAS BRICEÑO el quince (15) de abril de 1986, a AURA ESTELA CAÑON DE OVIEDO el once (11) de julio de 1986, a ODILIA CAÑON el veinte (20) de enero de 1987 y por conducto de curador ad litem previo emplazamiento, el seis (6) de octubre de 1986, a ELSA ROJAS MORENO, sólo contestó la demanda el mencionado auxiliar el dieciséis (16) de enero de 1988, proponiendo como excepciones la de "prescripción y caducidad de la

acción patrimonial que conlleva la declaratoria de paternidad natural", y por escrito separado la de falta de personería de JOSE ALFREDO ROMERO por cuanto, según su criterio, con anterioridad a la Ley 45 de 1936 los hijos "naturales" estaban excluidos de toda vocación hereditaria con efectos patrimoniales, insistiendo asimismo en la caducidad de los efectos patrimoniales de la sentencia que eventualmente llegare a declarar el estado civil reclamado.

3. Surtida la primera instancia con producción de pruebas a solicitud de la parte actora, el juez de primer grado profirió sentencia el veintiuno (21) de marzo de 1991 por lo cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas del proceso a la parte demandante.

Inconformes con lo así resuelto, los actores formularon recurso de apelación que luego de ser rituado por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, vino a ser resuelto por sentencia de fecha cuatro (4) de mayo de 1992 por cuya virtud se revocó la de primera instancia y, en su lugar, declaró que RAFAEL ALFONSO ROMERO y JOSE ALFREDO ROMERO son hijos extramatrimoniales de Sagrario Romero y Ricardo Rojas Uribe, pero al propio tiempo tuvo por demostrada la excepción de caducidad de los efectos patrimoniales de tal determinación, con relación a la sucesión de Ricardo Rojas Uribe. En fin, dispuso la correspondiente corrección de las actas del registro civil de los hermanos Romero y condenó a la parte demandada a cubrir el 50% de las costas causadas en el proceso.

II. Fundamentos de la sentencia impugnada:

Después de efectuar un amplio recuento de la actuación procesal, el tribunal comienza por dejar establecido que, para el presente caso, se encuentran reunidos los presupuestos procesales y no se observa causal de nulidad alguna que le reste validez a lo actuado, por lo cual hay lugar a decidir sobre el mérito del litigio, tarea que desarrolla en dos capítulos, el primero dedicado al estudio de la acción de reclamación de estado incoada, que encuentra fundada, y el segundo dirigido a explicar los motivos que llevan a acoger la excepción de "caducidad" de los efectos patrimoniales del fallo declarativo de la filiación, excepción que por cierto habría reservado para la sentencia definitiva el Tribunal Superior de Bogotá en auto de fecha seis (6) de mayo de 1989 (cfr. fls. 9 a 12 del cuaderno 3 del expediente) y constituye el punto decisorio respecto del cual ubica su impugnación, en sede de casación, la parte actora como adelante se verá.

Debiendo centrarse la atención, entonces, en este aspecto específico de la litis, frente a la excepción mencionada que invoca la caducidad de los efectos patrimoniales atribuibles a la filiación extramatrimonial reconocida, señala el sentenciador que revisada la actuación surtida es de anotar "que habiendo sido presentado el libelo demandatorio, apenas tres (3) días antes de vencerse el bienio de gracia que otorga la ley, para que la notificación del auto admisorio de la demanda enervara la caducidad de los efectos patrimoniales de la sentencia que declare la paternidad y como si esto fuera poco, no se hubiese ajustado a los lineamientos de orden procedimental y por esta causa, inadmitida para la corrección de las deficiencias acusadas, es claro que, mal podía la parte demandante desplegar algún tipo de diligencia para que la notificación se surtiera dentro del término señalado por la ley, si la misma presentación de la demanda ocurrió ya con el ocaso del bienio de que trata el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en su último inciso", lo que lleva a concluir que por el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción oportunamente, "en forma inexorable se operó el fenómeno extintivo de la caducidad" de los efectos patrimoniales de la declaración de filiación que se hace en la sentencia, es decir que estas circunstancias "... privan a los demandantes del derecho a reclamar vocación hereditaria dentro del sucesorio de Ricardo Rojas Uribe...".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte:

Mediante un único cargo, denuncia el recurrente violación indirecta, por aplicación indebida, del último inciso del artículo 10° de la Ley 75 de 1968, así como de los artículos 1o, 2o, y 4o de la Ley 29 de 1982, modificatorios de los artículos 250, 1040 y 1045 del Código Civil, y 1321 y 1322 ibídem por falta de aplicación, ello como consecuencia de haber incurrido el tribunal en errores de hecho por omisión, pues el ad quem hizo de lado "todo análisis de la gestión hecha por la parte demandante, para lograr la notificación de la demanda, así como el hecho indiscutible, de que, todos los demandados que fueron notificados personalmente (...) no contestaron la demanda".

Y en orden a sustentar su tesis, comienza el censor anotando que la mayoría de los procesos tienen inconvenientes que los funcionarios encargados de la administración de justicia no conocen ni tienen en cuenta al aplicar exegéticamente el texto de la ley, como en el presente asunto donde a los actores les dijeron que les iban a reconocer su cuota y los mantuvieron esperando quizá hasta el vencimiento del término legal.

Apunta de otro lado el recurrente que instaurada la demanda antes del vencimiento, se interrumpieron los términos de prescripción y caducidad de los efectos patrimoniales de la sentencia y de ahí que la actora "fue diligente y estuvo presta a ocurrir (sic) por todos los medios a su alcance, a la pronta notificación de la parte demandada" aunque frente a ELSA ROJAS MORENO y ODILIA CAÑON se presentaron dificultades que demoraron el cumplimiento de dicha gestión, transcribiendo a continuación apartes de algunas decisiones de esta corporación que, estima, tienen relación con el tema debatido, puesto que según dice "no procede declarar caducados los aludidos efectos patrimoniales -de una declaración de filiación- cuando, a pesar de la normal diligencia observada por la parte actora, la notificación en debida forma del auto admisorio de la demanda, por ocultamiento intencional de los demandados, (caso de Elsa Rojas Moreno y Odilia Cañón), o por escollos puestos por estos mismos o por los funcionarios competentes, no podía llevarse a cabo dentro del término prefijado por la ley"; además y como argumento corroborante, sostiene que en este caso no se violó el derecho de defensa de los demandados cuya notificación surtió los efectos legales por cuanto, conscientes de que les habían prometido a los actores un reconocimiento de sus cuotas, aquellos no se opusieron a la demanda.

Incluye además entre sus consideraciones las reformas introducidas al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, referente como se sabe a la interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda, por haberse incluido en dicho texto la caducidad y haberse ampliado el término para efectuar las notificaciones, concluyéndose de ello, en opinión del recurrente, que tal norma se aplicará a la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de filiación en sentencia judicial, acogiéndose las soluciones de jurisprudencia sobre el particular.

Por último, indica el cargo que la acción de filiación es distinta a la de petición de herencia, y esta última sólo podía ser controvertida por los hijos del causante y la cónyuge sobreviviente, quienes se abstuvieron de oponerse "a pesar de que en un término relativamente corto, desde la presentación de la demanda, se les notificó de ella", advirtiendo para abundar en razones que existe clara "incongruencia" entre el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y los preceptos que definen el régimen de la acción de petición de herencia -artículos 665, 1321, 1322 y 1040 del Código Civil-, luego por fuerza de esta circunstancia y en atención a lo dispuesto "... en el numeral segundo de la Ley 57 de 1887 ...." debe primar la calidad de heredero en cualquier época para ejercitar con éxito dicha acción.

Se considera:

1. Bien sabido es que *la pretensión ordenada a obtener la declaración de filiación tiene por objeto el reconocimiento de una calidad o estado civil para garantizar la completa efectividad de los derechos de los hijos no matrimoniales, sin subordinación a la voluntad del padre o de quienes lo sucedan después de su muerte. Su declaración produce dos tipos de efectos, los que guardan relación directa con la situación familiar del actor que, por su propia índole, son ajenos a toda consideración económica, y los patrimoniales que sólo se extienden a quienes fueron llamados o comparecer al proceso dentro de un lapso específicamente determinado por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no con ánimo de negar dichos efectos en obedecimiento a un reprochable designio discriminatorio, sino buscando establecer un término equitativo para proponer la acción respectiva y así "cerrarle el camino a la industria de los hijos artificiales favorecida por demandas sorpresivas y calculadamente tardías con el inequívoco designio de dificultar la defensa de los demandados; (...) el interés específico de la disposición tantas veces mencionada no es tanto que, bajo amenaza de sanción consistente en caducidad automática, sea ejercitado el derecho dentro del plazo de dos años contados desde la fecha en que se produjo la muerte del presunto progenitor, sino más bien que los sucesores de este último y, si fuere el caso, también el cónyuge que le sobrevive, conozcan efectivamente dentro de ese término la existencia de la pretensión y quede en condiciones de oponerle una adecuada defensa". (Sentencia Casación Civil de 19 de julio de 1990, sin publicar).*

En esa ocasión la Corte reiteró lo que desde 1975 había advertido en torno a la imposibilidad física de efectuar, dentro del término, la notificación de los demandados del auto admisorio de una demanda de filiación "a pesar de la normal diligencia observada por la parte actora" y las circunstancias en que frente a esta eventualidad deja de tener operancia la caducidad referida: "... Partiendo de que nadie está obligado a lo imposible (...), la Corte meditando nuevamente sobre la inteligencia que debe darse al precepto comentado -vale decir, al artículo 10 inciso 4o., de la Ley 75 de 1968- llega a la conclusión de que, si ejercitado oportunamente el derecho de acción con la presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio de esta, sin culpa posterior del demandante, se hace vencido el bienio a que la ley se refiere en la norma mencionada, entonces la sola presentación de libelo en tiempo tendría el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad. Proceder de otro modo sería cohonestar el fraude premiando al demandado que se oculta o que intencionalmente estorba

que se le notifique en tiempo el auto admisorio, posturas estas que atentan contra la lealtad procesal, o sería hacer responsable de la negligencia de los funcionarios judiciales al propio demandante que ha realizado una normal actividad para que la notificación se lleve a cabo en oportunidad..." y más adelante agrega: "... La inteligencia, pues, que debe darse al texto legal citado es la de que él se refiere al caso preciso en que los funcionarios respectivos o los demandados de ninguna manera han impedido o dificultado la normal notificación del auto admisorio de la demanda. Pero cuando es palmario que no obstante la diligencia del demandante, y a pesar de haberse presentado en tiempo la demanda, la notificación no pudo realizarse oportunamente, ya sea porque los demandados se ocultan, se ausentan del lugar donde se adelanta el proceso o porque la eluden o dificultan de alguna manera, entonces la notificación por fuera de tiempo no alcanza a generar la caducidad de los efectos patrimoniales, desde luego que esa tardanza tiene su génesis en actos u omisiones de los demandados o en desidia o morosidad culpable de los funcionarios que deben realizar la notificación..." (G.J. Tomo CLII, pág. 329).

2. De lo anterior se deducen con claridad, no sólo la posibilidad de evitar que tenga eficacia extintiva el término de caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de filiación, sino las circunstancias en que tal situación puede darse, pues lo cierto es que no se trata de un fenómeno automático, como lo pretende el recurrente, que además de no estar contemplado por la ley, no tendría justificación alguna dado el plazo razonablemente amplio para que acaecida la muerte del presunto padre, quien se considere hijo instaure la correspondiente acción de reclamación de estado.

En efecto, la jurisprudencia ha admitido que *no obstante transcurrir los dos años puede no operar la caducidad, pero sólo en aquellos eventos en que resulte demostrado fehacientemente que los demandados se han ocultado o han entorpecido la notificación, no cuando por descuido o por cualquiera otra razón ajena al desarrollo procesal, la tardanza en presentar la correspondiente demanda no permita adelantar a tiempo ninguna clase de gestiones tendientes a notificar a alguno de los demandados*, puesto que con ello se pretende evitar, valga reiterarlo, injusticias originadas en la falta de lealtad procesal de estos últimos, no así premiar casos de inactividad de la parte actora que en la especie de estos autos encuentran elocuente ejemplo, toda vez que tan sólo tres (3) días antes de vencerse el plazo establecido por la ley se presentó la demanda que, dicho sea de paso, ni siquiera resultó idónea para ser admitida de inmediato, ello porque precisamente no incluyó las direcciones donde podían ser notificados los demandados, circunstancia esta que no

permite calificar ese comportamiento como demostrativo de "normal diligencia" para lograr que, a tiempo, esa etapa necesaria del proceso se agotara, ni mucho menos afirmar que la actora "estuvo presta a ocurrir (sic) por todos los medios a su alcance a la pronta notificación de la parte demandada".

De otro lado y como lo hace ver en su demanda el recurrente, sólo se presentaron "inconvenientes" frente a la notificación de dos de los demandados (Elsa Rojas y Odilia Cañón), lo que muy lejos está de constituir prueba acabada de falta imputable al servicio de administración de justicia de ocultamiento malicioso de esas personas, de donde se sigue, entonces, que sobre estas frágiles aseveraciones, unidas a la realidad que ponen en evidencia los autos, es imposible tener por establecida la burda inadvertencia que se le atribuye al fallo de instancia en este punto.

En síntesis, basta la cuidadosa lectura del expediente en su cuaderno principal (folios 21 a 93) para comprender que la decisión adoptada por el juzgador ad quem en el sentido de acoger la excepción de caducidad a que se viene haciendo referencia, no es en modo alguno producto del error de hecho que el cargo describe, toda vez que los elementos objetivos de contraste que la actuación suministra no ponen de manifiesto, como verdad indiscutible, que la falta de notificación a todos los demandados del auto admisorio de la demanda dentro del bienio señalado por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, obedeció a su ocultamiento intencional o a indebidos escollos puestos por ellos o por las autoridades judiciales competentes.

Se rechaza por lo tanto el cargo formulado.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cuatro (4) de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca para ponerle fin al proceso ordinario de la referencia.

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

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

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

VALORACION PROBATORIA / COPIAS / DOCUMENTO EXTRANJERO / EXEQUATUR / SENTENCIA EXTRANJERA

A pesar que el num. 2 del art. 254 del C. de P.C., reconoce eficacia probatoria a las copias auténticas que han sido cotejadas con copias de igual naturaleza del original, lo cierto resulta ser que tal precepto alude a documentos otorgados en nuestro país por funcionario colombiano o con su intervención puesto que en lo atinente a documentos otorgados en el extranjero debe acudirse a lo dispuesto en el art. 259 ib. Y en el punto específico del exequatur el art. 695, en forma clara e indubitable, exige que se allegue no cualquier copia de la sentencia extranjera, sino una que sea tomada directamente del original, requerimiento que acompasa con lo dispuesto en el mencionado art. 259 que reclama la certificación que debe efectuar el cónsul colombiano y que hace presumir que los documentos se otorgaron conforme a la ley de ese país.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Referencia: Expediente No. 4819 *Auto No. 038*

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de exequatur presentada por GUSTAVO ADOLFO SALAZAR BERNAL, para lo cual se

Considera:

Según lo dispone el numeral 2 del artículo 695 del Código de Procedimiento Civil, se debe rechazar la demanda de exequatur cuando no reúne las exigencias previstas en los numerales 1 a 4 del artículo 694 ejusdem. A su vez,

preceptúa el numeral 3 del mencionado artículo 694 que a la demanda debe adjuntarse "copia debidamente autenticada y legalizada" de la sentencia, pedimento que armoniza con el contenido en el segundo inciso del artículo 695 ibidem, en cuanto exige que "... cuando la sentencia o laudo no esté en castellano se presentará con la copia del original su traducción en legal forma..."

En consecuencia, a pesar que el numeral 2 del artículo 254 ejusdem reconoce eficacia probatoria a las copias auténticas que han sido cotejadas con copias de igual naturaleza del original, lo cierto resulta ser que tal precepto alude a documentos otorgados en nuestro país por funcionario colombiano o con su intervención puesto que en lo atinente a documentos otorgados en el extranjero debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 259 id. Y en el punto específico del exequatur el artículo 695, en forma clara e indubitable, exige que se allegue no cualquier copia de la sentencia extranjera, sino una que sea tomada directamente del original, requerimiento que acompasa con lo dispuesto en el mencionado artículo 259 ibidem, que reclama la certificación que debe efectuar el cónsul colombiano y que hace presumir que los documentos se otorgaron conforme a la ley de ese país.

En el asunto *sub-iudice*, la parte actora allega una fotocopia que, si bien es cierto, se encuentra debidamente cotejada con copia auténtica del original de la sentencia, no reúne, por lo dicho, el requisito legal que se estudia, máxime si se considera que el Cónsul de Colombia en Miami no certifica la firma del Oficial de las Cortes del Circuito y del Condado de Dade, quien autentica la copia directamente tomada del original, sino únicamente acredita la rúbrica del Notario que cotejó la veracidad de la fotocopia que se allegó con la demanda.

De otro lado, tampoco se anexó la constancia de ejecutoria a la que aluden los numerales 3 y 6 del artículo 694 del C. de P.C., por medio de la cual debe acreditarse que a la sentencia que se pretende hacer valer como título eficaz en nuestro país, el ordenamiento extranjero le reconoce fuerza vinculante.

Como consecuencia de las deficiencias anotadas, deberá rechazarse la demanda de exequatur que se estudia.

Decisión:

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, RECHAZA la demanda de exequatur presentada por GUSTA-

VO ADOLFO SALAZAR BERNAL y ordena la devolución de los anexos a la peticionaria, sin necesidad de desglose.

Se reconoce personería a la Dra. ANGELA DE VERTEUIL DE ORTEGA, para actuar en representación del demandante en los términos y para los efectos señalados en el memorial poder que se anexa.

Notifíquese.

Héctor Marín Naranjo
Magistrado

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Prueba / PRESUNCION LEGAL / PRESUNCION DE PATERNIDAD

La ley 75 de 1968 en tanto fue en esencia concebida como un estatuto destinado a modernizar las normas que desde la expedición de la Ley 45 de 1936 regulaban la reclamación judicial de la filiación paterna extramatrimonial, introdujo cambios de significativa importancia en el sistema probatorio que esta última implantaba en la materia, consistiendo uno de tales cambios en hacer descansar dicho sistema sobre genuinas presunciones legales de paternidad, una por cada "causal" de las seis que en la actualidad señala aquella ley en su art. 6o. En otras palabras, a raíz de la mencionada reforma pasó a cumplir en este campo una función de primera línea la noción técnica de la "presunción legal". / Presunción legal: doctrina y principios.

RELACIONES SEXUALES / CONFESION JUDICIAL / CONFESION EXTRAJUDICIAL / CONFESION PROVOCADA / CONFESION FICTA / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Las relaciones sexuales determinantes de una paternidad natural son susceptibles de prueba por confesión, evento en el cual ésta puede ser tanto judicial como extrajudicial. / La confesión es provocada cuando surge del interrogatorio que formule la otra parte o el juez, observando siempre los requisitos legales; este tipo de confesión se torna en ficta o presunta cuando el interrogado se niega a responder las preguntas que se le hacen, da respuestas evasivas, o simplemente no asiste a la audiencia respectiva, eventos estos en los cuales, de no mediar preguntas asertivas admisibles contenidas en un cuestionario escrito, se presumen ciertos los hechos susceptibles de dicha prueba y alegados por la otra parte en la demanda o la contestación según el caso. Vicios que pueden plantearse como errores de derecho y errores de hecho en tratándose de ésta prueba. / El error de derecho 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, 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 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.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: Expediente No. 4109 *Sentencia No. 14*

Se decide el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del treinta (30) de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso de filiación seguido por el menor JUAN SEBASTIAN FONSECA SANCHEZ contra WILLIAM AGUILAR MOLINA.

I. Antecedentes:

1. Mediante escrito presentado el 19 de julio de 1990 que le correspondió al Juzgado Cuarto de Familia de Medellín, el Defensor Quinto de Familia de esa ciudad, actuando en nombre del menor JUAN SEBASTIAN FONSECA SANCHEZ presentó contra WILLIAM AGUILAR MOLINA demanda de filiación para que, con la citación y audiencia de este último, se declare que el demandado es el padre natural del menor demandante, se obligue al actor a suministrarle alimentos, se corrija el registro civil, y se establezca que la patria potestad continúe en cabeza de Ana Ruth Fonseca Sánchez madre del solicitante.

Como soporte a las anteriores pretensiones la demanda da cuenta de los siguientes hechos: a) Ana Ruth Fonseca Sánchez y Luis Alberto Contreras Martínez contrajeron matrimonio el 19 de octubre de 1968. No obstante tal vínculo, a principios de 1988 Ana Ruth inició relaciones con WILLIAM

AGUILAR MOLINA. fruto de las cuales se produjo la concepción de JUAN SEBASTIAN, hecho que al ser conocido por el demandado motivó que este diera por terminada la relación. b) El 23 de noviembre de 1988 nació JUAN SEBASTIAN cuya paternidad fue negada por AGUILAR MOLINA en declaración rendida ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí, y también impugnada por Luis Alberto Contreras Martínez ante el Juzgado Cuarto de Familia de Medellín, el cual por sentencia del 15 de febrero de 1990 declaró que Contreras no era el padre legítimo del menor JUAN SEBASTIAN FONSECA SANCHEZ.

2. Creado el lazo de instancia de acuerdo con la ley, el demandado no contestó oportunamente la demanda, ni presentó alegato de conclusión. Así, la primera instancia se tramitó con producción de algunas pruebas solicitadas por la parte actora y culminó con sentencia de fecha 18 de febrero de 1992 por la cual el juzgado de conocimiento declaró que WILLIAM AGUILAR MOLINA es el padre de JUAN SEBASTIAN FONSECA SANCHEZ, que la patria potestad y el cuidado personal del menor los continuaría ejerciendo la madre de este pero que el demandado debe cumplir con las obligaciones alimentarias para con su hijo de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y el del Menor; en consecuencia, ordenó comunicar tal determinación al Notario Séptimo de ese Círculo para los efectos del artículo 44 del Decreto 1260 de 1970 y la inscripción de la sentencia en el libro de varios; y, en fin, condenó en costas a la parte demandada.

Inconforme con lo así resuelto, el demandado interpuso recurso de apelación que fue tramitado por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y resuelto mediante sentencia del treinta (30) de julio de 1992, providencia esta mediante la cual confirmó el fallo de primera instancia, absteniéndose de condenar en costas.

II. Fundamentos del fallo impugnado:

Luego de hacer un recuento de la actuación procesal y advertir que se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y que no se observa motivo de nulidad, estima el sentenciador que con miras a establecer si existieron las afirmadas relaciones sexuales entre la madre del actor y el presunto padre, ello como presupuesto necesario para determinar si tiene o no razón el apelante, lo procedente es analizar el acopio probatorio obrante en el expediente y la conducta procesal observada por el demandado.

Y en este orden de ideas, advierte como primera medida que el allanamiento acontecido en el proceso de impugnación de la paternidad legítima, cuestionado por el demandado pues según dice, determinó el inicio de una operación malintencionada en su contra por parte de los cónyuges Luis Alberto Contreras y Ana Ruth Fonseca, es una conducta delictiva para cuya prueba no basta la simple afirmación del recurrente, y por lo demás los fallos ejecutoriados están amparados por una presunción de legalidad que, de pretender desvirtuarla, el interesado ha de acudir a los medios extraordinarios que con tal fin consagra la ley.

Pasa así al estudio de las pruebas que tuvo en cuenta el juzgador de primer grado, subrayando de entrada que, salvo la interposición del recurso de apelación, el comportamiento procesal del demandado se caracterizó por la inercia y el desinterés que por este debate judicial demostró durante todo su desarrollo, existiendo por lo tanto varios indicios en su contra que el ad quem identifica, haciendo ver que replicó la demanda tardíamente lo cual llevó al juzgador a rechazar dicho escrito, tampoco acudió el demandado a contestar el interrogatorio de parte que en sobre escrito acompañó con la demanda la parte actora, no obstante que fue notificado en legal forma "lo cual se desprende del proveído que dispuso la evacuación de dicha prueba, de la constancia de su notificación en estado (...) y del acta de la audiencia pública a la cual debió asistir con tal fin, en la que se expresó que sólo acudieron unos testigos.

Tampoco justificó el extremo pasivo su inasistencia a dicha audiencia dentro del término estipulado en el artículo 209 de la misma obra -refiriéndose al C.P.C.-", todo lo cual conduce a que deban tenerse como ciertos los hechos contenidos en las preguntas asertivas del referido interrogatorio escrito, es decir que "esa confesión ficta o presunta que para el evento litigado reúne los requisitos exigidos por los artículos 178, 183, 194, 195, 201, 205 y 210 ejusdem, constituye prueba contundente acerca de la existencia de cópula sexual entre la mencionada Ana Ruth y el demandado para la época en la cual se presume de derecho aconteció la concepción de JUAN SEBASTIAN" y añade que "si bien es cierto que en la diligencia extraproceso practicada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí el demandado negó ser el padre de JUAN SEBASTIAN, es indudable que en el transcurso de esta contienda, como acaba de verse, confesó serlo, prueba ésta que debe acogerse por contener afirmaciones que le son perjudiciales al confesante y favorables a la parte contraria, requisito que es de la esencia de la confesión".

Pero "no es sólo la aludida confesión la prueba en la cual se finca la declaratoria de paternidad". Otros elementos de juicio lo corroboraron plenamente a juicio de la corporación sentenciadora, y no existe en los autos medio de convicción que la desvirtúe. Son esos elementos confirmatorios, no sólo la conducta procesal del demandado sino el indicio proveniente del resultado "compatible", no objetado, de la prueba científica practicada y la prueba de origen testimonial resultante de las declaraciones rendidas por Blanca Marleny Soto y Jorge Alejandro Jaramillo Pulgarín, declaraciones de las que se infiere el trato personal que para la época de la concepción existió entre el demandado y la señora Fonseca Sánchez, sin que, según dice, puedan tacharse de sospechosas de manera tardía, endilgándose la tacha de parcialidad por sentimientos de amistad de los testigos con la madre del menor demandante, por lo que concluye, en síntesis, que el demandado mintió en su declaración previa al proceso "cuando negó conocer y haber sostenido trato personal con la progenitora de JUAN SEBASTIAN", circunstancia que a juicio del tribunal refuerza los indicios señalados en su contra.

La decisión ha de ser, pues, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto ya que la evidencia recaudada "... genera en el sentenciador convicción íntima acerca de la existencia de relaciones sexuales entre la señora Ana Ruth Fonseca Sánchez y el señor William Aguilar Molina para la época en que aconteció la concepción del menor Juan Sebastián, situación que conduce a presumir y declarar la paternidad en cabeza del accionado (sic), presunción de hombre (sic) que no se encuentra desvirtuada, como acertadamente lo decidió el sentenciador de primera instancia...", luego hay lugar a confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida.

III. Demanda de casación y consideraciones de la Corte

En un cargo único, acusa el censor la sentencia del tribunal de ser violatoria de los numerales 3o., 4o y 5o del artículo 6o de la Ley 75 de 1968, el cual modificó el artículo 4o de la Ley 45 de 1936, violación que se produjo como consecuencia de un error de derecho consistente en la apreciación equivocada de la confesión ficta o presunta deducida de la no asistencia del recurrente a absolver el interrogatorio de parte que habría de formulársele por la Defensoría de Familia de Medellín en su condición de representante de los intereses del menor Juan Sebastián Fonseca, enunciado que después, al desarrollarlo, parece contradecir en cuanto a la modalidad de infracción que pretende denunciar, en cuanto sostiene líneas adelante que el tribunal violó "directamente" los

numerales 3o, 4o y 5o del artículo 6o de la Ley 75 de 1968 en razón a que la norma sí es aplicable al caso pero por un error de derecho en el análisis de la prueba, le dio un alcance que no le corresponde, toda vez que "no existe ninguna prueba en el informativo de que el trato personal y social entre la madre y el presunto padre, pueda apreciarse como un antecedente que permita inferir la paternidad deducida por el fallador".

Y en orden a explicar su tesis, afirma el censor que los dichos de los testigos no soportan la pretendida intimidad entre la señora Fonseca y el recurrente por cuanto relacionan únicamente un trato social de conocidos o amigos y, por el contrario, considera que ninguna prueba válida demuestra un trato personal y social a la madre durante el embarazo pues las piezas probatorias sólo indican que en tal período no sólo no la trató sino que ni siquiera la visitó. A su juicio, el ad quem, ante tal deficiencia probatoria, se apoyó en una "pretendida e inexistente" confesión ficta del recurrente para endilgarle la paternidad deprecada, olvidándosele la exigencia normativa de que debe existir una carta o escrito que contenga confesión inequívoca de paternidad. Agrega el recurrente que extraprocesalmente el demandado rindió declaración ante un juez en la cual negó ser el padre del menor y estima que "ese interrogatorio no puede ser modificado por otro presunto o ficto, en donde AGUILAR MOLINA no tuvo oportunidad alguna de manifestar su situación procedimental", más aún frente a dos hechos que en su sentir producen duda sobre la paternidad que se investiga; se trata de la aceptación de común acuerdo entre marido y mujer de la pretensión que el cónyuge de Ana Ruth Fonseca Sánchez hizo valer para desvirtuar la presunción de paternidad legítima del menor, hijo de esta última, conducta que estima sospechosa, además de que se deduce, de una de las declaraciones testimoniales, que la referida señora tiene otro hijo de corta edad que, según sostiene, en razón a la supuesta separación de hecho de su esposo tampoco es hijo del matrimonio, por lo cual estima igualmente sospechoso que esa presunción de la paternidad legítima respecto de este último no hubiera sido del mismo modo impugnada por el marido.

Para terminar, anota el censor que la prueba genética "no es de total recibo en nuestra jurisprudencia, ya que se ha demostrado que cabalmente puede haber compatibilidad con muchas personas las cuales obviamente no son padres, ni pueden serlo, de la criatura".

Se considera:

1. Sabido es que la Ley 75 de 1968, en tanto fue en esencia concebida como un estatuto destinado a modernizar las normas que desde la expedición de la

Ley 45 de 1936 regulaban la reclamación judicial de la filiación paterna extramatrimonial, introdujo cambios de significativa importancia en el sistema probatorio que esta última implantaba en la materia, consistiendo uno de tales cambios en hacer descansar dicho sistema sobre genuinas presunciones legales de paternidad, una por cada "causal" de las seis que en la actualidad señala aquella ley en su artículo 6o. En otras palabras, a raíz de la mencionada reforma pasó a cumplir en este campo una función de primera línea la noción técnica de la "presunción legal", de suerte que basta en verdad un rápido repaso de la misma y de los principios fundamentales que la informan para concluir que, al haberlos pasado por alto, resultan por completo equivocados los argumentos que constituyen la espina dorsal del cargo en estudio.

a) Siguiendo de cerca a Domat y Pothier, cuyas enseñanzas respecto del tema aparecen por cierto reflejadas con singular claridad en el artículo 66 del Código Civil, es usual decir de las presunciones que son juicios lógicos del legislador o de los jueces por virtud de los cuales, de la existencia de un hecho de antemano reconocido como cierto según los medios autorizados, se deduce en general -si de presunciones legales se trata- o para el caso específico de un determinado pleito -en el evento de las llamadas presunciones simples o de hombre- la existencia de otro hecho distinto que es preciso demostrar. Toda presunción supone, pues, un antecedente conocido, un razonamiento intelectual y un hecho que por fuerza de este último se "deduce", razonamiento que como acaba de señalarse, puede aparecer realizado previamente en mandatos positivos expresos que "... son de derecho estricto..." (G.J. Tomo LXVIII, pág. 753) en cuanto la presunción no puede desplegar sus efectos sino en la medida en que "precisamente" se den las circunstancias que esos mismos mandatos tomaron como base para establecerla, o bien ofrecerse aquél como fruto del trabajo del juez que, frente a las particulares exigencias de juzgamiento de cada litigio, lleva a cabo inferencias indiciarias a favor o en contra de la verosimilitud de los hechos que son allí materia de prueba.

b) En este orden de ideas, las presunciones son de dos clases, legales y simples o judiciales, al paso que las primeras pueden presentar a su vez dos modalidades diferentes según que admitan o no prueba en contrario, factor éste de conformidad con el cual se las divide en presunciones legales en sentido estricto o "iuris tantum" y presunciones de derecho y por derecho (iuris et de iure), con lo que viene a quedar puntualizado que estas últimas más se entrelazan con las ficciones y por lo tanto no guardan relación inmediata

con las reglas que gobiernan el peso de la prueba en el proceso civil, mientras que aquellas es exactamente en este ámbito donde tienen su campo de acción, toda vez que gracias a ellas la parte a quien benefician se libera de la carga que entraña la demostración del hecho presumido, siempre en el entendido que su finalidad no es otra distinta a imprimirle seguridad a situaciones que con justicia y fundamento pueden suponerse existentes, pero sin que de manera tajante quede excluida la posibilidad de probar con variable amplitud contra ese hecho a cuya certeza se llega mediante la presunción.

c) Así, tratándose de las presunciones legales propiamente dichas, relativas o "iuris tantum", que sin duda encuentran expresivo ejemplo en las consagradas por el artículo 6o de la Ley 75 de 1968, y en procura de evitar lamentables confusiones respecto del modo como funciona el mecanismo probatorio que en ellas va envuelto, forzoso es distinguir con rigurosa precisión entre los hechos "base" en que la presunción se asienta y aquellos que se "deducen" al aplicarla por obra de un raciocinio del cual es autor el legislador directamente y cuya exactitud no tiene que demostrar quien en su favor la invoca. Los primeros, es decir los antecedentes o circunstancias en que se apoya una presunción legal corriente, ha de probarlos "debidamente" la parte interesada (Arts. 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil) pues de lo contrario la proposición enunciada en la ley y que determina el contenido de dicha presunción, quedará eliminada, mientras que de lograrse esta prueba se habrá acreditado así mismo la vitalidad que la ameritada proposición tiene en el marco de un supuesto litigioso concreto, vitalidad que no es de suyo invencible en tanto que, no obstante ser ciertas aquellas circunstancias antecedentes, resulta admisible establecer la "falsedad" de la presunción rindiendo prueba contraria capaz de infirmarla de acuerdo con la ley, esto por cuanto la fuerza de la operación lógica de carácter normativo que a la presunción le es inherente, no es indefectiblemente idéntica en todos los casos; "... La presunción legal -explicaba acerca de este particular el Dr. José Vicente Concha- admite en los casos ordinarios prueba en contrario; es entonces una simple interpretación o una explicación de los hechos que desaparece cuando se llega a demostrar que los hechos mismos no existen. Por lo común, cuando la presunción es sólo de primer grado, el único objeto que la ley se propone es hacer considerar ciertos hechos como la señal aparente del derecho, por ejemplo, la posesión como signo de propiedad; pero sin prohibir la prueba en contrario. A veces, no obstante, sin que se considere la presunción como verdad absoluta, es de tal naturaleza que no es posible admitir contra ella cualquier clase de prueba. En materia de legitimi-

dad, por ejemplo, la prueba contraria a la regla de que el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido, no se admite sino en caso de imposibilidad física comprobada...'' (Elementos de Pruebas Judiciales, Cap. XXII).

d) De esta manera y por lo que toca con la presunción de paternidad instituida en el numeral 4o del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, presunción fundamentada como se sabe en las relaciones sexuales extramatrimoniales sostenidas entre la madre y el presunto padre en la época en que pudo ocurrir la concepción según los términos del artículo 92 del Código Civil, los principios recién rememorados no sufren excepción. Una cosa es el hecho presumido que en la hipótesis viene dado por la filiación paterna objeto de investigación, y otra bien diferente por cierto las condiciones fácticas necesarias para poder apoyar la aludida presunción, es decir la existencia de ese trato carnal concluyente y además ubicado temporalmente que constituye la razón de ser del razonamiento normativo en que dicha presunción consiste y a cuya demostración es factible arribar mediante cualquier forma de confesión judicial atribuible al señalado padre, ello en el entendido que una confesión de este linaje, a diferencia de la ''extrajudicial'' que contempla en su numeral 3o el mismo artículo 6o de la Ley 75, no versa en realidad sobre el vínculo paterno-filial que el progenitor confesante acepta inequívocamente en escrito del que es autor, sino sobre hechos de otra naturaleza que al legislador, ateniéndose al orden normal de los acontecimientos humanos, le bastan para inferir dicho vínculo e imponerlo de modo preceptivo con las consecuencias en el terreno de la carga de la prueba que líneas atrás se dejaron apuntadas. Y es precisamente en consonancia con este criterio que la Corte ha sostenido, contra el parecer del recurrente en la especie de esta litis, que como es apenas obvio suponerlo, ''las relaciones sexuales determinantes de una paternidad natural son susceptibles de prueba por confesión...'', evento en el cual, agrega, ''la confesión puede ser tanto judicial como extrajudicial...'' (Casación Civil de 29 de abril de 1977, sin publicar). Luego debe concluirse entonces que la confesión ficta registrada por el tribunal ad quem en la sentencia cuya casación se persigue, cumple la exigencia del numeral 3o del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil desde la perspectiva de su admisibilidad.

2. De otro lado es indispensable recordar, frente a la tesis impugnativa planteada, que según lo establece el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, la confesión es provocada cuando surge del interrogatorio que formule la

otra parte o el juez, observando siempre los requisitos legales; este tipo de confesión se torna en ficta o presunta cuando el interrogado se niega a responder las preguntas que se le hacen, da respuestas evasivas, o simplemente no asiste a la audiencia respectiva, eventos estos en los cuales, de no mediar preguntas asertivas admisibles contenidas en un cuestionario escrito, se presumen ciertos los hechos susceptibles de dicha prueba y alegados por la otra parte en la demanda o la contestación según el caso. Sobre los efectos de la no comparecencia al interrogatorio la Corte señaló en sentencia de casación del 24 de junio de 1992 que "cuando la confesión no es espontánea sino que el juzgador, en acatamiento del precepto recién citado -artículo 210 del Código de Procedimiento Civil-, la declara ocurrida respecto del litigante que no obstante haber sido citado en debida forma, deja de comparecer sin justo motivo a absolver el interrogatorio formal cuya práctica se dispuso a instancia del adversario, esa confesión tiene la significación procesal de una auténtica presunción de las que en lenguaje técnico se denominan legales o juris tantum, lo que a la luz del artículo 176 del Código de Procedimiento Civil equivale a decir que invierte el peso de la prueba, haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las secuelas de la presunción comentada, que es presunción acabada y en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar -bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél".

Se trata, pues, de un medio artificial de convicción que tendrá la misma fuerza que a las confesiones reales y verdaderas se les atribuye, en la medida en que, de un lado, no exista dentro del proceso prueba en contrario (art. 201 del Código de Procedimiento Civil), y de otro, que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 195 ibídem específicamente para validez de toda prueba por confesión, desde luego junto con los generales que para la producción regular de cualquier medio probatorio trae la ley procesal civil, además de lo cual es preciso tener en cuenta que cuando dicha confesión ficta se produce por la no concurrencia del citado, debe dejarse testimonio escrito de ello en el proceso para que, con apoyo en esa constancia, pueda la parte que acudió a formular el interrogatorio hacerlo valer contra su contradictor como prueba suficiente de los hechos que soportan sus pretensiones o defensas -según el caso-, siempre y cuando, dentro de los tres días siguientes a aquél en que debía concurrir, quien debía absolver el interrogatorio no haya probado siquiera sumariamente que no pudo hacerlo por motivos justificados (artículo 209 ejusdem).

Son los anteriores requisitos, junto con la aptitud legal de la confesión para demostrar ciertos hechos, los que constituyen los aspectos determinantes de la eficacia, formalmente hablando, de la prueba consistente en la confesión ficta o presunta, es decir que en la equivocada apreciación del juzgador sobre ellos radican los vicios que pueden plantearse en casación como errores de derecho en el "análisis" de dicha prueba, no así otro tipo de eventuales desaciertos referidos a lo que ella en sí misma demuestra o a lo que indica el contenido de otra pieza que se le enfrenten en orden a desvirtuarla, situaciones estas últimas planteadas en alguna medida en el ataque que se estudia y que por ser tales no pueden ser sino expresiones de errores de hecho, *y llegados a este punto valga recordar cómo claras directrices jurisprudenciales han diferenciado, en el ámbito de la causal primera de casación, los ataques por la vía directa y por la indirecta, y en el terreno propio de esta última, por error de hecho o de derecho, derroteros de los que parece apartarse la censura en estudio por cuanto, en primer lugar, afirma que en la sentencia impugnada se da un error de derecho y a continuación se refiere a una violación directa a la ley, cuando dicho tipo de yerro jurídico sólo puede denunciarse como violación indirecta.*

Además de lo anterior y teniendo en cuenta la formulación del cargo, como ya se anotó, resulta también equivocada la calificación del error que se denuncia, de donde procede, por lo tanto, reiterar la distinción existente entre los yerros denunciables por la vía indirecta y las características propias del de derecho, de cuya lectura se denota la evidente falta de técnica con que está formulada esta censura en el caso presente. *La jurisprudencia ha dicho que el primer tipo de yerro 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"* (Sentencia de 20 de febrero de 1990); y en punto a imprimir claridad a la diferencia existente entre el yerro de facto y el yerro por inobservancia de la disciplina probatoria, la doctrina 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

entre ambos 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 definir 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 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.*

Finalmente, por lo que toca con las objeciones restantes que desde el punto de vista de la prueba le hace la censura al fallo impugnado, no cuentan ellas con el grado de incidencia necesario para generar la información solicitada, teniendo en cuenta el conjunto de las consideraciones precedentes al tenor de las cuales la base probatoria central de la sentencia, cimentada a su vez en la confesión judicial atribuida al demandado, se sostiene en su integridad, de suerte que ante tal circunstancia resulta pertinente insistir una vez más en esa influencia determinante que el alegado error probatorio ha de tener sobre el sentido dispositivo del pronunciamiento jurisdiccional cuestionado "... como quiera que aun demostrado aquél, dicho pronunciamiento tiene que ser mantenido por la Corte cuando las bases en que éste se apoya, a alguna de ellas por lo menos, quedan incólumes y son bastantes para sustentarlo..." (G.J. Tomo CXXXII, págs. 205 y siguientes).

Se sigue de lo anterior que el cargo no está llamado a abrirse paso.

Decisión:

En mérito 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 proferida el treinta (30) de julio de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín 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.

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

No suscribe la anterior providencia el magistrado Alberto Ospina Botero quien no participó en la deliberación por encontrarse en uso de permiso.

Luis Antonio Montañez Soto, Secretario

DEMANDA DE REVISION / REVISION - Rechazo / MULTA

En el caso sub-lite, toda vez que la demanda de revisión fue rechazada, es procedente la petición de imponer multa al apoderado del recurrente y en tal virtud se ordena que cancele seis (6) salarios mínimos mensuales para cuyo efecto se hará efectiva la caución prestada.

COSTAS / PERJUICIO / ANALOGIA

Las costas y perjuicios no se pueden imponer con fundamentos en interpretaciones o analogías. / Para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto. / El perjuicio no se presume más que en los casos expresamente indicados en la ley de los cuales son ejemplo la cláusula penal y el pacto arras.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.-- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 4033 *Auto No. 41*

El apoderado judicial de la parte recurrida en el recurso de revisión propuesto por AUGUSTO CAMPO CAMPO contra la sentencia del 28 de julio de 1987, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el proceso ordinario de pertenencia de la sociedad C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. contra personas indeterminadas, en escrito recibido el 3 de febrero del año en curso (fls. 260 al 265, c. Corte), solicita se profiera providencia adicional o complementaria del auto del 27 de los corrientes (fls. 252 al 259, c. Corte), que rechazó la demanda. "...con los siguientes alcances, a saber: decretar la cancelación de la inscripción de la demanda; imponer al recurrente el deber de pagar las costas procesales y los perjuicios que con la interposición del recurso se causaron a la entidad

recurrida; y, por último, imponer al señor *apoderado* del impugnante en revisión la multa que corresponde según la ley". (Subrayado del texto).

Fundamenta su petición de la siguiente manera:

1. Por auto del 8 de febrero de 1993 se admitió la demanda y a su vez se decretó como medida cautelar, su inscripción, lo cual se llevó a efecto desde el 25 de junio de 1993, como consta en el certificado que aparece a folios 232 y 232v. del cuaderno de la Corte.

En razón de que dicha medida continúa vigente, solicita se decrete la cancelación de la misma con fundamento en lo dispuesto por el artículo 687 del C. de Procedimiento Civil.

2. Se condene en perjuicios al recurrente, toda vez que con causa en la proposición del recurso de revisión se ocasionan daños a la contraparte, siendo "...deber no sólo legal sino moral del autor del perjuicio la condigna reparación a la victima".

Funda su petición en lo dispuesto por el artículo 687 in fine del C. de Procedimiento Civil, que manda que cuando se levante una medida precautoria, se imponga al solicitante de ella, de oficio o a petición de parte, la condena en costas y perjuicios.

3. Se condene en costas al recurrente, de conformidad con lo dispuesto por los artículo 146, 392 y 687 del C. de Procedimiento Civil, preceptiva legal de la cual "...tiene que seguirse para rendirles el culto debido a la justicia y al derecho, que ante el rechazo de la demanda inoativa de una revisión infundada por lo ilegítima en su ejercicio, al recurrente se lo debe condenar en costas".

4. Imposición de la multa al apoderado del recurrente, de conformidad con lo dispuesto en la parte final del inciso 2o. del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, el cual transcribe en lo pertinente.

Por su parte el apoderado de la parte recurrente el 3 de febrero de los corrientes (fl. 266. c. Corte), presenta un memorial mediante el cual entrega copias para el traslado de la demanda.

Se considera:

5. El artículo 383 del Código de Procedimiento Civil regula el trámite del recurso extraordinario de revisión de la siguiente manera:

"Trámite.- La Corte o el Tribunal que reciba la demanda, examinará si reúne los requisitos exigidos en los dos artículos precedentes, y si los encuentra cumplidos señalará la naturaleza y cuantía de la caución que debe constituir el recurrente, para garantizar los perjuicios que pueda causar a quienes fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia, las costas, las multas..."

"... Recibido el expediente se resolverá sobre la admisión de la demanda y las medidas cautelares que en ella se soliciten: *en caso de ser rechazada, se impondrá al apoderado del recurrente multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada. (Subraya el Despacho).*

6. De conformidad con la norma transcrita, y toda vez que la demanda de revisión fue rechazada, es procedente la petición de imponer multa al apoderado del recurrente y en tal virtud se ordenará que cancele seis (6) salarios mínimos mensuales para cuyo efecto se hará efectiva la caución prestada.

7. También se considera pertinente la solicitud de que se ordene la cancelación de la inscripción de la demanda, puesto que es obvio que si ésta ha sido rechazada no hay razón legal que permita que la medida continúe vigente y en consecuencia así se dispondrá.

8. No se accede a la solicitud de condenar en costas y perjuicios a la parte recurrente, toda vez que tales sanciones no están contempladas expresamente en la ley para el caso de autos y en consecuencia estas no se pueden imponer con fundamento en interpretaciones o analogías.

Al punto tiene dicho 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, (subraya el Despacho). (Sent. 361 del 30 de octubre de 1989. Extractos de Jurisprudencia. T. 4. pág. 55 y 56).*

"Más, como ya lo tiene averiguado la doctrina del derecho, para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque solo corresponde indemnizar el daño que se presente como consecuencia de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable.

"Por cuanto el perjuicio no se presume más que en los casos expresamente indicados en la ley, de los cuales son ejemplo la cláusula penal y el pacto de arras...". (subraya el Despacho). (Sent. 188 del 23 de mayo de 1990, Extractos de Jurisprudencia, segundo semestre 1990, pág. 96).

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia

Resuelve:

PRIMERO. Adiciónase el auto del 27 de enero de los corrientes, en los siguientes aspectos:

DECRETASE la cancelación de la inscripción de la demanda. Envíese el oficio correspondiente al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Santa Marta, con los insertos necesarios.

IMPONER multa de seis (6) salarios mínimos mensuales al señor apoderado del recurrente, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada.

SEGUNDO. NIEGANSE las demás peticiones formuladas por el señor apoderado de la parte recurrida, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

El señor apoderado de la parte recurrente debe estarse a lo resuelto en auto del 27 de enero del año en curso.

Notifíquese

Eduardo García Sarmiento

COMPRAVENTA / VENTA DE COSA AJENA / DERECHO REAL / TRADICION / PRINCIPIOS / PRINCIPIO NADIE PUEDE DAR MAS DERECHOS DE LOS QUE EL MISMO TIENE

Vender no es transferir dominio. De ahí que la condición de dueño no constituya exigencia insalvable para poderse vender válidamente, o sea para celebrar el contrato; o, lo que es lo mismo, para realizar el título. Precisamente, porque la venta no crea por sí el derecho real, es por lo que el derecho del verus domino no resulta afectado en la venta de la cosa ajena, quien, por consiguiente, continúa siendo el dueño, salvo el caso obvio de que propicie la prescripción. /El vendedor está compelido, por el contrato válidamente celebrado, a realizar la tradición, o sea el modo concreto que hace al caso, y para el que, en marcado contraste con lo que sucede en el título, sí se requiere ser el dueño, dado que la ley, con estribo en el principio según el cual nadie puede dar más derechos de los que él mismo tiene, dice que ella, la tradición, es la "entrega que el dueño hace" de la cosa. Quien no es titular del dominio, entonces vende válidamente, pero no puede hacer una tradición eficaz.

NULIDAD SUSTANCIAL / INOPONIBILIDAD

Diferencias entre nulidad e inoponibilidad

ERROR DE HECHO

El error de hecho, es el que, aparte de trascendente, aparece de modo manifiesto en el expediente.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 3886 *Sentencia No. 015*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el proceso ordinario instaurado por Carlina Díaz viuda de Caycedo y Angela, Evelio de Jesús, Segundo Valentín y Luis Fernando Caycedo Díaz contra Alicia del Carmen Caycedo Díaz, Víctor Hugo Fuentes Grimaldos, Miguel Vergara Guio y María Herminda Ostos de Vergara.

I - Antecedentes:

1.- En el libelo introductorio del proceso, en el que como demandados aparecen solamente los mencionados Alicia del Carmen y Víctor Hugo, pidióse por los actores que se declare inoponible "a la sociedad conyugal CAYCEDO-DIAZ y a la Sucesión de FERNANDO CAYCEDO, la primera disuelta e ilíquida y la segunda abierta e igualmente ilíquida", los siguientes negocios jurídicos, todos relativos al inmueble objeto del litigio, el cual aparece especificado debidamente:

a) - "...la venta hecha por CARLINA DIAZ VDA. DE CAYCEDO a ALICIA DEL CARMEN CAYCEDO DIAZ por medio de la Escritura Pública No. 10 de 17 de enero de 1972 de la Notaría Unica de Paipa...".

b) - "...la hipoteca constituida por ALICIA DEL CARMEN CAYCEDO por medio de la Escritura 840 de 31 de octubre de 1979 de la Notaría 1a. de Duitama...".

c) - "...el subsiguiente remate llevado a cabo por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Duitama dentro del proceso ejecutivo con Título Hipotecario de LUIS A. BECERRA LARA contra ALICIA DEL CARMEN CAYCEDO DIAZ...".

Solicitóse además:

"Que se ordene a la citada Oficina de Registro (la de Tunja) cancelar la mencionada venta y la adjudicación en el remate hecha a favor de VICTOR HUGO FUENTES GRIMALDOS el 27-08-81 por medio de la Sentencia del Juzgado 1° Civil del Circuito de Duitama... adjudicación registrada en la Oficina de Registro el 23-07-81, Radicación 81-52-12".

Y que se condene "al actual poseedor" a restituir el predio "a la sociedad conyugal disuelta y a la sucesión ilíquida en cuyo interés se promueve este pleito", y los frutos legalmente debidos.

Subsidiariamente se deprecó la declaratoria de simulación absoluta de la referida venta (escritura 10 de 17 de enero de 1972), y que, por consiguiente, el bien no ha salido del patrimonio de la sociedad conyugal y la sucesión enantes mencionadas, debiéndose ordenar la cancelación de "los registros de la compraventa y de la adjudicación en remate...", y condenar "al actual poseedor" a restituirlo.

2.- Los fundamentos fácticos en que se hacen descansar esas aspiraciones, se recapitulan así:

a.- Carlina Díaz, estando casada con Fernando Caycedo, compró a Segundo V. Caycedo y Luis F. Moreno el inmueble descrito en la escritura pública 580 de 20 de mayo de 1958, de la notaría 2a. de Tunja, debidamente registrada.

b.- Fernando Caycedo, su cónyuge, murió el 10 de septiembre de 1970, disolviéndose entonces la sociedad conyugal; sin embargo de lo cual, Carlina vendió luego el bien a Alicia del Carmen Caycedo Díaz, según escritura pública No. 10 de 17 de enero de 1972, de la notaría única de Paipa. De tal forma vendió cosa ajena.

Amén de que dicha venta fue simulada porque el precio no fue cancelado "pues tal fue el pacto suscrito de los comparecientes", en el que además se acordó que la heredad se repartiría entre ella y sus hermanos.

c.- Alicia del Carmen, careciendo de derecho para ello, hipotecó posteriormente el predio, como así consta en la escritura "840 de la Notaría 1a. de Duitama", a favor de Luis A. Becerra, acreedor hipotecario, quien cobró su crédito a través del proceso ejecutivo en el que Víctor Hugo Fuentes Grimaldos fue el rematante del mismo.

3.- Contestóse el libelo así: Alicia se allanó a la demanda "por ser verídica en todas sus partes". Víctor Hugo Fuentes, al contrario, se opuso a las pretensiones, exigiendo frente a la mayoría de los hechos su prueba; alegó que la venta de cosa ajena es válida, y si Carlina lo hizo a sabiendas "nadie puede alegar para su beneficio su propia torpeza", y que cuando Alicia hipotecó era la dueña según lo mostraba el certificado del registrador.

Por lo demás, excepcionó aduciendo "Falta de legitimación pasiva", por cuanto que de su parte vendió el bien a los señores Miguel Vergara Guío y María

Hermencia Ostos de Vergara, por medio del acto escriturario No. 362 de 24 de agosto de 1984 de la Notaría de Santa Rosa de Viterbo, registrada en Tunja; propuso también las de "prescripción extintiva de la acción", "prescripción adquisitiva de dominio", cosa juzgada (por cuanto el remate cumplió con todas las exigencias legales) y "carencia de acción".

4.- La demanda se adicionó luego, "en el sentido de hacerla extensiva contra los señores MIGUEL VERGARA GUIO y MARIA HERMENCIA OSTOS DE VERGARA, personas a quienes, según se dice, se vendió el inmueble materia del pleito". Añadióse que "Los hechos y las pretensiones son las mismas de la demanda inicial".

De los nuevos demandados, Vergara Guio no respondió el libelo demandatorio; y María Hermencia fue representada por curador ad-litem, quien dijo estarse a lo que se demuestre; más, posteriormente, ella constituyó mandatario judicial.

5.- Con sentencia de 3 de agosto de 1990, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja culminó la primera instancia, y en ella se dispuso:

a.- Declaró la inoponibilidad "del acto aparente" contenido en la escritura No. 10 de 17 de enero de 1972 de la Notaría Unica de Paipa, "a favor de los demandantes y en contra de la demandada ALICIA DEL CARMEN CAYCEDO DIAZ".

b.- Condenó a ésta a restituir para la sociedad conyugal y la sucesión arriba anotadas, "los derechos proindiviso que a cada uno de ellos correspondía en el inmueble (...) sin detrimento de los derechos de dominio y posesión legalmente adquiridos por los demandados MIGUEL VERGARA GUIO y MARIA HERMENCIA OSTOS DE VERGARA".

c.- Declaró probada la prescripción extintiva de la acción en lo que hace a los demandado Fuentes, "como efecto sustancial", para Miguel Vergara y María Hermencia.

6.- Apeló la parte actora. Recurso que el Tribunal Superior de Tunja desató por sentencia de 19 de junio de 1991, resolviendo: adicionó la declaratoria de inoponibilidad, para cobijar también "los actos contenidos tanto en la escritura de hipoteca No. 840 de 31 de octubre de 1979 de la notaría primera de Duitama

como el remate llevado a cabo por el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad dentro del proceso Ejecutivo con título hipotecario de LUIS A. BECERRA contra ALICIA DEL CARMEN CAYCEDO DIAZ...''; revocó la prosperidad de la prescripción extintiva de la acción, y a cambio la denegó; finalmente, dispuso:

''ABSUELVESE a los demandados VICTOR HUGO FUENTES GRIMALDOS, MIGUEL VERGARA GUIO Y MARIA HERMENCIA OSTOS DE VERGARA de todas y cada una de las pretensiones deducidas en la demanda''.

7.- Recurrió en casación la misma parte actora, debiéndose ahora desatar la impugnación, luego de haber recibido la tramitación pertinente.

II - La Sentencia del Tribunal:

Resumida la historia litigiosa, respecto de la cual anotó que se daban las condiciones para una decisión de mérito, encontró de entrada que el *a-quo* anduvo desafortunado cuando declaró simultáneamente la prosperidad de la prescripción extintiva y la inoponibilidad del contrato, cosas que juzga excluyentes; pero que, no obstante, no hay lugar a la enmienda ''en virtud de la instancia de que se ocupa el Tribunal puesto que así no se lo permite el principio de la reformatio in pejus'', dado que sólo apeló el actor.

Con el argumento de que es prioritario estudiar en casos como el presente la excepción de prescripción, o sea antes que el análisis de la pretensión, estudio la de carácter adquisitivo; y, hallándola impróspera, desembocó en que ''Así pues ha de revocarse la decisión del a-quo según la cual declaró probada la excepción de prescripción extintiva de la acción...''.

Creyó, ahí sí, oportuno estudiar el *petitum* de la demanda, arrancando con la suplicada inoponibilidad contractual, y advirtió en ese orden de ideas que la que declaró el juzgador de primer grado frente al contrato de la escritura número 10 de 17 de enero de 1972, debía mantenerse por el principio de la no reformación en perjuicio del apelante único.

En consecuencia, solamente sometió a examen de inoponibilidad los negocios jurídicos posteriores a ese, concretamente referidos ''a la hipoteca y al remate'', y abrió diciendo al respecto que si Alicia del Carmen Caycedo no

era dueña del bien "ningún perjuicio en sus derechos tendrían los demandantes frente a las adquisiciones que hicieron tanto el rematante *como los adquirentes posteriores* puesto que al tenor del artículo 1871 del C.C., si bien es cierto la venta de cosa ajena es válida tal validez no afecta los derechos del verdadero dueño" (se resalta mediante sublínea).

Así que se trata de "uno de los fenómenos típicos e inconfundible en que se da el caso de la inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia", pues la venta de cosa ajena no produce efectos para el verdadero dueño y éste conserva "su derecho de propiedad" y las acciones consecuentes.

Ante lo cual sentenció:

"La sentencia es por tanto modificable pues los efectos de la inoponibilidad han de extenderse a todos los adquirentes posteriores...". Y advirtió, subsecuentemente, que haría la adición correspondiente.

Aplicóse a continuación a la también impetrada cancelación del "registro de la venta y adjudicación en el remate", enfatizando que se trata de una pretensión que no se abre paso, y debe por tanto denegarse, "por cuanto no le es dado al verdadero dueño demandar la cancelación de los registros efectuados en razón de enajenaciones hechas por quien no es el titular del derecho de dominio. Acceder a tal aspiración sería contradecir todo lo que se ha venido exponiendo acerca de la validez de la venta de cosa ajena".

Al querer explayar su apotegma, se valió de los siguientes términos:

"En efecto, la ley le permite al verdadero dueño la recuperación del bien mas no la cancelación de registros pues en Colombia toda venta salvo la de cosa propia es válida, luego cancelar un registro equivaldría a dejar sin efecto lo que la misma ley reconoce como válido. Aún más, sería desconocer el título justo con que podría presentarse todo adquirente de buena fe. Lo que la ley consagra en favor del verdadero dueño es muy diferente, es la facultad de conservar en su patrimonio el derecho de propiedad y las acciones correspondientes".

De allí pasó a auscultar la súplica inherente "a que se imponga condena en contra del actual poseedor para que restituya el bien a la sociedad conyugal y a la sucesión", por lo que se entregó el análisis de los presupuestos axiológicos de la reivindicación.

Al encontrar acreditado el primero de ellos, relativo, como se sabe, al dominio del demandante, echó de menos, en cambio, el alusivo a la posesión en el demandado. "Aquí el demandante se enfrenta -asegura el Tribunal- a una grave dificultad puesto que recordemos que en un principio la demanda se dirigió contra el padre FUENTES GRIMALDOS dada su condición de poseedor; sin embargo posteriormente y en virtud de la facultad de adicionarla, hizo extensiva la parte pasiva del litigio a los esposos VERGARA OSTOS. Con todo, se limitó a decir que también los citaba como sus demandados, pero jamás los consideró como poseedores del bien. Obsérvese cómo la demanda no fue corregida ni en los hechos ni en las peticiones, tal error le resulta tan supremamente delicado que le impide triunfar en su aspiración reivindicatoria".

La posesión, "para que sea tema de debate, obviamente debe ser alegado por el actor, de lo contrario no es un hecho controvertido. Así sucede con el elemento posesión en los esposos VERGARA OSTOS; su carácter de poseedores no solamente no fue materia de demostración en el debate probatorio sino que además ni siquiera se alegó el hecho de ser ellos los ostentadores de tal calidad respecto del inmueble".

La adición de la demanda apenas si dice que se les cita como demandados "pero ni siquiera se dice en calidad o en razón de qué". Y no se corrigieron los hechos de la demanda, "especialmente aquél según el cual la posesión la tiene el Presbítero FUENTES GRIMALDOS".

Finalmente, abordó el tema que de la simulación se planteó subsidiariamente, asegurando que siendo los terceros adquirentes de buena fe, permanecen intangibles a los efectos de ella.

III- La Demanda de Casación:

Dos cargos se enfilan contra el fallo acusado, ambos al amparo de la preceptiva de la primera causal que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los que se despacharán en el orden propuesto por el impugnante.

Primer cargo:

Denúnciase la violación de los artículos 673, 740, 741, 752, 756 y 1871 del Código Civil, y 2, 43 y 54 del decreto 1250 de 1970, por interpretación errónea.

Se explica sobre el particular que el Tribunal acogió la prevalencia del derecho de dominio de la sociedad conyugal (en cabeza de la cónyuge supérstite), pues la reconoció como la verdadera dueña del bien, a la que no afecta las sucesivas ventas de cosa ajena; acción que, a juicio del recurrente, entre otros afectos, acarrea "la consecuencia de la inscripción de la sentencia en el competente registro", por tratarse de un pronunciamiento judicial que afecta a unos actos concernientes al dominio del inmueble.

Mas, al desatar la litis, "incurriendo en un contrasentido inexplicable, por una parte, absolvió a Fuentes Grimaldo de todas las pretensiones de la demanda (ord. 4°), y al mismo tiempo que hizo aquel pronunciamiento de inoponibilidad, lo privó de todo afecto al negar su inscripción en el registro competente".

Cayó así en el error de no ver que "la cancelación del registro" es algo inherente a la acción deprecada, que no es pretensión autónoma sino una consecuencia elemental; con ella tergiversó "la figura de la inoponibilidad (ineficacia), al extremo de desconocer sus efectos" y desconoció de paso "los conceptos de título, modo tradición y tradición de bien inmueble", con lo que violó los textos legales correspondientes "por interpretación errónea". La tradición de bien raíz se realiza con la inscripción del título en el registro competente (art. 756 C.C.), de donde se sigue "que el pronunciamiento del dominio del verdadero dueño, implícito en la declaración de inoponibilidad, implica, forzosamente, así no se haya impetrado -y, tanto más, cuando así se solicitó- la inscripción de la sentencia en el registro (art. 2 del decreto 1250 de 1970), de modo de eliminar las anotaciones contrarias y sustituirlas por la que corresponda a la declaración judicial del dominio, resultante, aquí, de la prevalencia del derecho del verdadero dueño.

Cuando el Tribunal afirma que acceder a tal cancelación es ir contra la validez de venta de cosa ajena, porque a su juicio el verdadero dueño no está facultado legalmente para ello sino "para conservar en su patrimonio el derecho de propiedad", son dos "falacias enormes, confusiones conceptuales y tegiversaciones hermenéuticas inaceptables", pues no tiene sentido "sostener que el derecho del verdadero dueño quede tutelado y no sufre perjuicio ninguno, en el caso de venta de cosa ajena, con la sola declaración de inoponibilidad de ésta a él (...) sin necesidad de anotación alguna de la sentencia en el registro o, peor aún, sin posibilidad de dicha inscripción, cancelatoria de los registros (tradiciones) contrarios".

Continúa diciendo que lo que tutela el artículo 1871 del Código Civil es el derecho de propiedad del verdadero dueño; y si se dice ampararlo, pero desprovisto de la posibilidad de "cancelar" las inscripciones en el registro "que contradicen o desconocen o niegan ese derecho, es un sofisma que no resiste al menor análisis"; de suerte que sí, como acá, se declara la inoponibilidad de las ventas de cosa ajena, el derecho del verdadero dueño ha sido reconocido porque prevale sobre esas ventas, vale decir, "sobre esos títulos inscritos"; ahí, pues es forzoso ordenar "la inscripción de la sentencia porque de otra manera esa declaración sería teórica, carente de efectos".

Más adelante explica que si la venta de cosa ajena no perjudica al dueño, éste precisamente tiene acción para hacer prevalecer su título "y recuperar su inscripción en el registro mediante la anotación de la sentencia que declare dicha prevalencia o, en otras palabras, que declare la inoponibilidad a él de la enajenación de no dueño, es decir, del título (venta de cosa ajena) y de su inscripción (tradición de *non domino*). ¿O es que acaso la venta es inoponible al verdadero dueño, pero su registro (tradición) sí lo es?".

Pídese, en consecuencia, que una vez se case la sentencia, se disponga "su inscripción y la consiguiente cancelación de los títulos contrarios".

Consideraciones:

1.- Aquí no es menester entrar a discutir la inoponibilidad contractual que decretó el Tribunal, dado que es un asunto que no concierne al recurso extraordinario, desde que no aparece discutido a esta altura del proceso. La impugnación, que no ha sido ejercida sino por la parte actora, muestra inconformidad es con los efectos de la inoponibilidad, exactamente en cuanto el Tribunal denegó la cancelación de las anotaciones en el registro inmobiliario. Entonces, por lo que hace a este cargo, es ese el preciso ámbito de la decisión que adopte la Corte.

Habrá de recordarse sí que tal inoponibilidad halló venero en el fenómeno de la venta de cosa ajena; y que, acompasado con la preceptiva del artículo 1871 del Código Civil, el *ad-quem* dijo que una venta de tal naturaleza no compromete los derechos del verdadero dueño. Cosa que de veras se torna incontestable, porque ello no es más que la respuesta adecuada a la organización que de título y modo consagra nuestro ordenamiento civil, en el que, según la disposición en cita, la venta, esto es, el contrato en sí, sin más, es válido; como

fuente obligacional que es, no está llamada, per sé, a mutar los derechos reales -en este específico evento el de dominio-, sino a producir obligaciones, entre éstas la que está a cargo del vendedor, consistente en la transferencia de la propiedad; para decirlo con total afán de síntesis, *vender no es transferir dominio. De ahí que la condición de dueño no constituya exigencia insalvable para poderse vender válidamente, o sea para celebrar el contrato; o, lo que es lo mismo, para realizar el título. Precisamente, porque la venta no crea por sí el derecho real, es por lo que el derecho del verus domino no resulta afectado en la venta de cosa ajena, quien, por consiguiente, continúa siendo el dueño, salvo el caso obvio de que propicie la prescripción. La condición de titular del dominio es lo que asegura el artículo 1871, cuando expresa que en tal caso la venta vale sin perjuicio de los derechos del dueño.*

En razón de lo referido puede decirse, igualmente, que si bien la venta vale, en cuanto sea apta para generar las obligaciones que le son inherentes, el tropiezo lo halla el vendedor es en la etapa de ejecución del contrato, lo que es decir, cuando, estándose más allá del título, débele cumplir al comprador con la transferencia del dominio, por supuesto que carece de este derecho: el verdadero dueño es otro. Para decirlo en pocas palabras, el vendedor está compelido, por el contrato válidamente celebrado, a realizar la tradición, o sea el modo concreto que hace al caso, y para el que, en marcado contraste con lo que sucede en el título, sí se requiere ser el dueño, dado que la ley, con estribo en el principio varias veces secular según el cual nadie puede dar más derechos de los que él mismo tiene, dice que ella, la tradición, es la "entrega que el dueño hace" de la cosa (sublínea puesta a propósito). Quien no es titular del dominio, entonces, vende válidamente, pero no puede hacer una tradición eficaz.

2.- Precisadas de esa manera las cosas que vienen al caso, ahora no sólo es conveniente sino necesario memorar que la figura jurídica de la inoponibilidad que encarna el fenómeno de la venta de cosa ajena, no tiene la virtud de destruir el contrato mismo, porque su fundamento no está en hallarlo carente de validez; simplemente que los efectos dimanantes del contrato no alcanzan a los terceros. Es en esto, justamente, en lo que *se diferencian sustancial y cardinalmente la nulidad y la inoponibilidad, pues que al paso que en aquella el contrato se aniquila, en razón de lo cual se mirará en adelante como si jamás hubiese sido celebrado, en ésta el contrato subsiste, con eficacia restringida a las partes contratantes. Estas, pues, seguirán sujetas al vínculo jurídico que creó el contrato; o sea, que allí seguirá imperando el postulado de que lo pactado es ley para las partes contratantes, habida cuenta que sus relaciones para nada*

se ha alterado con la declaración de inoponibilidad. Lo que ocurre es que el tercero se pone a cubierto, con la certeza que entraña una decisión judicial, de los efectos del contrato por otros celebrado.

Como corolario debe seguirse, así, que la actitud asumida luego por los contratantes queda intacta; por manera que si, pese a que se vendió lo ajeno, tal venta fue objeto de inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, ha de decirse que tampoco con ello se perjudican los derechos del verdadero dueño, desde luego que se trata de una anotación que también le es inoponible. Y, asimismo, tratándose de una mera inoponibilidad, no hay lugar a su cancelación, como si procedería, de acuerdo con las explicaciones dadas de comienzo, frente a la nulidad, puesto que siendo un acto ejecutado merced al contrato por otros celebrado, subsiste con efectos apenas inter-partes. Pero, eso sí, de cualquier manera allí se puede tomar nota de la inoponibilidad, que fue lo exactamente declarado, resultando bastante al efecto que el interesado obtenga la inscripción de la sentencia respectiva.

De suerte que cuando el sentenciador de segundo grado denegó la petición atinente a la cancelación de los distintos registros correspondientes a los negocios que declaró inoponibles, no anduvo infringiendo las normas sustanciales que señala el cargo.

Subsecuentemente, el cargo no prospera.

Segundo cargo:

Repróchase al Tribunal la transgresión de los artículos 946, 952, 961, 963 "y siguientes" del Código Civil, "por falta de aplicación, derivada de error de hecho en la apreciación de la demanda, de la contestación de la demanda, de la adición de la demanda y de la prueba".

No es cierto -dice el casacionista- que respecto de los esposos Vergara-Ostos ni siquiera se haya afirmado la condición de poseedores con que se los citaba al proceso, argumento con el que se desestimó la reivindicación. Porque así ignoró el tribunal que Víctor excepcionó alegando que ya no era el dueño del bien, precisamente por habérselo vendido a dichos cónyuges, razón por la cual se adicionó la demanda, para dirigirla también contra éstos. Amén de que en la escritura de venta aparece que ellos recibían en posesión el inmueble objeto del contrato.

El yerro endilgado lo compendia el recurrente así:

"De donde se sigue: a) que a los esposos Vergara Ostos se les demandó en razón de la manifestación del demandado Víctor Hugo Fuentes G. de haberles vendido el bien en 1984, como expresamente se lee en la adición de la demanda, hecho que no tuvo en cuenta el juzgador; b) que en la demanda, a contrariedad de lo sostenido por el tribunal, no aparece hecho alguno en el que se diga que el Pbro. Fuentes Grimaldos está en posesión del bien o que es su poseedor, hecho en fuerza del cual debiera haberse corregido la demanda para modificar tales afirmaciones (sic), como lo sostiene la sentencia; d) (sic) que está probado que los esposos Vergara Ostos declararon haber recibido la posesión del inmueble en la escritura de compraventa de agosto de 1984; e) que, por lo tanto, probado el momento inicial se presume la continuidad de la situación (art. 780 C.C.); f) que los Vergara Ostos en ningún momento negaron su calidad de compradores de Fuentes, como tampoco intentaron, siquiera, desvirtuar la posesión adquirida por ellos al recibir el bien de su vendedor".

Se suplica, entonces, que en sede de instancia se condene "a los esposos Vergara Ostos a la restitución del inmueble, junto con sus frutos, tal como está pedido".

Consideraciones

1.- *El error de hecho, como de continuo se ha venido diciendo, es el que, aparte de trascendente, aparece de modo manifiesto en el expediente. Es aquel que, incluso con una lectura desprevenida del fallo y del proceso, se pone al descubierto. Y, por ahí mismo, para verlo no se requieren esfuerzos más o menos dialécticos, como que ha de ser "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 resulta absolutamente contrario a la evidencia del proceso".* (LXXVIII, pág. 972).

2.- Yerro de esa naturaleza es el que se endilga en este caso al Tribunal, por el hecho de haber estimado en su fallo que la parte actora no citó a los últimos adquirentes del bien (los esposos Vergara Ostos) en su condición de poseedores, única razón que lo condujo a denegar la reivindicación deprecada. Dícese por el recurrente que el juzgador obró contra la evidencia del proceso, porque esa afirmación ignora la demanda, su contestación y posterior adición, así como el contenido de la escritura pública de esa última venta.

Empero, al otear tales elementos de convicción no se halla, en manera alguna, que el sentenciador hubiese incurrido en semejante desatino, como pasa a demostrarse:

a) Efectivamente, la demanda con que se abrió el trámite fue dirigida no más que contra Alicia del Carmen Cayeedo Díaz y Víctor Hugo Fuentes Grimaldos; y en ella no aparece, dentro de la relación fáctica aducida, hecho alguno que dé cuenta de la posesión del inmueble.

b) Sólo en el *petitum* aparece algo sobre el particular, cuya literalidad se hace necesario transcribir. Suplicose:

"Que se condene al actual poseedor de la finca mencionada restituirla..."

c) El demandado Fuentes, ciertamente, alegó falta de legitimación pasiva por cuanto "... no es el actual titular del derecho de dominio de la finca (...), por razón de la venta que de tiempo atrás hizo a los señores MIGUEL VERGARA GUIO Y MARIA HERMENCIA OSTOS DE VERGARA, por medio de la Escritura Pública No. 362 de fecha 24 de agosto de 1984 de la Notaría única de Santa Rosa de Viterbo...".

d) También es cosa cierta que la demanda se adicionó para dirigirla contra los esposos Vergara Ostos (fl. 27 del cuaderno principal). Díjose entonces textualmente:

"...ADICIONO LA DEMANDA en el sentido de hacerla extensiva contra los señores MIGUEL VERGARA GUIO y MARIA HERMENCIA OSTOS DE VERGARA, personas a quienes, según se dice, se vendió el inmueble materia del pleito.

"Solicito por lo tanto se les cite al pleito.

" (...)

"Me fundamento en el Art. 89 del C. de P.C. Los hechos y las pretensiones son los mismos de la inicial".

Pues bien. Ninguna de esas cosas, ni aislada ni conjuntamente, señalan que los esposos Vergara-Ostos sean los poseedores de la heredad disputada, y que por tal causa se condene precisamente a ellos a la condigna restitución.

Siendo así, hácese patente que el sentenciador no cometió desacierto en el punto, y muchísimo menos con el carácter de protuberante que se afirma. Antes bien, la imprecisión y ambigüedad de la demanda a ese respecto se notó desde el umbral del trámite, justamente al no encontrarse ni un solo hecho que aludiera a la posesión, lo que subió de punto al expresarse dentro de las pretensiones que se condenara al "actual poseedor" a restituir el inmueble, pero sin especificarse a quién de los dos demandados. Situación que se tornó aún más compleja cuando se adicionó la demanda y se dijo que los hechos y "las pretensiones" eran los mismos, pues que, la sindéresis dicta que si en el libelo inicialista se afirmó, aunque ambiguamente como se dijo, que se condene al actual poseedor, necesariamente tuvo que haberse afirmado dicha calidad respecto de alguno de los demandados hasta entonces existentes. Y si la situación de hecho, así como el *petitum*, siguió siendo la misma, según expresión literal de la parte actora, no hay cómo deducir, contrariamente a lo que piensa el censor, que los últimos demandados en virtud de la adición fueron citados como poseedores, y que en ese aspecto fue mayúsculo el error del Tribunal.

De otro lado, ha de fijarse la vista en que la claridad echada de menos no refulge del escrito exceptivo, como para que se dedujera al menos implícitamente tal asunto, porque el demandado Fuentes jamás dijo que la posesión estaba en manos de sus compradores; simplemente adujo que el "dominio", concepto bien distinto, lo habían adquirido éstos.

Por lo demás, tratándose como se trata de un elemento esencial en la reivindicación, se antoja inadmisible que en el punto operasen cuestiones implícitas, y tanto menos cuando provienen no del actor sino del reo. Entiéndese que la posesión en el demandado debe puntualizarse sin asomo de hesitación por el propio demandante. De suerte que si la apreciación del Tribunal estuvo más que ajustada a las probanzas ya analizadas, trátase de una cuestión que, saliendo indemne del recurso extraordinario, sostiene por sí sola la decisión que se tomó en punto de la pretensión de reivindicación. O lo que es lo mismo, si no hubo poseedor demandado concretamente en reivindicación, mal podía decidirse sobre ésta.

No prospera el cargo.

IV- Decisión:

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

autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 19 de junio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

NULIDAD PROCESAL / SUSPENSION PROCESAL / DERECHO DE DEFENSA

Se incurre en causal de nulidad, entre otros casos, cuando se adelanta el proceso después de haberse suspendido, o se reanuda su trámite antes de la oportunidad correspondiente, cuyo fundamento descansa en la garantía constitucional del derecho de defensa que le asiste a las partes en el ejercicio de sus derechos.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL

Ataque todas las Pruebas

No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, por cuanto aún en el evento de hacerlo victoriosamente frente a los relacionados en la impugnación, subsistirían las razones que el sentenciador expuso en torno a los demás y que, por ser suficientes para fundar la decisión recurrida, hacen imprósperа la acusación.

LLAMAMIENTO DE POSEEDOR O TENEDOR/ PRESUNCION LEGAL/ PRESUNCION DE POSESION

Esta Corporación al estudiar el contenido y alcance del derogado art. 214 del Código Judicial, muy similar al actual 59 del C. de P.C., ha considerado que tal precepto es aplicable no solamente cuando el demandado no da contestación al libelo, sino cuando, cumpliendo con ese deber procesal, elude manifestar si es o no poseedor de la cosa cuya restitución se impetra, por cuanto en dicho precepto se establece una presunción legal de que el demandado es poseedor de ella, de suerte que cuando el demandado omite el cumplimiento de ese deber legal, es decir, cuando afronta la litis sin contradecir oportunamente la calidad que le asigna el libelo de poseedor de la cosa reivindicada, ese extremo o requisito de la acción queda por ministerio de la ley fuera del debate, el demandado se hace consecuentemente responsable de la cosa o de su precio, en el caso de que el actor llegare a probar la propiedad.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 3918 *Sentencia No. 015 A*

Decídese el recurso extraordinario de *casación* interpuesto por el demandado contra la sentencia de 30 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario de la Compañía de Chocolates La Especial S.A. (en liquidación) contra Manuel Antonio Rodríguez Noguera.

I. Antecedentes

1.- Acudiendo al trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la precitada compañía demandó a Manuel Antonio Rodríguez Noguera, para que con su citación y audiencia se declarase que "...tiene el derecho real de dominio pleno y absoluto de la propiedad del bien inmueble situado en la calle 13 No. 15-76 interior 1 y 2, cuyos linderos son los siguientes: 'Por el sur. con la calle 13 ó avenida colón; por el oriente con propiedad de la sociedad de Importaciones GRAN FERRETERIA SADI; por el occidente en parte con la carrera 16 y en parte con la propiedad que es o fue de SAMUEL FONSECA; por el norte con la calle 14 recientemente abierta'"; que de consiguiente, se condene a dicho demandado a "...la entrega del inmueble...", como también de "...los frutos materiales y civiles del inmueble y no solo los percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado del bien, desde el 18 de febrero de 1982 hasta la fecha de entrega, a justa tasación de peritos, por ser... poseedor de mala fe y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 del C. de P.C.", y de las "...cosas que están adheridas y son originales del bien en cuestión"; que se inscriba el fallo respectivo en la competente oficina de Registro de Instrumentos Públicos y se condene al demandado al pago de las respectivas costas.

2.- Para sustentar la aludida acción reivindicatoria, la empresa demandante adujo los siguientes hechos:

a.- Desde el 18 de febrero de 1982 "...fue ocupado, con ocupación de hecho, el bien situado en la calle 13 No. 15-76, interior primero y segundo,..."

de su propiedad; "...al proponer su liquidador, como representante legal... la desocupación, sus ocupantes valiéndose de una serie de actos dolosos entre ellos la falsedad, resolvieron (repito por medio de la falsificacion de documentos) nombrar a un espúrio-liquidador para desistir de la acción que se adelantaba en la Inspección 14-A- Distrital de Policía"; "dentro de la investigación por conductas dolosas de los sindicados (entre los que se encuentra Manuel Antonio Rodríguez Noguera), la parte civil solicio el embargo y secuestro del bien en cuestión y tanto el Juzgado de conocimiento, Décimo Superior, como el de Instrucción Criminal, Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal de Bogotá, aceptaron y resolvieron el embargo del bien como consta en el certificado de tradición en su última anotación y certificación expedida por el Juzgado de Instrucción Criminal que se ocupa de esta investigación".

b.- El inmueble materia de la restitución "...hoy se encuentra ocupado por Manuel Antonio Rodríguez Noguera, quien en su calidad de poseedor de mala fe, viene explotándolo, primero con un plantel educacional que llamó Instituto de la Independencia que permaneció allí durante tres años, y hoy, con parqueadero con lavado de vehículos automores, sin haber cancelado la más pequeña suma ni por arriendo ni por servicios".

c.- "Hasta donde se conoce en el proceso por falsedad, estafa, invasión de edificios, hurto simple y agravado, abuso de confianza y otros, que actualmente instruye el Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal de Bogotá, en comisión No. 1935, dispuesta por el Juzgado de conocimiento, Décimo Superior de Bogotá, correspondiente al proceso radicado con el código No. 5203, Manuel Antonio Rodríguez Noguera, no ha presentado título alguno que lo acredite como arrendatario o como propietario. Tiene sí la posesión fraudulenta".

3.- En su respuesta al libelo incoatorio del proceso, el demandado se opuso al despacho favorable de las súplicas deducidas por la firma actora y, respecto de los hechos, dijo que el primero no era cierto; que el siguiente no se relacionaba con la acción propuesta y por ello lo negó, procedimiento que asumió frente al quinto; que, en relación con los demás, se atenía a aquello que resultase probado.

En el párrafo destinado a las "pruebas" el demandado solicitó la comparecencia de José A. Guzmán R., Felipe Ríos, Manuel Alberto Rodríguez, Esmeralda Ospina, Gabriel Henao, Alfonso Bello, Norma Melo para que se les interrogara sobre "... todo lo que les conste sobre el origen o causa de la

presencia de Manuel Rodríguez Noguera en la calle 13 No. 15-76, los trabajos realizados para la conservación del inmueble y las demás que formule el despacho y las que haga el suscrito en el acto de la diligencia...".

Propuso además, sin sustentación alguna, las expeciones de "falta de causa, falta de objeto y de acci'on dirigida contra persona distinta".

4.- Agotado el trámite del proceso ordinario, la primera instancia concluyó con sentencia de 27 de febrero de 1989, mediante la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, determinación que se mantuvo, en virtud del fallo de 30 de septiembre de 1991, proferido por el Tribunal Superior del Dis;trito Judicial de Santafé de Bogotá, al desatar el recurso de alzada interpuesto por el demandado.

5.- Como ya se advirtió, contra la decisión del *ad-quem* el demandado formuló recurso de casación, impugnación extraordinaria que por encontrarse debidamente rituada, pasa ahora a decidirse por la Corte.

II- La sentencia del Tribunal y sus motivaciones:

Recontando los antecedentes del litigio, así como las pretensiones de la firma actora y la posición asumida por el demandado para enderezar su defensa, el Tribunal aborda el tema de la controversia, puntualizando que lo pretendido por la sociedad demandante se "... funda en la acción reivindicatoria que consagra el art. 946 del Código Civil", la que "... supone la confrontación de dos posiciones: la del demandante quien alega dominio o un derecho mejor, frente al demandado y la de éste, como poseedor material del bien que pretende el actor".

Ubicada en dicho ámbito la cuestión litigiosa, el sentenciador de segundo grado recuerda los requisitos exigidos para el buen suceso de la gestión reivindicatoria, luego de lo cual sienta las siguientes precisiones:

a) Que a su juicio, no obstante lo sostenido en sentido contrario por el apelante, el presupuesto relacionado con la identidad del bien que se pretende recobrar "... concurre en el *sub-júdice*, puesto que según la demanda, de acuerdo a (sic) la prueba documental que se aportó a los autos, la misma actitud del demandado y lo verificado en la inspección judicial verificada en esta instancia, se establece que se trata de reivindicar una parte determinada de una cosa singular, debidamente descrita por sus linderos y demás especificaciones",

punto en el cual afirma que "...a pesar de que en la demanda no se identificara con exactitud los linderos de los interiores que el demandado posee, se dijo que se trataba del uno y dos, que sin lugar a dudas son inconfundibles como se estableció durante la inspección judicial a que antes se hizo mención, quedando allí constancia que la porción que ocupa la parte demandada se halla dentro de los linderos generales citados en el libelo demandatorio y que paladinamente trata de negar el demandado, diciéndose ser mero tenedor del predio".

Agrega el Tribunal que "... lo que a primera vista pareciera un defecto formal de la demanda que conduciría a no dar por establecido el presupuesto de la identidad, no lo es, por cuanto como lo ha venido sosteniendo la H. Corte Suprema, en la hipótesis en las cuales la parte demandada ocupe sólo en la parte un inmueble, se impone acoger parcialmente lo solicitado en la demanda, limitando la orden de reivindicación a la porción que en verdad posea el demandado", aseveración que respalda con pasajes de los fallos proferido spor esta Corporación el 22 de agosto de 1974, 30 de junio de 1980 y 19 de octubre de 1981, luego de lo cual concluye: "En el *sub-júdice*, en la inspección judicial practicada con asistencia de las partes se determinó fehacientemente que los interiores uno y dos, se encuentran dentro de los linderos descritos en la demanda, siendo el mismo especificado en el certificado de tradición visible al fl. 64 del expediente, que por ende, no puede confundirse con otro inmueble y que es parte integrante del de mayor extensión".

b) Que en cuanto al otro argumento sustentatorio de la alzada, consistente en que el demandado no es poseedor del inmueble "... porque así lo dijo un testigo, tampoco resulta veraz esa afirmación en virtud a que son numerosas las pruebas documentales que dicen lo contrario, el mismo demandado al solicitar las pruebas expresa que los testigos deberán manifestar lo que les conste sobre el origen o causa de la presencia de *Manuel Rodríguez Noguera en la calle 13 No. 15-76, los trabajos realizados para la conservación del inmueble...*" (Subrayas del texto).

De consiguiente, remata el Tribunal, "comoquiera que al examinar los elementos de prueba que obran en el proceso, surge con claridad que los elementos de la pretensión reivindicatoria se encuentran plenamente acreditados, como acertadamente lo expuso el *a-quo*, en efecto, el dominio está en cabeza del demandante, que se trata de una cosa reivindicable, que la tiene el demandado y que es la misma que solicita el demandante, debe confirmarse entonces la sentencia".

III - El recurso extraordinario:

Cuatro cargos integran la demanda que contiene el recurso extraordinario interpuesto contra el fallo precedentemente resumido, ubicados, los tres primeros, en el campo de la causal primera de casación, prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el cuarto en el de la quinta, de los cuales la Corte solamente despachará el primero y el último, por cuanto los otros dos fueron inadmitidos mediante auto de 14 de agosto de 1992 (folios 19 y 20 del cuaderno de la Corte), comenzando por el cuarto que denuncia yerro *in procedendo*.

Cargo cuarto:

Por haberse incurrido en la causal quinta de nulidad, contemplada en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, acúsase la sentencia proferida en este proceso, por cuanto no se suspendió "..una vez tuvo conocimiento el H. Tribunal Superior que sobre el mismo inmueble pesaba otra demanda instaurada por el mismo demandante para que se declarara nula la escritura 5523 de octubre 18 de 1982, corrida en la Notaria 4a. de Bogotá, por medio de la cual la compañía demandante había vendido el citado inmueble, violando el artículo 170 ordinal 2, pues es evidente que la sentencia que se dicte en el Juzgado 18 Civil del Circuito incide poderosamente en esta acción de dominio pues si es absolutoria para los demandados nada tiene que hacer la compañía que desde hace diez años no es propietaria".

Destaca la censura, a renglón seguido, que "... la demandante, en dos juicios distintos hizo valer dos títulos: uno, como propietaria y otro como aspirante a recuperar la propiedad. Esta acción simultánea debió seguirla en un solo proceso para que bajo la misma cuerda se produjera la declaratoria de nulidad del título y la orden de restituir el mismo inmueble. Precisamente para evitar dos sentencias contradictorias, ya que no es aceptable se juegue a la aventura de instaurar dos acciones con la perspectiva de ganar por lo menos una de las dos; sin caer en fraude procesal".

Afirma el recurrente para fundar su aserto que en el folio 3 del cuaderno No. 4, aparece el certificado de libertad en el que figura el Banco Popular como comprador del inmueble situado en la calle 13 No. 15-66, cuyos linderos son los mismos que figuran en esta acción de dominio, los que seguidamente transcribe.

"En suma -prosigue la impugnación- la demandante simuló ser propietaria exhibiendo un título a sabiendas de que no tenía ningún valor y por la circunstancia del H. Tribunal Superior de no haber suspendido el proceso hasta que se resolviera el declaratorio, ha incurrido en nulidad desde el 4 de octubre de 1989 (... folio 22 del cuaderno No. 4).

Consideraciones:

1.- La estructuración del cargo revela a primera vista que su formulación es absolutamente infundada, por cuanto es criterio decantado que el vicio procesal contemplado en el numeral 5º del artículo 140 del actual Código de Procedimiento Civil (antes 152 *ibidem*), en relación con el fenómeno de la suspensión, no se tipifica cuando el proceso ha debido suspenderse y no se suspendió, como lo pretende ahora la censura, sino cuando estando el proceso legalmente paralizado por suspensión, el juez continúa con su trámite o lo reanuda antes de la oportunidad debida, pues es claro, entonces, que en esas condiciones la actuación surtida resulta afectada de nulidad, como quiera que en tal caso el juez carece de competencia por estar ella en suspenso.

2.- En efecto: *sabido es que de conformidad con el artículo 140 del vigente Código de Procedimiento Civil, se incurre en causal de nulidad, entre otros casos, cuando se adelanta el proceso después de haberse suspendido, o se reanuda su trámite antes de la oportunidad correspondiente, cuyo fundamento descansa en la garantía constitucional del derecho de defensa que le asiste a las partes en el ejercicio de sus derechos; pero como la suspensión del proceso se produce, por regla general, solamente "... a partir de la ejecutoria del auto que lo decrete...", según mandato del artículo 171 ibidem, debe seguirse que la causal de nulidad prevista en dicho precepto, cuando se invoca la suspensión del proceso en los específicos casos consagrados en el artículo 170 ejusdem, únicamente se estructura en los supuestos en que, sin embargo de haberse decretado ésta por auto ejecutoriado, el juez continúa el trámite del proceso o lo reimpulsa antes de la oportunidad debida.*

3.- Puestas así las cosas, no se observa que en el caso *sub-lite* se haya incurrido en la causal de nulidad denunciada por el recurrente, por cuanto no se advierte decisión judicial alguna en firme que hubiese decretado la suspensión de este proceso por la aludida prejudicialidad civil, ni en primera ni en segunda instancia, realidad procesal que explícitamente reconoce el censor al alegar que este proceso *ha debido suspenderse* ante la coexistencia de otro proceso civil

ventilado entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, y de cuya decisión final dependería, a su juicio, el sentido de la sentencia que debiera proferirse en éste; y, la controversia aquí planteada respecto de la procedencia o improcedencia de la suspensión por la antedicha prejudicialidad, que dicho sea de paso correspondía desatarla al juez que conoció del proceso, según lo determina el artículo 171 *ibídem*, no es posible ventilarla ahora, por cuanto la causal invocada, se repite, arranca del supuesto insoslayable de que el proceso se encontraba legalmente suspendido y que, no obstante ello, el juez de instancia, o continuó con su tramitación, o la reanudó antes de la oportunidad debida. (Subraya la Sala).

De consiguiente, el cargo es impróspero.

Cargo primero:

Tildase la sentencia de ser indirectamente violatoria del artículo 946 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la demanda, su contestación y las pruebas, reparo que formula en los siguientes términos:

Una primera parte enfilada a demostrar que el demandado no era poseedor sino apenas mero tenedor del inmueble disputado, a nombre de Elisa González, para lo cual afirma la censura que basta leer las declaraciones del mismo demandado, recogidas en la diligencia de inspección judicial practicada por el Tribunal, en las que éste afirmó:

"Yo en ningún momento tengo esto en posesión sino como tenedor y así mismo lo afirma el doctor Pachón y que llegué aquí en vista de un negocio que venía realizándose desde mucho tiempo atrás con Elisa González para montar un negocio de un centro comercial y ella era una de las herederas y dueñas y las tías de ella que eran dueñas de este inmueble".

Agrega la censura que dicha declaración es concordante con la de Julio César Sánchez y con la de Rafael Pachón, como quiera que el primero dijo sobre el particular: "La señorita Elisa González quien fuera durante mucho tiempo empleada doméstica de doña Bertha Izquierdo de Macías aprovechó esa situación para hacer que el encargado de las llaves se las entregara. Hago un paréntesis y aclaro: que doña Bertha Izquierdo de Macías, era propietaria de la mayoría de las acciones de la sociedad. La señorita Elisa González ya en poder

de las llaves se las entregó al señor Manuel Antonio Rodríguez Noguera y al señor Carlos Felipe Ríos Rodríguez (flio. 18, C. 2)"; y el segundo, expuso que "... desde hace más de 45 años, porque desde esa época he venido atendiendo o asesorando a la Compañía hoy en liquidación es decir, a la Compañía de Chocolates La Especial S.A., en liquidación... Hace algún tiempo no recuerdo exactamente... me llamó el señor Díaz Romero liquidador de la Compañía para decirme que le habían informado que estaban ocupando ese inmueble cuya posesión tenía la compañía. Nos trasladamos allí y encontré a un señor Rodríguez quien dijo conocerme y a un señor Ríos quienes me dijeron que el inmueble se lo había arrendado Elisa González ignoro a qué título, porque en ese preciso momento la posesión de la Compañía la ejercía el señor Díaz Romero en nombre de la compañía como representante legal de ésta. Posteriormente pregunté a Elisa González en el Hospital San Ignacio donde había sido operada y a donde me trasladé consternado... y ella me dijo que sí se lo había arrendado porque ese inmueble era de la señora Bertha Izquierdo de Macías. Desde que encontré metidos allí a Ríos y a Rodríguez parece que han seguido ocupando indebidamente el inmueble. *No los considero poseedores*" (Fol. 16 y 17, C. 2) [Subrayas del texto].

Asevera la censura que tales declaraciones, trasladadas al proceso seguido contra el demandado, sirvieron de fundamento para que el Tribunal lo absolviera de la invasión que se le imputaba, pues era evidente que la tenencia del inmueble provenía de Elisa González, y que tales dos testigos concuerdan en lo siguiente:

"a) Sabía la demandante con mucha antelación a la instaurada de la demanda que la poseedora era Elisa González y no el demandado, por eso el testigo presentado por la demandante, con pleno conocimiento de los hechos Dr. Pachón dice sin reticencia 'no los considero poseedores'. b) Los dos conocían a Elisa González de tiempo atrás como persona que trabajaba con Bertha Izquierdo de Macías. c) Que Elisa González tenía las llaves del inmueble. d) Que concuerda con lo afirmado por mi cliente. Hay que tener en cuenta que la señorita Elisa González presidió varias Asambleas de Chocolate La Especial (véase acta No. 81, flio. 96 C. 4) o sea que no solamente fue persona de confianza de Bertha de Macías sino que continuó siéndolo de sus causahabientes y que el representante legal Díaz Romero derivó de ella su calidad de representante legal".

La otra parte, dirigida a cuestionar la identidad entre la cosa pretendida por la sociedad actora y la poseída por el demandado, que expone en la siguiente forma:

"En la demanda faltó este requisito pues no era suficiente mencionar los inmuebles por interiores uno y dos que formaban parte de otro de mayor extensión y limitarse sólo a describir éste, pues cuando se demanda solo una parte de un predio de mayor extensión, si esto era lo que pretendía, pues no es clara la demanda es indispensable señalar tanto los linderos de la una como de la otra, pues de otra manera podría correrse el riesgo de vulnerar derechos ajenos".

Afirma a renglón seguido el recurrente que en "... la demanda faltó este requisito de la identificación, pues los linderos señalados en la petición principal no corresponden a los interiores uno y dos como pudo comprobarse en la inspección judicial sino que forman parte de otra de mayor extensión...", aseveración que respalda con transcripción de los linderos consignados en la petición primera de la demanda con los establecidos en la diligencia de inspección judicial, luego de lo cual concluye:

"A pesar de esta evidencia, el Honorable Tribunal por error de hecho consistente en no examinar la demanda y los inderos consignados en ella y no compararlos con los que aparecieron en la inspección judicial que eran distintos, debiendo concluir con una sentencia inhibitoria, con manifiesta violación del artículo 946 del C.C., confirmó la sentencia".

Consideraciones:

1.- A primera vista se observa que este cargo, debido a la subestimación de los principios que gobiernan el recurso extraordinario de casación y los requisitos de técnica que rigen su formulación, tampoco dispone de prosperidad, pues es notorio que los reproches probatorios enfilados a cuestionar las conclusiones del *ad-quem*, en cuanto dio por demostrada la calidad de poseedor del demandado respecto del bien materia de recobro y la identidad de éste con el poseído por el demandado, además de carecer de virtualidad para acreditar el error de hecho denunciado por el impugnante, son indiscutiblemente fragmentarios, como quiera que dejan al margen de la censura los elementos de juicio que ciertamente le sirvieron de apoyo al fallador de instancia para dar por demostrados los cuestionados presupuestos de la acción reivindicatoria, aspecto sobre el cual la Corte ha dicho que *no es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, por cuanto aún en el evento de hacerlo victoriosamente frente a los relacionados en la impugnación, subsistirán las razones que el sentenciador expuso en torno a*

los demás y que, por ser suficientes para fundar la decisión recurrida, hacen inevitablemente imprósperа la acusación (CXLII, 140).

2.- En efecto: si recordamos que respecto del presupuesto relacionado con la calidad del poseedor que se le atribuye al recurrente, éste reseñó como erradamente apreciadas la demanda, su contestación y "... las pruebas...", ninguna actividad enderezó a precisar la equivocada apreciación de tales probanzas, sino que redujo su inconformidad a poner de presente que, con su propia versión, recogida en la diligencia de inspección judicial practicada por el Tribunal, y con los testimonios de Julio César Sánchez y Rafael Pachón Gordillo, acreditaba que no era más que un mero tenedor del bien objeto de recobro, el sentenciador de segunda instancia sostiene sobre el particular que tal afirmación "... tampoco resulta veraz... en virtud a que son numerosas las pruebas documentales que dicen lo contrario, el mismo demandado al solicitar las pruebas expresa que los testigos deberán manifestar lo que les conste sobre el origen o causa de la presencia de *Manuel Rodriguez Noguera en la calle 13 No. 15-76, los trabajos realizados para la conservación del inmueble...*" (Subrayas del texto), consideraciones que, al no ser objeto de crítica probatoria alguna, siguen sirviéndole de apoyo sólido a la sentencia impugnada, especialmente si se tiene en cuenta la figura de la "laudatio o nominatio autoris" consagrada en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, a su vez, trasunto del artículo 953 del Código Civil, según la cual "el que teniendo una cosa a nombre de otro, sea demandado como poseedor de ella, deberá expresarlo así en la contestación de la demanda, indicando el domicilio o residencia y la habitación u oficina del poseedor, so pena de ser condenado en el mismo proceso a pagar los perjuicios que su silencio cause al demandante", carga procesal que el demandado omitió satisfacer al responder la demanda, por cuanto en tal documento no se advierte repulsa alguna a la calidad de poseedor que le atribuyó la sociedad en liquidación al convocarlo a este proceso, silencio que en consecuencia fijó en el demandado la controvertida calidad de poseedor, pues esta Corporación al estudiar el contenido y alcance del derogado artículo 214 del Código Judicial, muy similar al actual 59 del Código de Procedimiento Civil, ha considerado que tal precepto es aplicable no solamente cuando el demandado no da contestación al libelo, sino cuando, cumpliendo con este deber procesal, elude manifestar si es o no poseedor de la cosa cuya restitución se impetra, por cuanto en dicho precepto se establece una presunción legal de que el demandado es poseedor de ella, de suerte que "*... cuando el demandado omite el cumplimiento de ese deber legal, es decir, cuando afronta la litis sin contradecir oportunamente la calidad que le asigna el libelo de poseedor de*

la cosa reivindicada, ese extremo o requisito de la acción queda por ministerio de la ley fuera del debate, el demandado se hace consecuentemente responsable de la cosa o de su precio, en el caso de que el actor llegare a probar la propiedad". (Sentencia de 25 de febrero de 1949, LXV, 340).

3.- Pero ni aún situado en el campo de la impugnación se descubre el yerro de facto revelado por el censor, como quiera que, de un lado, la versión suministrada por el demandado en la diligencia de inspección judicial practicada por el Tribunal (folios 60 a 63, cuaderno No. 4), en el sentido de ser mero tenedor de la cosa disputada, resulta absolutamente extemporánea, ya que se aduce luego de agotado el trámite de la primera instancia, cuando la ley brinda una oportunidad para tal efecto, que no es otra que el término de contestación de la demanda, razón por la cual la omisión del *ad-quem*, si la hubo, en el análisis de dicha manifestación, carece de trascendencia, y de otro lado, las declaraciones de Rafael Pachón Gordillo (folios 15 a 17, cuaderno No. 2) y Julio César Sánchez (folio 18, cuaderno No. 2) no disponen de fuerza convictiva suficiente para demostrar que, contrario a la apreciación del Tribunal, el demandado no era poseedor sino mero tenedor del bien materia de reivindicación, pues no hay nada allí que así lo ponga de bulto; además, la creencia de Rafael Pachón Gordillo sobre la calidad de mero tenedor que le atribuye al demandado Manuel Antonio Rodríguez Noguera, no pasa de ser más que una simple deducción personal del declarante, carente de peso demostrativo, pues, en primer lugar, tal manifestación excede la función que le corresponde a la prueba testimonial, máxime si se tiene en cuenta que no se trata de un testimonio técnico y, en segundo lugar, qué labor de esa clase corresponde a los jueces, de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos", y el juez "expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada una".

En efecto: Rafael Pachón Gordillo, luego de advertir que es abogado y empleado de la firma actora, de manifestar que conoce el inmueble materia del litigio y de que, por haber sido asesor, gerente y miembro de la Junta Directiva de la sociedad demandante, sabe que ésta es propietaria de tal bien, expresa sobre la ocupación de dicho inmueble que "Hace algún tiempo, no recuerdo exactamente, pero no está muy lejano ese momento, me llamó el señor Diaz Romero, liquidador de la Cía. para decirme que le habían informado que estaban ocupando ese inmueble cuya posesión tenía la compañía. Nos traslada-

mos allí y encontré a un señor Rodríguez, quien me dijo conocerme, y a un señor Ríos quienes me dijeron que el inmueble se lo había arrendado Elisa González, ignoro a qué título, porque en ese momento preciso la posesión de la Cía. la ejercía el señor Díaz Romero a nombre de la compañía como representante legal de ésta. Debo aclarar en este momento que la titulación de ese inmueble la estudié en varias oportunidades para presentársela al Distrito en los momentos que expresé anteriormente y por esa razón puedo afirmar que la compañía tenía y ha tenido siempre no solo la posesión material sino la calidad de propietaria con título inscrito. Posteriormente se presentó en mi oficina el Sr. Rodríguez para decirme que ellos devolvían eso si se les pagaba el valor de una pintura que habían hecho allá en el mismo inmueble. Posteriormente pregunté a Elisa González en el Hospital San Ignacio, donde había sido operada y a donde me trasladé consternado por el atraco que estaba viendo de que iba a ser víctima la compañía y ella me dijo que sí se lo había arrendado porque ese inmueble era de la señora Bertha Izquierdo vda. de Macías, cosa mentirosa o afirmación mentirosa pues el inmueble no ha sido jamás de la señora de Macías sino de la Compañía"; agrega que antes de este proceso "hubo una querella policiva iniciada por el representante legal de la empresa Sr. Díaz Romero que venía prosperando, pero que mediante otro truco de mala fe, mediante la falsificación de un acta se frustró en forma absurda porque la autoridad de policía no estudió bien el caso".

Y a instancia del apoderado de la parte actora, el declarante expresó cómo conoció a Elisa González, en la casa de Bertha Izquierdo "...como ama de llaves..." y de quien la señora Bertha "...desconfiaba profundamente porque le robaba las cosas especialmente joyas y dinero...": y sobre la persona que actualmente es poseedora del bien en disputa, dijo que "desde cuando encontré metidos allí a Ríos y a Rodríguez parece que han seguido ocupando indebidamente el inmueble. *No los considero poseedores*", para finalizar, relatando algunos hechos relacionados con una investigación penal. (Subrayas de la Sala).

Julio César Sánchez Parra, revisor fiscal de la compañía actora, narra que el inmueble materia del pleito "...hace parte de unas propiedades de la Compañía de Chocolates La Especial S.A., en liquidación...", y que en su calidad de revisor fiscal sabe que se trata de inmuebles "...aportados a la sociedad desde 1919..."; y en relación con el inmueble No. 15-76 de la Avenida Jiménez interiores uno y dos, manifiesta que "...de tiempo atrás un vendedor ambulante de dulces mantenía las llaves del inmueble, la señorita Elisa González quien fuera durante mucho tiempo empleada doméstica de doña Bertha Izquierdo de Macías aprovechó esa situación para hacer que el encargado de las

llaves se las entregara. Hago un paréntesis y aclaro: que doña Bertha Izquierdo de Macías era propietaria de la mayoría de las acciones de la soc. (sic). La señorita Elisa Gonzalez ya en poder de las llaves se las entregó a Manuel Antonio Rodríguez Noguera y al señor Carlos Felipe Rios Rodríguez quienes con fecha 18 de febrero de 1982 procedieron a invadir el inmueble. Ante esa situación el Sr. Eduardo Díaz Romero en su calidad de liquidador de la sociedad procedió a entablar una demanda policiva contra los invasores, demanda que correspondió en reparto a la Inspección 14A de Policía ante esta demanda de los invasores procedieron a cometer otra serie de delitos que son objeto de investigación en el Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal de Bogotá. Se también que los invasores entregaron al señor Jaime Londoño Gaviria el inmueble y él montó allí un colegio que funcionó aproximadamente durante tres (3) años. Con relación al inmueble en sí eso sería lo que tendría que declarar".

4.- Y respecto del elemento relacionado con la identidad del bien materia de la reivindicación, que la censura cuestiona bajo el presupuesto de que en la demanda solamente se suministraron los linderos de un predio de mayor extensión y se omitieron los de cada uno de los locales que forman parte de aquél, que son precisamente los reclamados, como se estableció en la diligencia de inspección judicial, la comisión del yerro de facto atribuida al Tribunal aparece todavía más infundada, pues de un lado, la censura deja nuevamente al margen del reproche probatorio otros elementos de juicio que el *ad-quem* tuvo en cuenta para determinar la identidad del inmueble disputado, y de otro, para el sentenciador de segunda instancia tal situación no pasó desapercibida, sino que observándola, la solucionó con la aplicación del inciso tercero (3°) del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, todo lo cual se deduce de la siguiente transcripción:

"El cuestionamiento fundamental que se hace al fallo de primera instancia es de no encontrarse identificado el predio que pretende reivindicar la parte actora, sin embargo a juicio de la Sala este presupuesto si concure en el *sub-jídice*, puesto que, según la demanda, de acuerdo a (sic) la prueba documental que se aportó a los autos, la misma actitud del demandado y lo verificado en la inspección judicial verificada (sic) en esta instancia, se establece que se trata de reivindicar una parte determinada de una cosa singular, debidamente descrita por sus linderos y demás especificaciones.

"Y, es que a pesar de que en la demanda no se identificara con exactitud los linderos de los interiores que el demandado posee, se dijo que se trataba del uno y dos, que sin lugar a dudas son inconfundibles como se estableció durante

la inspección judicial a que antes se hizo mención, quedando allí constancia que la porción que ocupa la parte demandada se halla dentro de los linderos generales citados en el libelo demandatorio y que paladinamente trató de negar el demandado, diciéndose ser mero tenedor del predio.

"Lo que a primera vista pareciera un defecto formal de la demanda que conduciría a no dar por establecido el presupuesto de la identidad, no lo es, por cuanto como lo ha venido sosteniendo la H. Corte Suprema, en las hipótesis en las cuales la parte demandada ocupe solo en parte un inmueble, se impone acoger parcialmente lo solicitado en la demanda, limitando la orden de reivindicación a la porción que en verdad posea el demandado".

5.- De manera que, en síntesis, la impugnación ninguna reserva le formula al análisis probatorio realizado en frente de "...la prueba documental que se aportó a los autos...", ni sobre la "...misma actitud del demandado...", que igualmente le sirvieron al fallador de segundo grado como puntales para dar por demostrado el mentado presupuesto de la acción de dominio, especialmente si se tiene en cuenta que no habiendo controvertido el demandado la calidad de poseedor que se le endilgó respecto de los interiores uno y dos del inmueble situado en la calle 13 No. 15-76 de esta ciudad, quedó asimismo acreditado que el bien poseído por éste es el mismo que reclama el reivindicador, y al cual se refieren el título o títulos presentados por él para comprobar su dominio, pues, de conformidad con el pensamiento de esta Corporación "...al consentir en el hecho de la posesión de un inmueble determinado queda demostrada a la vez la identidad, elemento de la acción de dominio; es decir, que el bien cuya posesión el actor atribuye al reo y éste acepta en su silencio es el mismo que persigue el demandante en virtud de la propiedad que alega (G.J. XCII, 925), ni denunció ni combatió la aplicación del inciso tercero (3°) del artículo 305 del C. de P.C., razón por la cual, amenguando el recurrente hubiese demostrado el yerro denunciado, la precitada consideración jurídica seguiría prestándole sólido apoyo a la sentencia del Tribunal, en punto a la demostración de la identidad del bien reivindicado.

De consiguiente, este cargo tampoco prospera.

IV. Decisión:

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

autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 30 de septiembre de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Condénase a la parte demandada-recurrente al pago de las costas causadas en el trámite del recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

ERROR DE HECHO - Modalidades / PRUEBA CONDUCENTE / PRUEBA EFICAZ

Si la impugnación por yerro de facto, no sólo debe concretarse a establecer que el sentenciador supuso una prueba que no obra en los autos o ignoró la presencia de la que sí está en ellos, situaciones éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición) y a demostrar que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria es contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica denunciada por la prueba, sino que es igualmente necesario demostrar que dicho error fue la causa determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, resulta que no es posible sustentar ataque alguno con apoyo en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces.

PERTENENCIA / ANEXOS / CERTIFICADO DEL REGISTRADOR / PRINCIPIOS / PRINCIPIO NO HAY OBLIGATORIEDAD A LO IMPOSIBLE

El aportamiento del certificado previsto en el art. 407 del C. de P.C., sólo será procedente en la medida en que el bien materia de adquisición por el modo de la prescripción se encuentre inscrito o matriculado en la competente oficina de registro de instrumentos públicos, como quiera que en caso contrario y, en virtud del principio general de derecho, conforme al cual no hay obligación a lo imposible, le bastará al pretenso usucapiente aducir un certificado de aquella oficina en el que conste que dicho bien no aparece inscrito o matriculado en el inventario de los bienes situados dentro del correspondiente círculo, para que entonces la acción se enderece contra personas indeterminadas, hipótesis en la cual tiene cabal operancia la previsión contenida en el art. 69 del decreto 1250 de 1970.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 3977 *Sentencia No. 016*

Decídese el recurso de *casación* interpuesto por las demandantes contra la sentencia de 18 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia en este proceso ordinario de Alicia y Adela López Lozano contra personas indeterminadas.

I. Antecedentes:

1. Demandando a las personas indeterminadas que pudieran tener algún derecho sobre "un lote con casa de habitación situado en el municipio de Rionegro en la carrera 53, distinguido en su puerta de entrada con el No. 47-83...", Alicia y Adela López Lozano promovieron proceso ordinario para que se declarase que "...adquirieron por prescripción extraordinario..." el dominio del referido bien, y que, como consecuencia de tal declaración, se ordenase la inscripción de la respectiva sentencia en la competente oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

2. Para tal efecto, las demandantes relataron que son poseedores, por un espacio de tiempo superior a veinte años, de un lote con casa de habitación, situado en la carrera 53 No. 47-83 del municipio de Rionegro (Antioquia), determinado por los siguientes linderos: "Por el frente (Oriente) con la carrera 53; por el Norte, con la calle 48A, con propiedad de Jairo Castro A., con María Quintero y Alicia Vargas; por el occidente, con herederos de Ofelia López, en parte, y con Jairo Castro; por el Sur, con la familia González García y con la sucesión del señor Jesús Duque, linderos que actualizados y "de acuerdo con el croquis" presentado, son: "Por el frente que da al oriente con la carrera 53 en 16 metros aproximadamente; por el Norte con la calle 48A en parte, luego se entra en forma de escala y linda con Bertha Arbeláez, antes Jairo Castro; sigue entrando de escala para lindar con María Quintero y con propiedad de Alicia Vargas; por la parte de atrás en 5.20 metros aproximadamente lindando con lote de Ofelia López; por el otro costado linda con sucesión de Jesús Duque y sucesión de Francisco González"; que entraron en posesión de dicho bien en octubre de 1969, pero que lo ocupaban desde tiempo atrás; que "...en el

certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos se dice que no aparecen propietarios inscritos, por lo cual se demanda a las personas indeterminadas que se crean con algún derecho sobre el inmueble"; que, han poseído dicho bien "...en forma pacífica, continua, quieta, pública sin clandestinidad y en forma ininterrumpida durante más de 20 años, sin reconocer dominio ajeno"; que durante todo ese tiempo "...han ejercido actos de señor y dueño con hechos positivos de aquellos que sólo da el derecho de dominio, tales como hacer mejoras al inmueble, arrendarlo, pagar impuestos de valorización y servicios, etc., sin reconocer dominio ajeno..." reconociéndolas toda la ciudadanía como las únicas dueñas; que las mejoras allí plantadas son: se cambiaron las baldosas, levantaron algunos muros de adobe; colocaron sanitarios; cambio de puertas; se relocalizó el alcantarillado, se cambiaron los contadores, se instaló teléfono, y en términos generales, han velado por la conservación y sostenimiento de la propiedad.

3. En su oportuna respuesta a la demanda, el curador *ad litem* de las personas indeterminadas manifestó, respecto de las pretensiones, que ni las admitía ni las rechazaba, acogiendo en consecuencia, la respectiva decisión judicial, y en relación con los hechos, que no le constaban y, que por lo tanto, se atenía al resultado del recaudo probatorio; expresó, además, que en consideración a los principios de lealtad procesal y economía, no encontraba excepciones que formular, ni previas, ni de fondo.

4. Agotado el trámite previsto para el proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia concluyó con sentencia de 11 de diciembre de 1991, en virtud de la cual se despacharon favorablemente las pretensiones de las demandantes; más, al surtirse el grado de consulta respectivo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante sentencia de 18 de marzo de 1992, revocó aquella decisión y, en su lugar, se declaró inhibido para decidir el litigio.

5. Contra esta última determinación las demandantes interpusieron el recurso de casación, impugnación que por encontrarse debidamente sustanciada, pasa a decidirse por la Corte.

II. La sentencia recurrida:

Una vez relatados los antecedentes del litigio, resumidas las aspiraciones de las demandantes y, compendiada la actuación surtida en la primera instancia, el tribunal aborda el tema de la demanda en forma, como requisito para el

pronunciamiento de mérito sobre la cuestión litigiosa, presupuesto procesal que incluye "...el cumplimiento de exigencias de forma y la presentación de los documentos que la ley ordena...", para lo cual, entrando en la materia que ocupa su atención, recuerda que tanto la Corte como esa Corporación han observado que "los señores jueces con cierta ligereza dan por satisfecho el requisito del artículo 407-5 del C. de P.C. con cualquier certificado de la Oficina de Registro que se les presente, cuando la norma exige uno en que se diga claramente quienes figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro, o uno que de manera expresa diga que no aparece ninguno como tal. No hay que olvidar que el proceso de pertenencia es prácticamente una expropiación judicial sin indemnización previa".

En el marco de dicha observación, el *ad quem* recuerda que el artículo 413-5 del C. de P.C., hoy, 407-5 *ibídem*, superó el juicio de inconstitucionalidad que se le promovió, y en dicha oportunidad, la Corte expresó acerca del mentado certificado que el que debe acompañarse a la demanda "...de manera expresa ha de indicar las personas que, con relación al específico bien cuya declaración de pertenencia se pretende, figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de manera clara decir que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de los mismos. Es entonces, el interesado en el certificado aludido quien suministrará los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y para que él sea expedido, lo cual no sucede cuando se presentan actos u omisiones dolosas que a la postre hacen inútil la exigencia contenida en el artículo 413-5; de que la demanda sea dirigida expresamente contra quien, de acuerdo con el certificado, aparezca como titular de un derecho real principal sobre el bien del cual se espera una declaración de pertenencia (Sala Constitucional, nov. 12/80)".

Seguidamente el sentenciador de segundo grado describe, de conformidad con el artículo 54 del Decreto 1250 de 1970, la forma y el contenido de los certificados que sobre el particular deben expedir las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, y relaciona el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que dicho precepto ha tenido, memorando, delanteramente que, "en providencia de abril de 1979 (sic), esta Corporación dijo en el punto que en virtud de los dispuesto por el nuevo estatuto de registro de instrumentos públicos (art. 54 del Dto 1250 de 1970), el certificado sobre la situación jurídica de un determinado inmueble consiste en la reproducción por cualquier sistema que garantice nitidez y durabilidad. Por tanto, quien figure en el folio de matrícula inmobiliaria como titular de algún derecho de aquellos, necesariamente debe aparecer como tal en

el certificado que expide el Registrador, pues éste es siempre trasunto o copia de aquél"; y luego, que según la Superintendencia de Notariado y Registro "...para expedir un certificado en la forma como lo exige el artículo 413, hoy 407 del C. de P.C., necesariamente tiene el bien que estar matriculado, pues, sólo sobre bienes matriculados puede hablarse de titulares de derechos reales. Nadie puede afirmar si sobre un bien raíz existen propietarios, si no conoce ese bien raíz, si no lo ha visto", razón por la cual, continúa dicha dependencia afirmando que "Asimismo, ningún registrador podrá referirse a un inmueble determinado si ese bien no se encuentra matriculado. No podrá entonces referirse a cierto bien en concreto si no ha visto su matrícula; y si la encuentra, encontrará como es lógico su propietario" (Revista infolios Nro. 36, oct-nov. 1981)", agregando que "cuando a un inmueble no se le ha abierto el folio de matrícula, a partir de 1970 el artículo 88 del citado Decreto indica la forma de hacerlo".

"En el caso a estudio -prosigue el tribunal-, se tiene que en el certificado de registro expedido por la oficina de II. PP. de Rionegro (A), allegado como anexo de la demanda, se informa que al inmueble 'no se le encontró ningún propietario'. Este certificado resulta deficiente desde todo punto de vista, si se tiene en cuenta que no dice que el bien pretendido en usucapión esté registrado en alguno de los libros que allí se llevan, y menos que sobre el mismo aparezca alguna persona como titular de derechos reales".

Reitera, que si de conformidad con la doctrina "el folio de matrícula real es, entonces, la radiografía del inmueble sin la cual es imposible detectar sus enfermedades..." (Luis Guillermo Velásquez, Bienes), en el caso presente "faltó esa radiografía y por ello no fue posible derectar su anterior o anteriores propietarios. De otro lado, ni en el certificado allegado como anexo a la demanda (fl. 9) ni en el que se trajo como prueba de oficio (fl. 36 v/to), se informa que el inmueble se encuentre matriculado, cuando precisamente lo exigido por la ley es una certificación en la que se diga que el bien está matriculado, con indicación de las personas que figuran como titulares de derechos reales o que no figura ninguna como tal. Cuando como en el caso a estudio, no existe matrícula, puede tratarse de un bien baldío o vacante, o ejido o de propiedad de una entidad de derecho público, según el caso, y como es sabido, éstos no pueden adquirirse por prescripción".

De consiguiente, remata el ad quem, "...como el certificado del Registrador es un anexo de la demanda en esta clase de procesos y los acompañados no satisfacen las exigencias del artículo 407-5 del C. de P.C., el fallo a proferirse

será meramente formal o inhibitorio, por ausencia del presupuesto procesal denominado en forma".

III. La demanda de casación:

Un cargo enfilan las demandantes-recurrentes contra la sentencia precedentemente resumida, situado en el ámbito de la causal primera de casación, mediante el cual acusan la providencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 2512, 2518, 762, 2522, 2532 del Código Civil, modificado el último por el artículo 1o. de la ley 50 de 1936, y numeral primero (1o.) del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia del yerro de facto en que incurrió el tribunal al "...deducir, del examen de las pruebas, la falta del presupuesto procesal denominado demanda en forma".

En el desenvolvimiento de la censura, las recurrentes, luego de reproducir los pasajes pertinentes del fallo impugnado, de transcribir el contenido del numeral quinto (5o.) del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil y de resumir el concepto de la Superintendencia de Notariado y Registro emitido sobre el particular, expresan que "...los conceptos y circulares que el jefe de una dependencia envía a los empleados subalternos, sobre la forma de aplicar las leyes en el ejercicio de sus funciones, *no son fuente del derecho*, en cuanto no pueden crear normas generales, de obligatorio cumplimiento para los asociados -en tal sentido es unánime la posición de la doctrina y la jurisprudencia-; sólo se aceptan como actos administrativos con el fin práctico de poder ejercer (con relación a tales circulares y conceptos) el control jurisdiccional, concretamente la acción de nulidad...", tal cual lo previene el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989; que "...la misma Superintendencia de Notariado y Registro, en circular Nro. 037 de *julio 9 de 1985*, dio instrucciones a los Registradores de Instrumentos Públicos sobre la forma de expedir los certificados destinados a procesos de declaración de pertenencia, indicándoles que transcurridos 8 años de haberse implantado el sistema Indices de propietarios y de inmuebles, no se justifica que aún se continúe haciendo alusión a la falta de libros índices, surtidos en gran porcentaje por tales tarjetas"; y que, en dicha circular también se advierte que a partir de la fecha de su recibo "...en los certificado que se soliten para acompañar a la demanda sobre declaración de pertenencia, se debe decir con claridad qué personas figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro O DE QUE -SIC- NO PARECE NINGUNA COMO TAL..." (mayúsculas mías).

A renglón seguido, las impugnantes reproducen el contenido de los certificados aportados con la demanda y el solicitado por el juzgado, como prueba de oficio, para concluir, de cara al numeral 5o. del artículo 407 del C. de P.C., lo siguiente:

"4.1. La ley (artículo 407-5 del C.P.C., 413-5 del anterior) sólo exige que en el certificado consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, O QUE NO APARECE NINGUNA COMO TAL.

"4.2. En el mismo sentido la Honorable Corte Suprema de Justicia.

"4.3. Como es obvio, el Tribunal Superior ha debido consultar la clara disposición legal y la reiterada posición de la Honorable Corte Suprema de Justicia -que el Tribunal cita en la página 7 frente de la sentencia, pero mal interpretándola, en lugar de fundamentarse en el equivocado concepto o circular del Superintendente de Notariado y Registro.

"La errada y ya reiterada posición del Tribunal Superior de Antioquia, impide la solicitud de declaratoria de pertenencia *contra personas indeterminadas* -cuando se certifica que no aparece ninguna como titular de derechos reales sujetos a registro-, *que está autorizada por el C. de P. Civil.*

"4.4. Si el Tribunal quería basar su fallo en los conceptos de la Superintendencia de Notariado y Registro *ha debido consultar la circular No. 037 de julio 9 de 1985 - posterior* al concepto que invocó, publicado en revista de 1981 (sic), donde se instruye a los registradores que en el certificado se debe decir con claridad qué personas figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro o QUE NO APARECE NINGUNA COMO TAL, que es precisamente lo que ordena la ley.

"4.5. Sólo basta leer los certificados expedidos por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Rionegro, para concluir que *satisfacen plenamente* los requisitos legales y las orientaciones actuales de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de la Superintendencia de Notariado y Registro, por lo que el fallo ha debido ser confirmatorio del dictado por el Juzgado.

"4.6. No viene al caso el artículo 54 del D. 1250 de 1970 (citado por el Tribunal), pues se refiere a la manera de expedir los certificados cuando con relación a los bienes se encuentran inscripciones.

"Y el artículo 88 del mismo Decreto (también mencionado en la sentencia) indica cómo ha de procederse cuando, con relación al inmueble, no se ha abierto el folio de matrícula: tampoco viene al caso, pero cuando se obtenga la sentencia favorable (como lo espero), el Registrador ha de tomar medidas encaminadas a la apertura del folio de matrícula, obedeciendo tal disposición.

"En cambio, debió tener en cuenta el tribunal el contenido del artículo 69 del citado Decreto que se *refiere a la inscripción de la sentencia declarativa de pertenencia*, en cuyo inciso 2o. se lee:

"Si esa matrícula no estuviere abierta o la determinación del bien que apareciere en ella no coincidiere exactamente con la expresada en la sentencia, será abierta o renovada, según el caso, la respectiva matrícula, ajustándola por lo demás a las especificaciones establecidas en la presente ordenación, pero sin que sea necesario relacionar los títulos anteriores al fallo". En resumen, dicen las recurrentes "...erró el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia al concluir que el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos (tanto el presentado como anexo a la demanda, como el enviado en razón de la prueba de oficio, resulta deficiente, porque no dice que el bien se encuentra registrado o matriculado y que sobre el mismo aparezca alguna persona como titular de derechos reales, cuando la ley (artículo 407-5 del C. de P.C.) sólo exige que a la demanda se acompañe un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos *en donde consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro*, O QUE NO APARECE NINGUNA COMO TAL y como quedó explicado -el certificado que se aportó a la demanda cumple con la exigencia legal. Igualmente satisface la exigencia legal el certificado expedido por el Registrador, en razón de la prueba decretada oficiosamente por el Juzgado".

Añaden las demandantes que si de conformidad con el artículo 69 del Decreto 1250 de 1970, ejecutoriada la sentencia declarativa de pertenencia "*...si la matrícula no estuviere abierta*, al Registrador le corresponde proceder a abrirla, como puede pretender el tribunal... que siempre el certificado tenga que indicar que el bien se encuentre matriculado o registrado?".

Finalmente, las recurrentes se dedican a precisar el concepto de la violación de las normas cuyo quebranto denuncian, no sin antes reiterar que "quedó demostrado que el tribunal... incurrió en grave error al deducir, del examen de las pruebas, la falta del presupuesto procesal denominado demanda en forma.

por lo que se declaró inhibido para decidir de fondo, yerro de fondo, yerro de influencia capital en la decisión adoptada, es decir, tiene con ella relación de causalidad, fue el origen del perjuicio..., por lo que se cumple las condiciones o requisitos para que la Honorable Corte Suprema de Justicia case la sentencia atacada, y proceda, en sede de instancia, a expedir la que corresponda".

Consideraciones:

1. De entrada puede advertirse que la imputación que se le hace al *ad quem* de haber incurrido en error de hecho en la apreciación del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Rionegro sobre la situación jurídica del inmueble materia de usucapión, no sólo del aportado con la demanda incoatoria del proceso (flios 8 y 9, Cdno No. 1), sino también del incorporado al expediente con fundamento en las facultades probatorias del juez (flios 33 a 36 v/to, Cdno 1), que es la pieza procesal sobre la que al fin y al cabo recae el peso de la crítica probatoria consignada en el cargo, es totalmente infundada, comoquiera que si *la impugnación por yerro de facto, no sólo debe concretarse a establecer que el sentenciador supuso una prueba que no obra en los autos o ignoró la presencia de la que sí está en ellos, situaciones éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición) y a demostrar que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria es contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica denunciada por la prueba, sino que es igualmente necesario demostrar que dicho error fue la causa determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, resulta que no es posible sustentar ataque alguno con apoyo en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces, tal cual aconteció en el caso sub lite.*

En efecto: de conformidad con la sentencia recurrida en casación no se establece que el sentenciador de segundo grado hubiese ignorado la presencia de la aludida probanza documental, sino que constatando su presencia, concluyó que dicho elemento de convicción, tal como obra en el expediente, no satisfacía los requisitos legales para tenerlo como el certificado que debe acompañarse a la demanda incoatoria del proceso de pertenencia, según el numeral 5o. del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, pues en el punto fue meridiano cuando expresó que "...el certificado expedido por la

oficina de I.I. P.P. de Rionegro (A), allegado como anexo de la demanda,... resulta deficiente desde todo punto de vista, si se tiene en cuenta que no dice que el bien pretendido en usucapión esté registrado en alguno de los libros que allí se llevan, y menos que sobre el mismo aparezca alguna persona como titular de derechos reales", conclusión que, ni es absolutamente contraria a la realidad fáctica que ostenta dicha prueba, ni es la causa determinante de haber adoptado una decisión contraria a la legal, como a continuación se expone.

De un lado, el pasaje pertinente del mencionado certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Rionegro (A) dice textualmente: "2. que examinados los libros índices de inmuebles y de propietarios, tarjetas índices de inmuebles y de propietarios, durante un período de veinte años, el inmueble situado en la zona urbana del municipio de Río Negro, en la carrera 53, marcado en su puerta de entrada con el No. 47-83, cuyos linderos han sido presentados en el memorial petitorio, no se le encontró ningún propietario", información que se reiteró en el certificado solicitado como prueba oficiosa por el juzgado, a pesar de que con él se procuraba incorporar un certificado más explícito sobre el particular, como que se le pidió a dicha oficina que "... indicara si el inmueble allí identificado por su ubicación y linderos, aparece registrado con matrícula propia en dicha oficina o en alguno de los libros índices que allí se llevan. De no aparecer registrado se indicará. De resultar matriculado se dirá a nombre de quien figura o que no aparece nadie como tal. Se acompañará copia auténtica del certificado...", y de otro, la apreciación del tribunal, en el análisis de dicha probanza, acompasa con lo que al respecto prevé el estatuto orgánico de registro de instrumentos públicos (Decreto 1250 de 1970), cuando al regular el tema de los certificados (Capítulo VII, artículos 54 a 57) dispone que "las oficinas de registro expedirán certificados sobre la situación jurídica de los bienes sometidos a registro, *mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas*" y que la certificación podrá consistir en "...la transcripción total *de los folios de matrícula, o en su reproducción por cualquier sistema que garantice nitidez y durabilidad*", previsión legal que determina, como es apenas obvio, que la certificación exigida por el numeral 5o. del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil no puede ni debe limitarse simplemente a constatar "...las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o de que ninguna aparece como tal...", sino que debe reproducir fiel y totalmente "...las inscripciones respectivas...", bien sea, mediante la transcripción total "...de los folios de matrícula..." o su "...reproducción por cualquier sistema que garantice nitidez y durabilidad...', comoquiera que tal verificación consti-

tuye ciertamente el procedimiento lógico para que el funcionario respectivo pueda, con conocimiento de causa, expedir un certificado que satisfaga las exigencias del artículo 407 del ordenamiento procesal civil, esto es, con la indicación de las personas que, respecto de los bienes inscritos o matriculados, figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que ninguna aparece como tal. (subrayas de la Sala).

Desde luego que, como es igualmente lógico, el aportamiento del certificado previsto en el precitado artículo 407 *ibídem*, sólo será procedente en la medida en que el bien materia de adquisición por el modo de la prescripción se encuentre inscrito o matriculado en la competente oficina de registro de instrumentos públicos, comoquiera que en caso contrario y, en virtud del principio general de derecho, conforme al cual no hay obligación a lo imposible (ad imposibilia nulla obligatio est), le bastará al pretenso usucapiente aducir un certificado de aquella oficina en el que conste que dicho bien no aparece inscrito o matriculado en el inventario de los bienes situados dentro del correspondiente círculo, para que entonces la acción se enderece contra personas indeterminadas, hipótesis en la cual tiene cabal operancia la previsión contenida en el artículo 69 del Decreto 1250 de 1970, según la cual "ejecutoriada la sentencia declarativa de pertenencia, el registrador la inscribirá en folio de matrícula correspondiente al bien de que se trate"; pero "...*si esa matrícula no estuviere abierta* o la determinación de bien que apareciere en ella no coincidiere exactamente con la expresada en la sentencia, *será abierta* o renovada, según fuere el caso, *la respectiva matrícula*, ajustándola por lo demás a las especificaciones establecidas en la presente ordenación, pero sin que sea necesario relacionar los títulos anteriores al fallo..." (Subraya la sala), sin que lo aquí discurrido se convierta en generoso portón para que por allí pueda penetrar "...toda maquinación del demandante enderezada a impedir o a hacer más difícil que el titular de derechos reales pueda controvertir la demanda y defender su título registrado...", máxime "...cuando se sabe quién es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia..." (CLVIII, 310).

Y sobre este último aspecto conviene precisar que las demandantes al solicitar el certificado obrando al folio 9 del cuaderno principal le advirtieron al Registrador de Instrumentos Públicos respectivo que "en el catastro figura esta propiedad como de la sucesión de Cleofe Hernández y Ramón Lozano. Predio No. 5196" y que el juzgado de la causa, al exigir otro documento de la misma naturaleza (folios 32 a 36 v/to, Cdno No. 1), no solamente le volvió a suministrar

aquel dato sino que además le observaron al mismo funcionario que "de acuerdo con la prueba testimonial obrante en el proceso, antes de entrar en posesión del inmueble las señoras Adela y Alicia López Lozano, el inmueble era poseído por Josefa, Tulia y Leonor Lozano Fernández, tías de las primeras...", sin que se hubiese acreditado, de un lado, diligencia alguna de la parte actora tendiente a la verificación real de tal situación, ni pronunciamiento alguno del funcionario respectivo, en torno a tales informes.

Por tanto, el cargo no prospera.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 18 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia en este proceso ordinario de Alicia y Adela López Lozano contra personas indeterminadas.

Condénase a la parte actora-recurrente al pago de las costas causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al tribunal de origen.

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

REPRESENTACION / PODER - Carencia / NULIDAD PROCESAL / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / ERROR IN JUDICANDO / ERROR IN PROCEDENDO

Si alguien diciéndose apoderado de otro, sin serlo actúa en el proceso, es evidente que el problema es de representación judicial; y si de carencia absoluta de poder se trata, se generaría la nulidad prevista en el num. 7 del art. 140 del C. de P.C., aspecto que sólo podría denunciarse en casación por la causal quinta del art. 368 in fine y no por la primera, que supone siempre un vicio in judicando y no in procedendo.

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Ataque todos los Fundamentos

En el presente caso, se está frente un ataque aislado en casación, que es inane, porque mientras se deje al margen de la acusación algún fundamento que sirva de soporte a la sentencia, éste seguiría prestándole firme apoyo así y a todo el que si fue objeto del combate resulte exitoso.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Directa / TECNICA DE CASACION

En el planteamiento de la violación directa de la norma sustancial, ha de prescindirse por completo de las conclusiones a que haya arribado el fallador sobre el análisis fáctico y probatorio del proceso. Si se acusa la sentencia de quebrar derechamente una norma material, ningún reparo debe hallarse al aspecto señalado porque precisamente en ese tópico debe coincidir sentenciador y recurrente; o lo que es lo mismo, el recurrente no puede separarse de las conclusiones que derivó el tribunal del examen de los hechos. / El recurrente no podía, por impedírselo la técnica referida, plantear que la transgresión que denuncia lo fue en forma directa, si es que el desenvolvimiento de la censura entrañaba cuestiones de orden probatorio.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 3944 *Sentencia No. 017*

Decídese el recurso de *casación* interpuesto por los codemandados Luis Alberto Aristizábal Fadul, Fabiola Valencia de Londoño y Yolanda Londoño de Aristizábal contra la sentencia de 17 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en el proceso ordinario adelantado por Orlando Gutiérrez Gómez, Gonzalo Hoyos Pulido, Hernando Hoyos Aristizábal, Julio César Osorio Orozco, Adriana María Ordóñez Betancur, Sara Betancur de Hernández, Darío Jaramillo Jaramillo, Teresa Salazar de Hoyos, Floro F. Hoyos Gómez, Olga Cecilia Mejía de Palacio y la sociedad Gómez Hermanos Ltda. contra los prenombrados recurrentes y Gloria Mejía de Gutiérrez, Patricia Moreno de Martínez, Fernando Londoño Echeverri y Clara Luisa Becerra de L..

I. Antecedentes

1.- El proceso en mención tuvo inicio con la demanda en que Orlando Gutiérrez, convocando a juicio a Luis Aristizábal Fadul y Fabiola Valencia de Londoño, pidió, por intermedio de apoderado que constituyó al efecto, que se "revoque" las compraventas contenidas en las escrituras públicas números 1477 y 1478, corridas ambas en la notaría primera de Cartago el 12 de septiembre de 1988, "por haberse celebrado en fraude de los derechos del acreedor demandante", y que, en consecuencia, los bienes relacionados en la demanda deben regresar al patrimonio de Aristizábal Fadul y así el demandante poder obtener la solución de su crédito, a más de ordenarse la cancelación de las escrituras y su registro inmobiliario.

2.- Los hechos básicos del *petitum*, así los recapitula la Corte:

a.- Con antelación al 12 de septiembre de 1988, Aristizábal Fadul se había convertido en deudor del demandante por obligaciones contenidas en letras de cambio que luego, y para evitar el inminente juicio ejecutivo, pagó con los cheques posdatados que se adjuntaron al libelo demandatorio; actitud del deudor que tenía por objeto "mantenerlo entretenido" hasta que mediante los

actos escriturarios relacionados "dijo enajenarle" a su suegra, Fabiola Valencia de Londoño, "todos los bienes que estaban en cabeza de él, los mismos que allí especificó, por un precio "irrito", de tal suerte que "se insolventó en forma fraudulenta" para eludir las obligaciones que tenía para con Gutiérrez Gómez.

b.- El demandante "tiene la convicción de que los actos jurídicos, contenidos en las escrituras 1477 y 1478 es simulado (sic), promuévese la acción pauliana, por haberse celebrado un fraude de los derechos del acreedor...".

c.- Ese proceder fraudulento, que colocó a Aristizábal Fadul en insolvencia total, permite al demandante "ejercitar la acción de revocación o pauliana", dado que la adquirente "tenía conocimiento del estado de insolvencia en que quedaba el vendedor lo que constituye el llamado fraude pauliano".

d.- Las escrituras dichas rezan que entre los contratantes no hay parentesco; lo que es inexacto porque entre vendedor y compradora hay relación de yerno a suegra.

3.- En razón del motivo que determinó la inadmisión de la demanda, el poderdante extendió el mandato para que también se demandase a Yolanda Londoño Valencia de Aristizábal, lo cual hizo su apoderado (folio 33), pidiendo que las declaraciones suplicadas se hagan extensivas a ella, respecto a los negocios "en los cuales se dijo que esta también transfería los bienes a su señora madre FABIOLA VALENCIA DE LONDOÑO".

4.- Los demandados se opusieron a las pretensiones negando sus fundamentos fácticos. Luis Alberto y Fabiola dijeron excepcionar al alegar "falta de dolo", "falta de consilio", y que el crédito del demandante es posterior a los contratos"; el primero de ellos dijo particularmente que se oponía "por no ser ciertos los hechos fundamentales en que se basa su acción ya sea PAULIANA o de SIMULACION, como lo ha llamado en su escrito introductorio".

Yolanda, por su lado, afirmó su posición en que ningún vínculo obligacional tiene con el demandante que le impidiera enajenar la cuota de dominio que ostentaba sobre el inmueble (...) a que se refiere la escritura 1477...".

5.- Después se presentaron al juicio Gonzalo Hoyos Pulido, Teresa Salazar de Hoyos, Floro Hoyos Gómez, Darío Jaramillo Jaramillo, Sara Betancur de Hernández, Julio César Osorio Orozco, Adriana María Ordóñez Betancur, Hernando Hoyos Aristizábal y la sociedad Gómez Hermanos Limitada, otor-

gando poder para convocar a juicio ordinario, además de los demandados iniciales, a Gloria Mejía de Gutiérrez, Fernando Londoño E., Clara Luisa Becerra de L. y Patricia Moreno de Martínez.

Así que el procurador judicial de los nuevos comparecientes, quien a la postre fue el mismo del actor inicial, reformó entonces la demanda para solicitar en nombre de aquéllos y de éste que se revoquen, porque la celebración se hizo en fraude de su condición de acreedores, los contratos plasmados en las escrituras públicas números: 1477 y 1478 atrás ya mencionadas; 651 y 652 de 24 de octubre de 1988, de la notaría única de Circasia (Quindío), por las que Fabiola Valencia de Londoño dijo vender a Gloria Mejía de Gutiérrez los inmuebles de folios de matrícula inmobiliaria números 280-002464, 280-0015105 y 280-0010716, debidamente especificados en la demanda; 1688 de 13 de octubre, de la notaría primera de Cartago, en virtud de la cual Fabiola Valencia Londoño dijo vender a Fernando Londoño Echeverri y a Clara Luisa Becerra de Londoño, "su derecho de cuota de mitad en el dominio" de los inmuebles con registro inmobiliario números 280-0062446 y 280-0062447; y 649 de 23 de octubre de 1988, de la notaría única de Circasia, en la que la misma Fabiola dijo vender a Patricia Moreno de Martínez los apartamentos 301 y 401 del Edificio Los Nogales, con folios de matrícula 280-0046728 y 280-0046733.

Y, como consecuencia de ello, que los bienes inicialmente vendidos por Luis Alberto Aristizábal regresen a su patrimonio para que los demandantes se paguen las acreencias que relacionaron así: Teresa, $200.000.oo representados en letra de cambio de 16 de marzo de 1988; Olga Cecilia, $1.000.000.oo representados en una letra de cambio vencida el 25 de junio de 1988; Gómez Hermanos Limitada, $5.000.000.oo que constan en letra de cambio aceptada el 8 de agosto de 1987 y vencida el 8 de septiembre de 1988; Darío Jaramillo Jaramillo, $2.000.000.oo que figuran en dos letras de cambio que vencieron, la una el 1° de julio de 1987, y la otra el 1° de octubre de 1988.

Pidióse asimismo que los bienes inicialmente vendidos tanto por Luis Alberto como por Yolanda, regresen a sus respectivos patrimonios para que Julio César Osorio Orozco pueda pagarse las sumas representadas en varias letras de cambio que vencieron el 12 de septiembre de 1988, 20 de noviembre de 1988 y otra más con vencimiento el 16 de abril de 1989.

Por último, que se ordenen las cancelaciones notariales y de registro correspondientes.

Subsidiariamente se pidió que se declararan absolutamente simulados los contratos contenidos en las escrituras 1477, 1478, 652, 651, 1688 y 649, ya mencionadas, condenándose a las restituciones correspondientes y ordenándose las cancelaciones tanto de notaría como de registro.

Los hechos de la demanda reformada son esencialmente los mismos expresados en el libelo inicial, agregándose en concreto para la simulación que los contratos aludidos "son contrarios a la realidad, ya que con ellos no se efectuó una verdadera compraventa, sino que se buscó sustraer los bienes de LUIS ALBERTO ARISTIZABAL FADUL y YOLANDA VALENCIA DE ARISTIZABAL de la persecución de sus numerosos acreedores", entre otros a los demandantes, (...) sin que realmente hubiese existido voluntad de transferir el dominio y posesión material sobre los bienes inmuebles...".

6.- Luis Alberto, Yolanda y Fabiola reiteraron su posición primigenia ante el nuevo traslado. Los nuevos demandados igualmente se opusieron a las pretensiones, y, en general, adujeron que las compras por ellos realizadas fueron serias y lícitas, exentas de mala fe; de ahí que dijeran oponer excepciones tales como ausencia del fraude pauliano y simulación, así como de dolo y preexistencia de la acreencia en el demandante Gutiérrez.

7.- La primera instancia culminó con sentencia que el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia pronunció el 23 de abril de 1991, por la que se denegó la acción revocatoria o pauliana; se desestimaron las excepciones de mérito; se acogió la simulación absoluta de los contratos contenidos en las escrituras 1477 y 1478 de 12 de septiembre de 1988 de la notaría primera de Cartago, declarándose a continuación, y como secuela de ello, que los bienes -allí mismo especificados- no han salido del patrimonio de Luis Alberto Aristizábal Fadul y Yolanda Londoño de Aristizábal. También se declararon simulados los contratos de las escrituras 651 y 652 de 24 de octubre de 1988 de la notaría única de Circasia; se precisó que la simulación no arropaba la heredad denominada "El Retiro" (matrículas inmobiliarias 280-0062446 y 280-0062447) ni los apartamentos 301 y 401 (matrículas 280-0046728 y 280-0046733) pero que no obstante el primero de estos apartamentos "queda sujeto a las consecuencias previstas en el inciso último del literal a) del numeral 1° del artículo 690 del C. de P. Civil". Por todo ello se ordenaron las cancelaciones pertinentes en el registro.

Por lo demás, se denegaron las pretensiones respecto del contrato plasmado en la escritura 649 de 23 de octubre de 1988 de la notaría única de Circasia; se

inhibió el juzgado en relación con los de la escritura 1688 de 13 de octubre de 1988 de la notaria primera de Cartago; se denegó la restitución de los inmuebles "aquí afectados" y se hizo la condigna imposición de costas.

8.- Los demandados Luis A. Aristizábal, Yolanda Londoño y Fabiola Valencia apelaron. Y, el Tribunal Superior de Armenia resolvió la impugnación mediante la sentencia en que dispuso confirmar la de primer grado, excepto en cuanto declaró simulado el contrato contenido en la escritura pública 651 de 24 de octubre de 1988, de la notaría única de Circasia, punto que revocó expresamente.

9.- Quedó dicho que la decisión del Tribunal fue recurrida en casación.

II- La Sentencia del Tribunal:

No sin antes historiar el litigio, arrancó sintetizando la inconformidad del apelante en relación con el presupuesto procesal de demanda en forma, y más exactamente en torno a las deficiencias que achaca a los poderes judiciales en virtud de los cuales se introdujeron las pretensiones; como fruto de ese examen no vaciló en calificar ese ataque como un "flagrante desconocimiento de la realidad procesal que se encarga de echarlo por tierra".

Y a explanarlo se dedicó enseguida. Partió de que el cargo de carencia total de poder no se abre paso porque "es lo cierto, que a folios 13, 32 y 151 a 161, obran debidamente otorgados los poderes conferidos por Orlando Gutiérrez Gómez inicialmente para proceso ordinario contra Luis Aristizábal Fadul y Fabiola Valencia de Londoño extendido posteriormente contra Yolanda Londoño Valencia de Aristizábal para adelantar en contra de ellos acción de revocatoria de los actos en él indicados": así como los que los demás demandantes otorgaron después para deprecar la acción pauliana o revocatoria, como principal, y la de simulación como subsidiaria.

Así que desembocó en lo que sigue:

"Existen entonces en el plenario mandatos judiciales que autorizaban al apoderado inicial y posteriormente al sustituto, para intentar en contra de Luis Aristizábal Fadul, Fabiola Valencia de Londoño y Yolanda Londoño de Aristizábal, las pretensiones revocatorias de las escrituras Nos. 1477 y 1478 de 12 de septiembre de 1988, de la Notaría Primera de Cartago, Valle, y en contra

de Luis Alberto Aristizábal Fadul, Yolanda Londoño de Aristizábal, Fabiola Valencia de Londoño, Gloria Mejía de Gutiérrez, Patricia Moreno de Martínez, Fernando Londoño Echeverri y Clara Luisa Becerra de L., las pretensiones de acción pauliana o revocatoria, como principal, y la de simulación, como subsidiaria, por el grupo de demandantes ya referido, mandatos en cuyo ejercicio se deprecaron las pretensiones que obran a folios 163 a 183 del c.p., independientemente de su prosperidad o fracaso".

Señaló a continuación que tampoco se da el evento de la insuficiencia de poderes, "por no ser exigencia legal la determinación en el poder de los asuntos a que se ha de contraer el debate en forma tan específica y concreta como lo pretende el recurrente" pues es bastante que "se determinen o enuncien por su simple naturaleza a efecto de distinguirlos de otros y sin que sea necesario precisar todas y cada una de las pretensiones que se pretenda hacer valer".

A más de ello, sería una irregularidad denunciada fuera de término, porque si no se hizo al trabarse la relación procesal, se estuvo asintiendo, y no puede luego reclamarse con fundamento en ella.

De ahí pasó al argumento con que se acusa de extrapetita el fallo y halló que únicamente le asistía razón al apelante en punto a que -dijo- el juzgado excedió el "ámbito jurisdiccional en cuanto la declaración de simulación absoluta del contrato de compraventa del inmueble `La Esmeralda' o `San Diego', contenido en la escritura 651 citada al no haber sido materia de enjuiciamiento por los demandantes". Por lo que resolvió "excluir dicho bien de tal declaración".

Por último, encontró ajustadas a derecho las "declaraciones consecuenciales protestadas".

Así que, sin más, anticipó que confirmaría el fallo, con la salvedad enantes señalada.

III. La demanda de casación:

Tres cargos se enderezan contra la decisión así recurrida, todos con fundamento en la causal primera de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil: se despacharán en el orden propuesto, pero los dos primeros, por venir edificados sobre la misma premisa, en forma conjunta.

Primer cargo:

Se denuncia la violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 961, 962, 1602, 1618 y 1766 del Código Civil, "a causa de haberse proferido fallo de mérito, cuando ha debido ser inhibitorio, dado que no se cumplió el presupuesto procesal de demanda en forma".

Tras de relievar la importancia que con mucha razón atribuye la ley al libelo demandatorio, especialmente cuando ella se muestra celosa al mencionar los requisitos mínimos que debe contener, destaca el censor la formalidad consistente en acompañar a ella "el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por medio de apoderado", so pena de considerársela inepta (arts. 77 y 85 del C.P.C.).

Cosa que -dícese- no se cumplió en este proceso, porque "los poderes con que actuó el mandatario de los actores no sólo son insuficientes sino *inexistentes*" (se resalta a propósito), o sea que él actuó frente a los demandados "sin poder para proponer las pretensiones que a la postre dedujo".

Precisó al respecto que el que otorgó Orlando Gutiérrez Gómez (folio 13 del cuaderno 1) no menciona para nada la simulación de los negocios jurídicos reseñados por su apoderado, como que lo fue únicamente para que ellos se "revoquen". Y lo propio puede decirse con el que luego hizo extensiva la demanda a Yolanda Londoño Valencia de Aristizábal, como que tuvo por objeto, según su tenor literal, "que se hagan las declaraciones solicitadas en el proceso ordinario y que correspondió a su despacho por reparto". Poderes esos en los que, además, no se facultó para demandar a Gloria Mejía de Gutiérrez, Fernando Londoño, Clara Inés Becerra y Patricia Moreno.

Ante tales irregularidades se pregunta el casacionista cómo pudo el sentenciador *ad-quem* afirmar que a folios 13, 32 y 151 a 161 "obran debidamente otorgados los poderes conferidos" por Gutiérrez Gómez para adelantar la acción revocatoria de los actos allí relacionados y para deprecar la simulación de los mismos.

Por otro lado, los mandatos de Julio César, Gonzalo, Hernando, Adriana María, Sara, Darío, Floro, Teresa, Olga Cecilia y Jorge I. (éste representante de la sociedad demandante), "tampoco entrañan facultad para pedir la simulación de los contratos a que se refieren las mismas pretensiones...". Pues que a pesar de que, amén de la pauliana, mencionan, en un agregado burdo, la acción de

simulación como subsidiaria, ninguno especifica los negocios jurídicos sobre los que se elevarían súplicas semejantes.

De donde infiere que los mencionados actos de apoderamiento judicial no cumplen las exigencias de los artículos 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, en tanto que reclaman que los asuntos de que traten estén especificados de tal manera que no sean confundidos con otros. A cuyo propósito puntualiza que la determinación de los asuntos de que habla la primera de esas normas, dice relación es con las pretensiones a que de manera expresa se señala en la segunda de ellas. O sea "que conferir poder para iniciar proceso ordinario, o abreviado, o para promover la acción pauliana o la de simulación, sin determinar el asunto, es quedarse en mitad del camino (...) al punto de que poderes conferidos de aquella manera no facultan para 'formular todas las pretensiones que el apoderado estime conveniente'" al tenor del art. 70; porque "si en tal poder no se establecen esas pretensiones, si no se determina pretensión alguna, dado que no se identifica el asunto, ¿cómo inferir cuáles otras podría formular el apoderado para beneficio del poderdante? ¿Ante la indeterminación de lo principal, cómo determinar lo accesorio?".

Equivocación del Tribunal es la de creer que la ley sólo exige que en el poder se determinen los asuntos "por su simple naturaleza", dándose por cumplido cuando apenas si se dice proceso ordinario, abreviado, de acción simulatoria, revocatoria, rescisoria o resolutoria, olvidando que es menester que en tales casos, cualquiera sea, se indique precisamente que la simulación, revocación, rescisión o resolución recae en tales o cuales contratos. El poder, entonces, debe hacer mención, por lo menos, a la pretensión principal, central, que enmarque lo sustancial de la controversia, que delimite el pleito; (...) solo así puede el mandatario proponer otras pretensiones que aparezcan relacionados con la que se determinó en el poder".

Lo contrario sería permitir que expresado el género, o como dice el tribunal "la simple naturaleza del asunto", el poderdante ya está con ello sólo facultado para escoger frente a qué negocios del poderdante va a ejercitar esa pretensión. Como aquí, que escogió "ad-libitum, de entre los negocios celebrados por los demandados, los que él consideró atacables por la vía de la simulación".

Tales poderes no se ciñeron a la ley, porque lo que ésta "exige no es la existencia de un escrito al que pretendidamente se le llame poder. No. Es la existencia de un escrito que contenga las expresiones de contenido y alcance suficientes para satisfacer las exigencias de la definición legal".

Segundo cargo:

Aquí se reprueba la violación de las mismas normas sustanciales del cargo anterior, pero ya por la vía indirecta y "como consecuencia de error evidente de hecho cometido por errónea apreciación de unas pruebas...", consistentes éstas en los diversos poderes que para abrir el juicio confirieron los demandantes.

Tis desenvuelta la acusación sobre la base de considerar que cuando es imperioso actuar a través de procurador judicial, la actividad de éste depende "de la convención celebrada con el mandante", cuyos términos han de aparecer en el escrito que se dirija al juez (art. 65 del C. de P.C.), y puede incluso formular pretensiones que estime convenientes para su poderdante, pero, eso sí, "solamente las que se relacionen con las que aparezcan determinadas en el poder".

E insiste, con las mismas argumentaciones del primer cargo, en que los poderes en este caso presentados por los actores ostentan vacíos e indeterminaciones que les impide ser idóneos de conformidad con lo preceptuado por los artículos 65 y 70 ibidem, y que, por ahí mismo, no se entiende cómo el tribunal afirmó que obraban en el plenario poderes debidamente otorgados. En condiciones semejantes, unas veces porque no se mencionó la pretensión simulatoria, y otras en que mencionándose no aparece sobre qué actos o negocios jurídicos debía impetrarse, no ha podido el apoderado invocar válidamente la simulación de los negocios que él mismo procedió a determinar.

Consideraciones:

1.- Bien se aprecia que la supuesta ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, se hace descansar en el motivo específico de que los poderes conferidos por los actores son "inexistentes", respecto de lo cual dijo el recurrente sin ambages: o sea que el apoderado de ellos actuó "sin poder para proponer las pretensiones que a la postre dedujo".

Significa, así, que la presunta irregularidad que los términos de la acusación pone de manifiesto, se ubica, sin ningún género de duda, *en el tema de la indebida representación de los demandantes, desde luego que si alguien, diciéndose apoderado de otro, sin serlo, actúa en el proceso, es evidente que el problema es de representación judicial; y si de carencia absoluta de poder se trata, se generaría la nulidad prevista en el numeral 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aspecto que sólo podría denunciarse en casación por la*

causal quinta del artículo 368 in fine, y no por la primera como aquí se ha hecho, que, como se sabe, supone siempre un vicio *in judicando* y no *in procedendo*.

En un caso que guarda semejanza con éste, la Corporación hizo ver lo equivocado que es elegir en ese evento la causal primera; pues que "al leer la sustentación que de él [el cargo] hace el censor aparece con nítida evidencia la falta de correspondencia entre ésta y aquélla; porque tomando como base para la censura una causal consagrada para corregir un yerro *in judicando*, cual es la relación de la norma jurídica sustancial, el ataque se desarrolla acusando un error *in procedendo*, consistente en la indebida representación de una de las partes" (CI.XXVI, pág. 46).

Y es que, en verdad, en la especie de esta litis, al igual que en la que acaba de citarse, la ineptitud que a la demanda se achaca no se basa en "*que ésta no cumpla los requisitos de forma exigidos por los artículos 75 y 76 del Código de Procedimiento Civil, o que traiga acumuladas indebidamente pretensiones, que son las hipótesis en que se da la ausencia del presupuesto procesal demanda en forma*", *sino que el poder es calificado de inexistente y que, por ende, el apoderado actuó sin él; de donde afluye el desacople indicado entre la causal invocada y su desarrollo. Por manera que igual cabe predicar "Que la resultante de esa extraña manera de impugnar la sentencia es un hibridismo que choca con el elemental postulado de la teoría de este recurso extraordinario, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de casación, por lo que, en consecuencia, no puede quedar a voluntad del recurrente alcanzar que el cargo que sería indemostrable por la causal que en derecho le sería propia, venga a ser próspero con sólo cambiar la nomenclatura del motivo invocado*".

2.- Y cualquiera que sea la posición que se asuma para analizar el ataque que se despacha, y así se aparte la vista del hibridismo que viene de comentarse, de todos modos la legitimación del que aquí recurrió se empiece bajo la consideración, inocultable por demás, de que él se apoya en una deficiencia que, de existir, podría volverse contra quien no estuvo correctamente representado en el proceso, esto es, en el evento preciso, el demandante. Por supuesto que en sana lógica nadie podría afirmar que se siente perjudicado porque su adversario no fue representado en debida forma; está puesto en razón, por el contrario, que de configurarse ese evento, el único legitimado para protestar sería la parte que es víctima de una infidelidad de su apoderado.

Más todavía: en el caso presente se diluye definitivamente la eventual trascendencia de la anomalía que en sentir del recurrente se presentó, si es que se fija la atención en que ninguno de los demandantes se ha dolido de ello a lo largo del proceso; incluso en que Gutiérrez Gómez, antes bien, al conferir nuevo poder para que, acompasado con el motivo que generó la inadmisión de la demanda, se dirija ésta también contra Yolanda, expresó en términos textuales que lo otorgaba para que "se hagan las declaraciones solicitadas en el proceso ordinario y que correspondió a su despacho por reparto", de donde brota inequívocamente que conocía la demanda que había sido inadmitida; que la consentía y que estaba conforme con todo lo que ella contenía, incluída la pretensión de simulación; en una palabra, ratificó lo que hasta entonces había hecho su mandatario judicial; y, en fin, en que los demandados nada dijeron sobre el particular al momento de crearse el lazo de instancia (lo que era posible a través de excepciones previas); por el contrario, desde un comienzo aceptó Luis Alberto Aristizábal que la controversia se suscitó, ya por acción pauliana, ora por simulación, según se desprende de lo que expresó al decir que se oponía a la demanda (folio 116, cuaderno principal).

3.- Se nota, de otra parte, que si dentro del marco meramente ilustrativo que se sugiere en el numeral precedente debiera seguirse, afloraría una circunstancia que también, e incluso por sí sola, daría al traste con la acusación, toda vez que el recurrente, en abierta inobservancia con lo que es la técnica del recurso, no combate el argumento según el cual, para el Tribunal, la irregularidad de los poderes fue puesta de presente a deshora, porque, a su juicio, sólo podía hacerse por el demandado en la etapa de excepciones previas. Estaríase entonces al frente de un ataque aislado en casación, que, por lo mismo, es inane, porque mientras se deje al margen de la acusación algún fundamento que sirva de soporte a la sentencia, éste seguiría prestándole firme apoyo así y todo el que sí fue objeto del combate resulte exitoso.

No prosperan, subsecuentemente, los cargos.

Tercer cargo:

Acúsase el fallo de violar "directamente" el artículo 1766 del Código Civil, en armonía con los números 862, 1295, 1451, 2488, 2489, 2491 y 2492 de la misma codificación, como también, por falta de aplicación, el 8 de la ley 153 de 1887.

Entregado a la labor de demostrarlo, aborda de comienzo la fisonomía jurídica de la acción pauliana, con el fin de destacar más adelante el perfil que se convertirá en la piedra de toque de la acusación, consistente en que solamente la pueden invocar los acreedores con títulos preexistentes al acto combatido. Postulado que -agrega- se ha extendido al caso de la simulación ejercida por acreedores del deudor. De manera pues que el buen suceso de la simulación impone que el actor acreedor demuestre sus elementos axiológicos "y, primeramente, la pre-existencia de un crédito".

Todo sin contar con que no está muy claro que al acreedor se le dote de dicha herramienta. Porque es verdad que estando montada toda la teoría de la simulación sobre el artículo 1766, precitado, son "muchos los puntos que aún deben definirse por la H. Corte, al adelantar la labor de depuración sobre el contenido y el alcance reales de la citada norma, indudablemente en aplicación analógica de las que se ocupan de reglar la acción revocatoria o pauliana, de acuerdo con lo que para estos eventos previó sabiamente el artículo 8 de la ya secular ley 153 de 1887".

Por eso -continúa diciendo- es esta una ocasión propicia para que la Corte se pronuncie sobre las siguientes inquietudes: si se admite que el acreedor está legitimado para deprecar la simulación, ¿cuál es el límite de ese interés?; y si por interés para obrar se entiende, entre otras cosas, la causa subjetiva que tiene el demandante para instaurar la demanda, semejante interés no es presupuesto procesal ni de la acción, sino de la sentencia de fondo, ¿lo que equivale a decir que su ausencia impone sentencia inhibitoria?; que, por consiguiente, el interés del acreedor no es ilimitado "en el sentido de que, pongamos por ejemplo, por tratar de defender un crédito de cinco millones de pesos, puede demandar la simulación de cinco contratos del deudor en los que están comprendidos bienes por valor de cincuenta, o de mucho más. Como en el sub-lite, en que acreedores de cien mil, de doscientos mil o de cuatrocientos mil pesos aparecen acusando de simulación contratos en que se involucran bienes que luego fueron avaluados en más de quinientos millones de pesos".

En el punto, la libertad de los acreedores "debe recortarse a los presos límites que determine el interés puramente económico del acreedor presuntamente perjudicado", aplicando analógicamente el rasgo peculiar de la acción pauliana. Pues solo así "se pondría dique a causas realmente temerarias, a vías procesales no procedentes, como escogidas al impulso de la ambición o del revanchismo; verdaderos abusos del derecho de litigar que es preciso detener para bien de la justicia".

"Entre tanto se desarrolla tal tarea jurisprudencial, y ojalá en procura de cumplirla, debe observarse, por lo que hace concretamente al caso presente, que aquí acreedores de cien mil, doscientos mil o cuatrocientos cincuenta mil pesos (casos, en su orden, de Floro Emilio Hoyos Gómez, Teresa Salazar de Hoyos y Gonzalo Hoyos Pulido) aparecen demandando negocios jurídicos que, de acuerdo con el valor dado posteriormente a los bienes en ellos comprendidos, superaban la suma de quinientos millones de pesos; que aquí se les reconoció legitimación o interés para obrar, que para el caso vienen a ser una misma noción, o quienes aparecen ostentando calidad de tales, pero con posterioridad a los actos acusados (sus créditos son de octubre de 1988, en tanto tales actos son de septiembre); que, en fin, para no detallar más desaciertos, también se ha accedido a las pretensiones de acreedores cuyos créditos no eran exigibles en el momento de celebrarse los actos acusados y ni siquiera en la fecha en que se presentó la demanda (así María Mercedes Henao y Julio César Osorio Orozco, con letras penas (sic) exigibles en enero y en abril de 1989, respectivamente.

"En síntesis, pues, los acreedores que promovieron el presente negocio no tenían interés legítimo, serio y actual para pedir la simulación, ilimitadamente, de negocios celebrados por sus deudores. Si, como viene de verse, en casos como el presente el interés para obrar se confunde con la *legitimatio ad causam*, por el aspecto activo, miradas las cosas desde un ángulo (ausencia de interés para obrar), no había lugar a sentencia de mérito, sino a decisión inhibitoria; pero miradas bajo otra óptica (falta de legitimación en la causa por activa), debió haberse absuelto a los demandados de los cargos que se les formularon en la demanda".

En su sentir, el cargo debe abrirse paso para que la Corte absuelva a los demandados "de los cargos que se les formularon a través de la demanda introductoria"; o "absolverlos en cuanto al exceso de los bienes negociados por los que fueron emplazados al proceso de simulación, relativamente al valor de los créditos de que se dijeron titulares los acreedores-demandantes"; o, en últimas, optar por la decisión inhibitoria.

Consideraciones:

Visto está que para el impugnador la violación de la ley sustancial se produjo directamente, porque en su parecer la simulación no debió decretarse desde que fue recabada por quienes vinieron a ser acreedores después de la celebración de los negocios jurídicos tildados de ficticios, exactamente porque, según sus palabras, "aquí se le reconoció legitimación o interés para obrar, (...) a quienes

aparecen ostentando calidad de tales, pero con posterioridad a los actos acusados (sus créditos son de octubre de 1988, en tanto tales actos son de septiembre). Amén de que "también se ha accedido a pretensiones de acreedores cuyos créditos no eran exigibles en el momento de celebrarse los actos acusados y ni siquiera en la fecha en que se presentó la demanda (así María Mercedes Henao y Julio César Osorio Orozco, con letras apenas exigibles en enero y abril de 1989, respectivamente)".

De tal manera que al rompe se advierte que el cargo está formulado incorrectamente, pues no se cuidó el recurrente de observar la diferencia ostensible que existe entre la violación directa e indirecta de la norma sustancial a la que se refiere la primera causal de casación. No reparó, ciertamente, en que la Corte, en doctrina que ha sido reiterada, ha señalado con claridad y precisión cuándo se presentan esas dos diferentes maneras de transgresión de la ley sustancial, destacando como nota característica de la primera, vale expresar, la violación directa, la de que en su planteamiento ha de prescindirse por completo de las conclusiones a que haya arribado el fallador sobre el análisis fáctico y probatorio del proceso. Si se acusa la sentencia de quebrar derechamente una norma material, ningún reparo debe hallarse al aspecto señalado porque precisamente en ese tópico deben coincidir sentenciador y recurrente; o, lo que es lo mismo, el recurrente no puede separarse de las conclusiones que derivó el Tribunal del examen de los hechos. "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". (Sentencia de 20 de marzo de 1973).

De haber tenido en cuenta todo lo anterior, seguramente habría notado el recurrente que no podía, por impedírselo la técnica referida, plantear que la transgresión que denuncia lo fue en forma directa, si es que el desenvolvimiento de la censura entrañaba cuestiones de orden probatorio, por supuesto que al decir que el sentenciador dio vía libre a la simulación sin embargo de que los que la demandaron no tienen la calidad de acreedores con antelación a los actos así opugnados, o que siéndolos no eran sus créditos exigibles aún, en el fondo le está endilgando que pasó por alto, que dejó de ver, las pruebas que tal cosa señalaban. Porque tal como está planteada la cuestión, vale decir, denunciándose la violación directa de la ley, daría a entender de acuerdo con lo visto que el

Tribunal, a pesar de haber observado y analizado esas pruebas, aspecto del que no podría disentir el impugnante, hubiese estimado que ello no era óbice para dar paso a la simulación que decretó; pero no fue esto lo que sucedió, sencillamente porque el juzgador no tocó para nada el punto, entre otras cosas porque en su momento adujo que su estudio se limitaba justamente a aquello en lo que el apelante mostraba inconformidad, punto este que no está comprendido en la acusación.

3.- Y si con criterio de amplitud se quisiera decidir, tendríase que señalar que algunos demandantes sí eran acreedores con títulos pre-existentes a los actos acusados (tal como acontece con los demandantes Teresa, Olga Cecilia, Gómez Hermanos Limitada, cuyos créditos ya existían al momento de ajustarse los convenios que a la postre resultaron simulados); de donde se infiere que por ese aspecto la simulación decretada no podría sin más, destruirse.

Tampoco prospera este cargo.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 17 de marzo de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / RELACIONES SEXUALES / PRESUNCION DE PATERNIDAD / TESTIMONIO

Si las probanzas acreditan fehacientemente un noviazgo y después la novia presenta los signos de embarazo, probado que no tuvo otro romance distinto al novio conocido, la lógica exige, por lo que suele ocurrir en casos tales, deducir que existieron relaciones sexuales, y si el noviazgo coincide con el de la concepción del pretenso hijo, la causal de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre por la época de la concepción del hijo, coincidentes con la del noviazgo exclusivo, bien puede darse por demostrada sirviendo de presunción de la paternidad extramatrimonial deprecada.

VALORACION PROBATORIA

Para el juzgador debe primar la convicción plena que razonablemente le den los medios de prueba oportuna y debidamente incorporados al proceso, y no las deficiencias que por razonables explicables, como la antigüedad de los hechos o la cultura de quienes los conocen, puedan advertirse en el plenario.

MEDIO NUEVO

En el presente caso, es ahora en el recurso extraordinario donde quiere introducirse el hecho que, tórnase en medio nuevo desechable en casación.

ERROR DE HECHO

El tribunal no cometió error de facto evidente que se le enrostra, pues no cercenó ninguna de las probanzas, ni las adicionó, no las ignoró ni las entendió de manera distinta a como su tenor demuestra.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 3897* *Sentencia No. 018*

Decídese el recurso de casación que los demandados MARIA EUGENIA CHINGAL PASTAS, ANEYDA y FABIO ERNESTO PASTAS, éstos representados por la primera, interpusieron contra la sentencia del 3 de marzo de 1992, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso ordinario que a los recurrentes promovió OMAR EFRAIN CHAMORRO.

I. Antecedentes:

1. En escrito presentado el 23 de noviembre de 1989, que por repartimiento correspondió al Juzgado 1o. Civil del Civil del Circuito de Ipiales, OMAR EFRAIN CHAMORRO, por conducto de procurador judicial, convocó a juicio a MARIA EUGENIA CHINGAL PASTAS, ANEYDA y FABIO ERNESTO CHINGAL PASTAS, representados los dos últimos por la primera, en su calidad de herederos determinados de José Vicente Chingal Cuastumal y Socorro Pastas de Chingal, para que por el procedimiento ordinario de mayor cuantía se profirieran estas declaraciones: 1a. Omar Efraín Chamorro es hijo extramatrimonial del fallecido José Vicente Chingal Cuastumal. 2a. En consecuencia, tiene el demandado derecho a que se le adjudique en la parte que le corresponde, la herencia intestada de su padre, de acuerdo con la ley. 3a. Si al momento de quedar ejecutoriada esta sentencia, se hubiere aprobado la partición de la herencia y efectuado el registro, sin la intervención de OMAR EFRAIN CHAMORRO, esa sentencia y el registro no le serán oponibles al demandante respecto de los derechos que en la sucesión de su padre le corresponden, debiendo ordenarse la cancelación del registro y ordenar que la partición se rehaga con la participación del demandante. 4a. Condenar a los demandados a restituir al demandante los bienes de la herencia de éste que ocupen, más los frutos naturales o civiles considerándolos poseedores de mala fe, y a pagarle los perjuicios causados con su oposición. 5a. Ordenar al Registrador Municipal del Estado Civil de Cuaspud, Carlosama, modificar la inscripción del nacimiento del demandante para que figure como hijo del causante y use el apellido del padre. 6a. Condenar en costas a la parte demandante.

2. Las pretensiones se apoyaron, en síntesis, de esta manera:

2.1. Entre los años de 1967 y 1968 EUDOCIA CHAMORRO CHINGAL siendo soltera mantuvo relaciones sexuales con JOSE VICENTE CHINGAL CUASTUMAL, de las cuales nació el demandante en Cuaspud, el 13 de febrero de 1969.

2.2. Por la época de la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, Eudocia Chamorro no tuvo relaciones con otro hombre.

2.3. Con ocho meses de embarazo Eudocia, por haberse marchado de la región José Vicente Chingal, temerosa de su situación y de la de su hijo, denunció a José Vicente por el delito de estupro el 17 de enero de 1969.

2.4. Al año y ocho meses de esa denuncia y teniendo su hijo un año y siete meses de edad, convencida de las demostraciones de cariño de José Vicente hacia su hijo y hacia ella cuando venía a la región y con la esperanza de que en un futuro inmediato reconociera legalmente a su hijo según se lo había prometido José Vicente, Mariela Eudocia Chamorro se presentó voluntariamente al Juzgado Promiscuo de Cuaspud -Carlosama- a ampliar su declaración instructiva para decir y dejar comprender que no existió el delito de estupro por no haber violencia ni promesa de matrimonio, y accedió ella a las relaciones carnales con su denunciado y padre de su hijo.

2.5. Sabiendo José Vicente que ya no tenía problema en su contra, se presentó con abogado a rendir indagatoria, en la cual aceptó solamente haber sido novio de Mariela Eudocia pero negó las relaciones sexuales, "posición usual y de esperar en esta clase de procesos penales", aunque confesó haberle enviado cartas de amores a su novia.

2.6. Durante más de 18 años José Vicente trató a Omar Efraín como a su hijo, proveyó lo necesario para su crianza, educación y establecimiento, lo presentó, reconoció y recomendó ante familiares, amigos y relacionados en general como hijo, por lo que tanto el vecindario de Macas del municipio de Cuaspud Carlosama como del municipio de Aldana y del de Ipiales, han considerado y tenido a Omar Efraín como su hijo extramatrimonial.

2.7. No satisfecha Eudocia Chamorro con los actos de reconocimiento de paternidad de José Vicente respecto de Omar Efraín, el 5 de septiembre de 1984.

acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Ipiales, a agotar la etapa preventiva para que José Vicente legalizara el reconocimiento de su hijo.

2.8. José Vicente Chingal Cuastumal falleció en Ipiales el 21 de diciembre de 1988, sin haber otorgado testamento, casado por los ritos católicos el 5 de marzo de 1977 en la Parroquia de Nuestra Señora del Pilar de Aldana con María del Socorro Pastas, fallecida también el 21 de diciembre de 1988, en cuyo matrimonio procrearon a los demandados.

2.9. El proceso de sucesión intestada y acumulada de los citados cónyuges se halla abierto con radicación 1672, en el que se ha reconocido como heredera a María Eugenia Chingal Pastas en su calidad de hija legítima, asunto que cursa en el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Ipiales, y a los menores Aneyda y Fabio Ernesto Chingal Pastas el Juzgado Promiscuo de Menores de Ipiales les designó como tutora a su hermana María Eugenia, a quien se le discernió el cargo.

3. Admitida la demanda, se corrió traslado a los demandados mediante notificación personal del auto admisorio el 16 de junio de 1990 (fl. 76, c. 1) quienes por medio de abogado para pleitos la contestaron para oponerse a las pretensiones. A los hechos dicen que no existieron las relaciones sexuales, pues la misma progenitora del demandante ante autoridad competente así lo afirmó, limitando las relaciones a unos amores honestos o platónicos. Sin discutir la soltería de Eudocia Chamorro en la época de concepción del demandante, ni su honestidad y sus relaciones con otros hombres, lo dudoso es la paternidad que se le atribuye a José Vicente, por lo que "se hace indispensable que doña EUDOCIA nos despeje esta inquietud". Sin exactitud matemática, la denuncia que por estupro formuló Eudocia en escrito del 17 de enero de 1969, culminó con la aplicación del entonces artículo 153 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia de los hechos denunciados, que confirmó el ad quem, con orden de compulsar copias para investigar el posible delito de falso testimonio por la reiterada mutación de narraciones o explicaciones de Eudocia y contradicciones frente a la denuncia por estupro. No le consta a la parte demandada el trato que se afirma le dio José Vicente a Omar Efraín, ni los actos de reconocimiento de paternidad. La gestión de Eudocia ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, zona cuatro de Ipiales, fue archivada por el desinterés de Eudocia. Aceptaron los hechos de los numerales 10, 11 y 12.

3.1. Alegaron las que llamaron excepciones de carencia de fundamentación de las pretensiones cardinales por inexistencia de los hechos, que apoyaron en

que los parámetros sustanciales en que se fundan son desvirtuados por los hechos, pues la misma progenitora niega las relaciones sexuales como lo hizo en documento público hace una veintena de años, y una posesión notoria de hijo edificada en el aire.

Propusieron también la excepción innominada, que tendría base en todo hecho que se demostrare e hiciera inexistente o condujera a la extinción del derecho pretendido.

4. Decretada como cautela el registro de la demanda, el *a quo* de oficio dispuso su cancelación por auto del 4 de abril de 1990 al darse el supuesto del numeral 4 del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil (fls. 71 y 72, c. 1).

5. Agotada la primera instancia el juez del conocimiento, el 1o. Promiscuo de Familia de Ipiales que avocó la sustanciación por auto del 30 de enero de 1991 (fl. 97, c. 1), pronunció sentencia el 4 de septiembre de 1991 en la cual denegó las pretensiones, ordenó cancelar definitivamente las medidas cautelares por no haberse comunicado la decisión anterior y condenó al demandante en costas (fls. 119 al 147, c. 1).

6. Apelado el pronunciamiento por el demandante, el Tribunal lo revocó con el del 3 de marzo de 1992 (fls. 21 a 55, c. 4), en el cual proveyó: Primero: OMAR EFRAIN CHAMORRO es hijo extramatrimonial de JOSE VICENTE CHINGAL CUASTUMAL, QUIEN TIENE COMO MADRE A MARIELA EUDOCIA CHAMORRO. Segundo: Ordenó comunicar al Registrador Municipal del Estado Civil de Cuaspud para que corrigiera la partida de nacimiento de conformidad con el artículo 95 del Decreto 1260 de 1970. Tercero: OMAR EFRAIN CHAMORRO tiene derecho a que se le adjudique en la parte que le corresponda, la herencia intestada de su padre, de conformidad con la ley. Cuarto: Declaró inoponibles a esta sentencia los actos de distribución, partición y registro que se hubieren realizado respecto de la herencia del causante José Vicente Chingal Cuastumal contra los derechos del demandante en su calidad de hijo extramatrimonial. En cuyo caso dispuso la cancelación de los registros de partición y adjudicación como la sentencia aprobatoria, debiendo rehacerse la partición con la participación del demandante, previo aporte de su legítimo interés. Quinto: Condenó a los demandados a restituir al demandante los bienes relictos de José Vicente Chingal Cuastumal en la proporción que le corresponda en su condición de hijo extramatrimonial. Declaró que el demandante tiene derecho a los frutos naturales y civiles producidos por los bienes relictos a partir

de la contestación de la demanda, que se distribuirán entre los herederos a prorrata de sus respectivas cuotas herenciales, dentro del proceso de sucesión del causante. Sexto: Declaró no probadas las excepciones alegadas por los demandados. Séptimo: condenó en costas a los demandados.

Fundamentos de la sentencia impugnada

Después del formal recuento de antecedentes y de encontrar el Tribunal reunidos los presupuestos procesales, el interés jurídico y la legitimación en causa, precisa las causales que se invocaron para la declaración de filiación paterna extramatrimonial, y tras advertir que ninguna relevancia tiene la del numeral 3o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968 por no existir prueba alguna que la demuestre, se adentra en el estudio de las causales 4a. y 6a. del citado artículo 6o., que hallaría demostradas.

7. Una vez que, con transcripción del texto legal, copia párrafo de la doctrina de la Sala de Familia del Tribunal y párrafos de sentencia de casación y de precisar las razones de la apelación, se ocupa el *ad quem* de la causal de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre por la época en que, según la fecha del nacimiento del hijo, aquéllas debieron ocurrir (fls. 46 al 54).

Al efecto, tras decir que si Omar Efraín Chamorro nació el 13 de febrero de 1969, de acuerdo con el artículo 92 del C.C. su concepción tuvo que ocurrir entre el 26 de agosto de 1968 y el 28 de abril de ese mismo año, advierte que han transcurrido 24 años desde los sucesos, por lo que será disculpable que los testigos no expliquen con exactitud "matemática los días precisos" de presentarse determinado hecho.

Con esas premisas, el Tribunal trae a colación, señalando pormenores de cada uno, los testimonios de Socorro Esperanza Pérez, Rosalino Chingal Tovar, Roberto N. Cuastumal Chamorro, Teresa Cuatín de Caicedo, Aura del Socorro Piarpuzán Deraso y Mariela Tupaz Piarpuzán, testimonios "a los anteriores, dice, que no les cabe ninguna sospecha, ni menos han sido tachados; además, todos han expresado respecto a que MARIELA EUDOCIA en aquel tiempo no se le conoció ningún novio, ni se le veía con hombre distinto a JOSE VICENTE CHINGAL. Respectivamente hablan del noviazgo que percibieron en aquellos tiempos, ubicándolos en el año de 1968, por parte de una testigo, aunque la mayoría no recuerda época. Además que en el lapso de vigencia del noviazgo que relatan, MARIELA EUDOCIA apareció embarazada del niño que hoy es OMAR EFRAIN CHAMORRO".

Pasa enseguida el sentenciador a las copias tomadas del trámite penal que se adelantó por la denuncia de la comisión del delito de estupro, para lo cual hace la historia desde cuando el 20 de enero de 1969 Mariela Eudocia Chamorro se presentó al Juzgado Promiscuo Municipal de Cuaspud -Carlosama- y se ratificó en la denuncia que por estupro había formulado días antes contra Vicente Chingal, denuncia en la que la denunciante dijo que en los primeros días de junio de 1968 había sostenido relaciones sexuales con Vicente Chingal, previa promesa matrimonial y en forma violenta, acompañada de constancia médica de encontrarse en el octavo mes de embarazo, pasando por la declaración instructiva de Mariela Eudocia Chamorro el 6 de febrero de 1969 ante el Juez 2o. Penal Municipal de Ipiales, en la que expresó hacía 2 años (en 1967) sostenía relaciones amorosas con Vicente Chingal, siendo la primera vez con violencia aproximadamente en febrero de 1968, aprovechando Vicente de ahí en adelante en varias ocasiones hasta la que consumó en Ipiales en junio de 1968, el testimonio que ante el Juez Promiscuo Municipal de Cuaspud -Carlosama- rindió Eloy Fuelpas el 10 de abril de 1969, quien relató que unos ocho meses atrás, en la casa de Vicente Chingal, se ofreció "la conversa" de María Eudocia Chamorro, le dijo a Vicente "lo que la a (sic) de hacer sufrir mejor sería casarse" y Vicente le contestó "Después de un mes me voy a casar", la segunda declaración instructiva de Mariela Eudocia Chamorro en el Juzgado Promiscuo Municipal de Carlosama -no hay constancia de la fecha, nota el fallador- cuando dijo que había tenido relaciones amorosas con Vicente Chingal aproximadamente desde marzo de 1967 hasta noviembre de 1968, sosteniendo durante ese tiempo relaciones carnales con él, por su expresa voluntad y sin promesa de matrimonio, y que en esa oportunidad había presentado un memorial para terminar el negocio contra Vicente y se archivara, hasta el memorial de Mariela Eudocia Chamorro que, en síntesis razona el Tribunal, la memorialista dice que con Vicente Chingal ha tenido solamente relaciones amorosas, nunca le prometió matrimonio ni ha tenido relaciones sexuales con él, que los hechos denunciados como de estupro no ocurrieron y que todo se debió "a que fue mal aconsejada y que las cartas que aquél le envió eran solamente de amores y no de promesa de contraer matrimonio". Mariela Eudocia Chamorro, agrega en el punto el sentenciador, sorpresivamente expresó en memorial por ella suscrito, que no existieron relaciones sexuales con José Vicente Chingal, actitud que en testimonio explica la misma diciendo que ese memorial fue con el fin de beneficiar al denunciado y se archivara el negocio. En declaración "que se recepcionara a EUDOCIA CHAMORRO DE PALACIOS (fl. 36, c. 3), la misma MARIELA EUDOCIA CHAMORRO, y progenitora de OMAR EFRAIN CHAMORRO, expresó que en aquella oportunidad tuvo como fin

salvar de la justicia a José Vicente Chingal, éste hizo preparar papeles que ella firmó en el Juzgado de Carlosama, mostrando la misma extrañeza por haber firmado un memorial antiguo diciendo que no tuvo relaciones sexuales con José Vicente, cuando esas relaciones realmente existieron. Al respecto expresa el Tribunal: "No se puede descartar de plano lo que en tantas oportunidades bajo la gravedad del juramento manifestó MARIELA EUDOCIA CHAMORRO, respecto a la existencia de relaciones sexuales habidas con JOSE VICENTE CHINGAL por la simple existencia de un escrito, de dudosa autoría cuyo contenido estaba siendo desvirtuado en ese aspecto, en la declaración que ese mismo día diera la que lo suscribe y actualmente lo corrobora. Ciertamente que el proceso penal por el delito de estupro culminó con cesación de procedimiento, al considerar los juzgadores de las distintas instancias que los hechos denunciados e investigados no se estructuraban como infracción penal. Pero expresar que MARIELA EUDOCIA CHAMORRO, no sostuvo relaciones sexuales con JOSE VICENTE CHINGAL en aquella época es una aventura, cuando las probanzas en contrario son tan contundentes y el memorial de 'desistimiento' tan sólo tenía objetivo de ayudar al denunciado".

Trae enseguida la indagatoria de Chingal ante el Juez 2o. Penal del Circuito de Ipiales el 5 de noviembre de 1970, en la que enfáticamente sostuvo no haber tenido relaciones carnales con Mariela Eudocia, ni prometiendole matrimonio con ese fin, aceptando solo las relaciones amorosas con ella entre marzo y julio de 1968. Acepta que a raíz de la denuncia de Mariela Eudocia en junio de 1968 "la misma es la manera como en la última instructiva los presenta aquélla y también el hecho de haber enviado cartas de amor a su novia".

Del conjunto probativo concluye el Tribunal: "El contenido de las piezas procesales cuyas copias se presentaron con la demanda, en análisis comparado con la prueba testimonial que hemos analizado y extractado en cuanto al tema de relaciones sexuales, nos lleva a la conclusión de que MARIELA EUDOCIA CHAMORRO sí tuvo relaciones sexuales con JOSE VICENTE CHINGAL en la época en que de acuerdo al artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción de OMAR EFRAIN CHAMORRO. No puede ser de otra manera, pues cuando existen testimonios serios y responsivos que nos hablan del noviazgo entre los años de 1967 a 1970, ocurridos entre MARIELA EUDOCIA CHAMORRO y JOSE VICENTE CHINGAL, apreciados directamente en sus manifestaciones exteriores, la absoluta fidelidad de MARIELA EUDOCIA hacia JOSE VICENTE en aquella época y la corroboración que al respecto hace el propio causante, que aceptó la existencia de esos amores en el año de 1968,

en los meses de marzo a junio, sin lugar a dudas puede inferirse el trato sexual que aconteció en ese tiempo. (La intención que tuviera por el año de 1984, la madre del demandante, que el presunto padre reconociera legalmente a su hijo, como evidentemente lo hizo a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Seccional de Ipiales- y que estuvo a punto de concretarse, como está demostrado y corroborado a través de prueba documental y testimonial, es un signo inequívoco...).

"Los testimonios analizados comparten un examen especial, dada su calidad de amigos de la progenitora del demandante, esto en otras condiciones sería motivo de sospecha, pero no entratandose de esta clase de controversias en que los conflictos generalmente ocurren con cierta privacidad y cuando se exteriorizan sólo se hacen frente a la familia o a los amigos más cercanos de la pareja protagonista. Tal como ha ocurrido en el presente negocio, en que demostrando gran credibilidad, con prueba documental anterior y hoy corroborada, los testimonios comparados no deducen contradicciones importantes, sino por el contrario permitiendo así no desechar simplemente esas declaraciones, para deducir de ellos la existencia de relaciones sexuales entre MARIELA EUDOCIA CHAMORRO y JOSE VICENTE CHINGAL, en la época en que sucedió la concepción del demandante OMAR EFRAIN CHAMORRO".

El *ad quem* llama la atención del excesivo rigorismo del *a quo* al valorar los testimonios e interpretar los textos sustanciales, pues no puede exigirse armonía absoluta entre los testigos ni precisión matemática de éstos en sus recuerdos, además de explicar porqué uno amores simples no puede llevar a las relaciones sexuales en ciertas circunstancias como los encuentros a solas en el campo de la pareja, para afirmar el Tribunal: "Un noviazgo en las circunstancias como se ha demostrado, el que ocupa la atención de la Sala, constituye indicio serio de la existencia de relaciones sexuales entre aquella pareja. Eso es lo que generalmente ocurre... lo extraordinario sería que mantengan un amor 'platónico' o idílico, en el que prime lo espiritual sobre la materia, cosa que no se ha demostrado...".

8. Fija luego el sentenciador su atención en la posesión notoria del estado de hijo natural alegada asimismo por el demandante, y sentando como fundamento que cuando de un conjunto de testimonios fidedignos, o de manera irrefragable, se establezca que durante cinco años continuos por lo menos el padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en virtud de ese tratamiento los deudos y amigos o el

vecindario en general del padre han reputado al hijo como suyo, procede la declaración de paternidad (arts. 398 y 399 del C. C., 6 y 9 de la Ley 75 de 1968); precisa que jurisprudencia y doctrina han señalado como elementos estructurales de esta presunción el trato, la fama y el tiempo, que a su vez tienen marcado "un camino común, cual es, una especie de reconocimiento exteriorizado entre determinado círculo y en un determinado tiempo".

Con cita expresa de los testimonios de Hipólito Reinaldo Chamorro Velásquez, Mercedes Velásquez de Chamorro, Teresa de Jesús Lucero Erazo, Socorro Esperanza Pérez, Alba Lucía de la Cruz Ramírez, María Orfelina Chingal Cuastumal, Roberto Cuastumal Chamorro y Mariela Tupaz Piarpuzán, expresa que relatan responsivamente "de suyo importantes" para la causal, "tales como el interés que se concretó por parte de JOSE VICENTE CHINGAL de cambiar de colegio a OMAR EFRAIN CHAMORRO, y es así como lo llevó a estudiar a Ipiales, concretamente al Colegio Champagnat, hecho conocido por la comunidad de la vereda de 'Macas' y se corrobora probatoriamente cuando una de las testigos expresa que el causante fue a contratarle la estadía y alimentación del adolescente que se beneficiaba con tal situación". Resalta también el relato "sincero" de quien fue la profesora del demandante para la etapa en que éste hubo de hacer la primera comunión, en relación con la ayuda material de José Vicente "debidamente comprobada", así como las manifestaciones que el pretenso padre hizo a las personas allegadas a la progenitora del hijo, que tocan con el reconocimiento y ayuda "material que sí se quiere subrepticiamente hacía éste". Las declaraciones mentadas, agrega el juzgador, "convergen en que JOSE VICENTE CHINGAL trató al demandante como hijo -con la reserva y discreción propia que obligaba a actuar con un menor que tenía y vivía con padrastro- demostrándose así la presunción de paternidad natural fundada en la posesión notoria del estado de hijo natural o extramatrimonial. Aquellos hechos se han exteriorizado a través de ese conjunto de personas, por signos que nos indican necesariamente esa filiación, y permitiéndonos deducir por vía de la lógica y la experiencia que así como ese grupo de personas tuvo al demandante OMAR EFRAIN CHAMORRO como hijo de JOSE VICENTE CHINGAL no había secreto para la comunidad vecina, aunque tal situación otros la ignoraban o no se preocuparon por la misma".

Recaba en que fueron las manifestaciones de Chingal hacia el demandante, las que han surgido de los testimonios responsivos, explicados en las circunstancias de tiempo, modo y lugar como las supieron, con la razón del dicho, las

que permiten confirmar la posesión notoria. La intención de querer ayudar al hijo de la madre de precarias condiciones económicas expresadas en la primera comunión de aquél, sabido como es el "absoluto respeto que tienen ciertas comunidades como las de 'Macas' -Carlosama-, hacia estas ceremonias religiosas y más específicamente la responsabilidad al respecto de los padres", de querer una "buena" educación, propiciando la ubicación del demandante en lugar que pueda procurarle la mejor educación, su preocupación en saber cómo actuaba su hijo en la escuela "y la casi temeridad hasta días antes de su muerte que al parecer le propiciaba cuando se encontraba con la persona con quien había hablado tanto de que iba a reconocer legalmente a su hijo (como lo expresa MARIELA TUPAZ PIARPUZAN, empleada del I.C.B.F. de Ipiales)".

Con referencia a la jurisprudencia de la Corte, dice el fallador que la esencia de la Ley 75 de 1968 es la de procurar establecer el estado civil extramatrimonial de manera que si la valoración de las pruebas debe ser seria y ponderada no puede extremarse la exigencia de precisión en la memoria de testigos que harían nugatoria dicha finalidad. Es por eso por lo que el tratamiento que Chingal dio a Chamorro desde la infancia de éste hasta casi la muerte de aquél, "emerge precisamente de análisis sui-generis de los testimonios que aportara a iniciativa del actor; tratamiento especial que sobradamente supera el quinquenio, pues se ha establecido así mismo que al respecto no existe deficiencia procesal acumular al tiempo de que habla un testigo con la época a la que se refiere otro u otros, si en conjunto el tiempo de la fama y el trato es de cinco años o más". Alude seguidamente a los testigos de oídas a iniciativa de la parte demandada, para decir que sus afirmaciones de no ser de la existencia de relaciones sexuales ni del trato del hijo, quiere decir, como lo indicó antes, que hay un grupo de personas que no se interesan por esas situaciones. Así que los testimonios que en cambio cuentan hechos que configuran la posesión notoria, por ser dados por personas en que no se advierte interés de faltar a la verdad, que son responsivos y que a pesar del tiempo transcurrido dicen lo que recuerdan, y aunque no denotan una cultura media sí cuentan circunstancias que le dan eficacia a sus dichos, de suerte que a la luz de la sana crítica "contribuyen en conjunto" a fundar la convicción de que José Vicente Chingal trató a Omar Efraín Chamorro como hijo, quedando demostrada la causal de posesión notoria del estado de hijo natural.

Critica la forma como el *a quo* valoró la prueba, diciendo que no es esa la técnica ni ese el rigorismo que actualmente deben emplearse. Por todo lo anterior, culmina, el pronunciamiento debía revocarse y en cambio acceder a la

pretensión, incluyendo la de petición de herencia por ser consecuencial ni haberse consumado la caducidad del artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

Empero la decisión cuarta de la providencia apelada debía modificarse en cuanto a los frutos por ser los demandados poseedores de mala fe y aunque el artículo 307 del C. de Procedimiento Civil ordena condena en concreto por esa prestación, el numeral 3o. del artículo 1395 del Código Civil establece un derecho de los herederos sobre la masa hereditaria y los frutos, que se repartirá a prorrata de las cuotas, por lo cual aquella condena no sería prudente hacerla ahora desconociendo el estado del sucesorio, parecer que funda en doctrina de esta Corporación, de modo que siendo los demandados poseedores de buena fe conforme con los artículos 769, 1323 y 964 del Código Civil, la restitución de frutos que deberán hacerle en su momento al demandante, la harán como de buena fe. Así que como el conjunto probatorio permite deducirlo, si están probadas las causales mencionadas, ninguna prueba demuestra en cambio los medios exceptivos que por ende se declararan no demostrados ni aun la innominada "no obstante su desajuste con el derecho procesal actual".

III. La demanda de casación:

Basadas en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., un cargo le hacen las recurrentes a la sentencia citada, que pasa a resolverse.

Cargo único:

Acúsase la sentencia por quebrantar los artículos 1o. y 6o. de la Ley 45 de 1936, 6o., numerales 4o. y 6o., y 9o. de la Ley 75 de 1968, 1o. y 2o. de la Ley 29 de 1982, 399 y 1321 a 1323 del C. Civil, por aplicación indebida, derivada de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas.

9. Las recurrentes, tras indicar en qué consisten las infracciones denunciadas y notar cómo el pronunciamiento incurre en el desvío de tomar la decisión y después estudiar las pruebas prevenida y parcialmente para ratificar el juicio ya tomado con "pasión manifiesta y administración parcial y acomodaticia" y no de manera objetiva para extraer la conclusión, explican la acusación delanteramente en cuanto con la causal de relaciones sexuales, recordando que el Tribunal las dio por demostradas con los testimonios de Socorro Pérez, Rosalino Chingal, Roberto Cuastumal, Teresa Cuatín, Ana del Socorro Piarpuzán y Mariela Tupaz, así como las copias tomadas del proceso penal que cursó en

el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales por el delito de estupro que denunció Mariela Eudocia Chamorro como cometido por José Vicente Chingal y a la que agregó la copia del trámite ante el Instituto de Bienestar Familiar, pasa a renglón inmediato a denunciar los vicios en la estimación de las probanzas, así:

Socorro Esperanza Pérez (flios. 45 a 47 c. 2), de 45 años de edad, dice que conoció a Eudocia y a José Vicente, porque por ser su madre pobre iba a servir unos días a la casa de Eudocia y otros a la de José Vicente y la llevaba con ella de modo que se crió con ellos; por eso le consta que aquéllos mantuvieron relaciones amorosas y aunque la madre de Eudocia era "fregada" José Vicente le enviaba a su novia cartas de amor con la testigo. Nada le consta de las relaciones sexuales, pero que Eudocia le contó que esperaba un hijo de José Vicente, quien por eso se fue un tiempo a trabajar al Putumayo, venía de vez en cuando a visitar a Eudocia y cuando no la encontraba le dejaba cartas con la deponente y que José Vicente le comentó que el hijo era suyo. Adelante contó que quien le dijo de las relaciones amorosas fue Eudocia y posteriormente se lo comentó José Vicente y la utilizaba para que llevara las cartas.

Rosalino Chingal (flios 49 v a 50 v.c.2), padrino y tio bisabuelo del demandante y tío abuelo de Mariela Eudocia y "familiar de los demandados" por ser Mariela Eudocia y José Vicente parientes entre sí, cuenta que encontraba a Eudocia en su casa conversando con José Vicente, a veces Eudocia decía que se iba a Aldana a oír la misa y volvía al atardecer, por lo que la regañaba la madre y ella lloraba; José Vicente era soltero y vecino de vivienda con Eudocia; cuando los encontraba conversando, se despedían y cada uno se iba para su casa.

Roberto Cuastumal Chamorro (flios 50 v. a 51 v. c.2), narra que en una ocasión Felicitas de Chamorro, abuela de Eudocia, salió de la casa gritando a Eudocia, que dónde estaba, y ésta salió de unos "barrabases" corriendo y también José Vicente pues habían estado conversando escondidas de la abuela, ella salió para la casa y él para la carretera. En ocasiones la gente de la vereda comentaba que Eudocia tenía relaciones amorosas con el finado Vicente Chingal.

Teresa Cuatín de Caicedo (flios 51 v. a 53 c.2) recuerda haber frecuentado la casa de la abuela de Eudocia, que la cuidaba y dormían juntas, y cuando la abuela se dio cuenta que Eudocia estaba embarazada la separó de cama y al preguntarle el motivo respondió que el sobrino Vicente había venido y buena la había hecho con la nieta Eudocia a quien había perjudicado. En otra ocasión

fue a la casa de Felicitas quien le pidió que le buscara a Eudocia y la encontró abrazada con José Vicente en una zanja de donde la sacó y Eudocia le dijo que se iba a casar con José Vicente quien se quedó en la casa casi todo el día de donde se fue y ella pudo ver de lejos que Vicente salió de unas matas y "juntos siguieron su camino". Que Felicitas le comentó que los había encontrado juntos cuando Eudocia estaba esperando. De cuando lo encontró en la zanja al nacimiento de Omar Efraín pasaron unos tres meses.

Aura del Socorro Piarpuzán (flios 74 a 77 c. 2), relata que una hermana suya se casó con un tío de Eudocia por lo que ésta bajó a vivir a Aldana, en compañía de una abuelita durante unos dos años. Por eso se hicieron amigas con Eudocia quien le contaba que era novia de José Vicente. Ella los veía charlar como en los años sesenta "los últimos cinco años", es decir "del sesenta y cinco al setenta por esos años más o menos", tiempo en que Eudocia apareció esperando y la gente comentaba que era de José Vicente porque eran novios. Ella la vio embarazada pero no le comentó de quién, luego se fue para Macas, municipio de Cuaspud, Carlosama. Nada sabe de las relaciones sexuales, sabe sí del noviazgo, la gente cree que sí sabía pero a ella no le comentaron, ella los veía como novios cuando iban donde su hermana, que pudo ser en el sesenta y cinco a sesenta y seis, por ese tiempo Eudocia apareció embarazada.

Mariela Tupaz Piarpuzán (flios 80 a 86), cuenta que conoció a José Vicente cuando ella tenía quince años de edad, igual que a Eudocia por ser pariente del esposo de su hermana donde la testigo estaba aprendiendo a coser. Por eso sabe que Eudocia y José Vicente eran novios, asistían a la misa y juntos se iban, manteniendo relaciones como de familia, lo que fue en el sesenta y ocho y "después supo que Eudocia estaba embarazada", luego dio a luz y no volvió a Aldana. "El resto, dice la censura, de su deposición fue un alegato sobre los derechos de los hijos extramatrimoniales y su desempeño en el Instituto de Bienestar Familiar".

Continúa la acusación con su censura respecto de las copias traídas del proceso penal, que obran en el cuaderno primero y explica su acusación en esta forma: en el folio 13 está la denuncia de Mariela Eudocia Chamorro el 17 de enero de 1969 contra José Vicente Chingal por el supuesto delito de estupro cometido en los primeros días de junio de ese año, con promesa de matrimonio y violencia física. En el folio 17 esta una declaración de la denunciante del 6 de febrero de 1969, donde dice que vivió años atrás con su abuelita Felicitas Chingal en Macas, municipio de Carlosama, que dos años antes conoció a José

Vicente Chingal con quien entabló relaciones amorosas y recibió promesa de matrimonio, quien la poseyó "la víspera del primero de junio de 1968", habiéndola puesto en estado de embriaguez y que lo mismo había hecho dos veces antes contra su consentimiento en febrero de 1968.

En el folio 20 obra la declaración de Mesías Cuasturnal quien dice que es falsa la afirmación de la denunciante pues no le llevó cartas de José Vicente.

En el 24 la versión de Eloy Fuelpas el cual en abril de 1969 dice que unos ocho meses atrás en casa de José Vicente Chingal "se ofreció la conversa de María Eudocia Chamorro" y "yo le dije a Vicente: lo que la ha de hacer sufrir mejor sería casarse" y Vicente me contestó: "después de un mes me voy a casar... La madre de Eudocia me dijo en una ocasión que la maltrataba porque tenía relaciones con Vicente".

En el 26 la declaración de Felicitas Chamorro, abuela de Eudocia, la cual todo lo que pudo decir de las relaciones entre su nieta y José Vicente es que ella en el momento del parto le dijo que el niño era de éste.

En el folio 30, sin fecha, esta la ampliación de declaración de Eudocia quien dijo haber tenido amores con José Vicente desde marzo de 1967 hasta noviembre de 1968, tiempo en que tuvo relaciones sexuales con él voluntariamente, que terminaron porque Vicente se fue para el Ecuador. Sus contradicciones las explica diciendo que "hubo gentes que me aconsejaron que así dijera para que Vicente Chingal se casara conmigo".

En el 31 el memorial firmado por Eudocia presentado el 2 de septiembre de 1970 ante el juez comisionado, en el que manifestó "querer hoy decir la verdad de los hechos" para expresar que con José Vicente tuvo sólo relaciones amorosas, sin promesa de matrimonio, que nunca llegaron a ser novios, que en ese tiempo el nunca llegó a proponerle que tuvieran actos carnales pues siempre se supo respetar y que el motivo de la denuncia fue el consejo de una amiga de ella.

En el 31 v. obra el juramento de ratificación de Eudocia en su declaración del memorial del 2 de septiembre.

En el folio 33 la indagatoria de José Vicente el 5 de noviembre de 1970, en la que aceptó haber tenido amores con Eudocia de marzo a julio de 1968 cuando

se fue a trabajar con la Texas, primero en el páramo de Fucrres durante siete meses y luego en Orito donde actualmente trabajaba, sin haber vuelto a verse con Eudocia. negó haberla poscído por la fuerza o con promesa de matrimonio a comienzos de junio, como lo dijo la denunciante, y en general negó haber tenido actos carnales con ella. Reconoció haberle escrito unas dos o tres cartas amorosas cuando vivía en Macas, y afirmó que durante todo el tiempo de julio de 1968 en adelante hasta la fecha era la primera vez que volvía a Macas por enfermedad de su padre.

En los folios 38 a 39 el auto de cesación de procedimiento, en el que se destacan las contradicciones de la denunciante Eudocia, al declarar primero que fue poscída a la fuerza y con promesa de matrimonio, después que consintió gustosa los accesos carnales y luego que nunca realizó acto carnal con Vicente, concluyendo que no existió el delito, o no hubo acceso carnal, o si lo hubo no lo fue a la fuerza o con engaño.

En los folios 43 a 44 obra la decisión del Tribunal confirmatoria de la cesación de procedimiento, que insiste en las contradicciones de la denunciante, el falso testimonio en que incurrió, y se destaca la armonía entre lo expresado en la indagatoria y lo dicho por la denunciante en el memorial que ratificó con juramento.

Refiérese enseguida la censura a la copia de la actuación en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, seccional de Ipiales, que está en los folios 49 a 51, a partir del 5 de septiembre de 1984 por iniciativa de Eudocia Chamorro de Palacios, sin firma suya, de la cual se dice que solicitó citar a José Vicente Chingal para que voluntariamente cumpliera con el deber legal de legalizar la paternidad en favor de Omar Efraín Chamorro, concebido por la madre antes de su matrimonio. Se ve una boleta de citación que se indica fue enviada por orden de la Defensora de Menores. La constancia del 30 de noviembre de 1984 de que el destinatario no compareció, y la orden de archivar el caso.

Hecha la relación de pruebas respecto de las cuales, según la impugnación, el Tribunal habría cometido evidente error de hecho, dice invertir el orden en que el sentenciador las examinó, por preterir el orden cronológico de los hechos, comenzando entonces por el "fenómeno denuncio y proceso penal" con sus declaraciones y actuaciones, pasar a continuación al trámite en el Bienestar Familiar y por último los testimonios rendidos en este proceso. No obstante afirmar que ese sería su método, la censura comienza por preguntarse qué

respaldo probatorio tiene y si obedece a alguna lógica sostener, como lo hace el Tribunal, que la intención que en 1984 tuvo la madre del demandante de que José Vicente reconociera como su hijo a Omar Efraín, que estuvo a punto de realizarse, es un signo inequívoco de que entre ellos existieron relaciones sexuales que, a su vez, infieren la paternidad. Se necesita mucha prevención o frescura, nota la objeción, para sostener que un formulario llenado sin firma de solicitud de citación de José Vicente a reconocer la filiación de Omar Efraín Chamorro en septiembre de 1984, más una boleta de citación no diligenciada y la orden de archivo porque la usuaria e interesada no compareció ni se preocupó por el caso, demuestren que el reconocimiento estuvo a punto de hacerse y que "esa escaramuza abandonada por su autoría" es signo inequívoco de las relaciones sexuales de 16 años atrás. Al contrario, esa actuación demuestra la impulsividad e inestabilidad de Eudocia y la total inconfiabilidad de su palabra. El error es evidente.

Se pregunta a renglón seguido la impugnación, qué respaldo probatorio tiene y qué lógica hay, en sostener que las copias del proceso penal no desvirtúan las relaciones sexuales porque decir que Eudocia no las tuvo con José Vicente en aquella época es una aventura, cuando las probanzas en contrario son tan contundentes y el memorial de desistimiento tenía como único objetivo ayudar al denunciado, como lo afirma el Tribunal con desvío tan grande que desfigura el contenido de las declaraciones de partes y testigos. El *ad-quem* hace caso omiso de la "inconsistencia y la mendacidad insistente de Eudocia", que para entonces tenía 22 años, de manera que su trama, "ideada por ella o fruto del mal consejo de amiga", según lo explicó al verse enfrentada al descubrimiento de una realidad "discordante con su fantasía malévola", luego su conducta no fue inocente ni veraz, quería casarse con José Vicente, "quería atraparlo (como hoy quiere captar su herencia)", se valió de la denuncia por estupro, "quiso extorsionarlo", pero su trampa no le funcionó y lo que demuestra su actuación y el memorial de desistimiento de "autoría dudosa" no es que fuera engañada sino la "parcialidad del Tribunal". Mas el Tribunal prefirió ignorar las mentiras de Eudocia sobre su posesión carnal y la promesa de matrimonio expresadas bajo juramento, como omitió las declaraciones de Patrocinio Narváez y Mesías Guastumal, recibidas a petición de la denunciante y que en materia grave la desmienten: el primero cuando negó saber algún hecho indicativo de trato amoroso o carnal no obstante haber estado trabajando en ese tiempo en casa de ella, y el segundo al negar que fue portador de cartas de José Vicente. Esas contradicciones no son insignificantes, como lo es la actitud del fallador. En la sentencia se menciona la declaración de la denunciante, hoy de Palacios, rendida

en este proceso, en la que afirmó que en el asunto penal le hicieron firmar unos papeles preparados por José Vicente para salvarlo de la justicia, sin reparar en que no sólo firmó sino que ratificó lo dicho bajo juramento, versión que el Tribunal acogió sin estos reparos ni advertir el interés de favorecer a su hijo y de compartir con él la herencia del causante, no reparó en el ánimo de vindicta de la denunciante ni en el de exhibirse como víctimas y no su real conducta de mentirosa "empedernida", como no vio que la declaración de Eudocia en el proceso penal no tiene fecha y que todas las declaraciones de José Vicente lo muestran entonces como joven carente de recursos económicos y de cultura y que se enroló en la Texas como obrero para labores duras y de exigua remuneración, por lo que no estaba en condiciones de "urdir una contrafarsa o de financiarla". El error, asevera la censura, es palmario. De otra parte, continúa la acusación, la abuela fregada, castigadora, no se atrevió en el proceso penal a sostener relaciones sexuales entre Eudocia y José Vicente, su creencia de que el hijo de aquélla era del segundo la tuvo por lo que en el parto le dijo Eudocia. Pero el Tribunal pasó por alto tal declaración cuando de ella brota la falsedad de la denuncia de Eudocia y de las afirmadas relaciones sexuales, confirmando la relativa veracidad de la misma al desistir, así a la muerte de José Vicente volviera a sus andadas. El contenido de la declaración de Eloy Fuelpas tampoco da pie para conclusión positiva de paternidad. El yerro del Tribunal es fehaciente.

En lo que dice relación con los testimonios, sigue la acusación, la declaración de "tercero" de Eudocia es de un contenido contradictorio con lo expresado precedentemente, carece de verosimilitud y tiene interés; el Tribunal apenas si la menciona para "valorizar" las copias de la actuación penal. De otro lado, entre los testigos hay contradicciones respecto del lugar donde vivieron Eudocia y José Vicente, al que se trasladó Eudocia y al tiempo de esas residencias, factores que el Juzgador no vio y que desdicen de la veracidad de los deponentes.

El Tribunal, asegura la censura, "no analiza los testimonios: los menciona, los elogia, disculpa sus deficiencias, ensalza su parcialidad y los declara responsivos, completos y verosímiles, en cuanto provienen de personas llegadas al demandante y a su madre con interés en el pleito". Con tal fundamento pasa a demostrar el error respecto de cada uno de los testificales que respecto de las relaciones sexuales valoró el Tribunal, mencionando en esa forma a Socorro Esperanza Pérez, de la cual, por haberse criado con Eudocia, no puede colegirse que entre ésta y José Vicente hubo relaciones amorosas "muchos años

después", como no hay coherencia entre su oficio de cartera tiempo después, posiblemente al no prosperar la que se le quiso atribuir a Mesías Cuastumal en el asunto penal, en el que no aparece el nombre de la testigo. Amen de que de su dicho no emergen hechos que infieran las relaciones amorosas, apenas alude a supuestas confesiones de los protagonistas, es incoherente y sin responsividad, quizá por eso el Tribunal apenas la mencionó para "cargarla de epítetos encomiásticos, dado su esfuerzo para dar por probadas las relaciones sexuales". Rosalino Chingal con interés por lo menos afectivo, apenas si pudo decir que veía a Eudocia y a José Vicente conversando en la puerta o al ingreso de la casa, y que la madre de aquélla la regañaba" (acaso la madre de Eudocia no había muerto ya y ella no vivía con la abuela?). Una declaración "así de rala" prueba la falta de asidero de las versiones de la madre y del hijo demandante, como lo advirtió el *a-quo*. Roberto Cuastumal Chamorro, pariente también de los mismos, cuenta una anécdota, que de ser cierta carece de la razón del dicho y ninguna incidencia tendría en el asunto, porque nada significa que alguna vez, que no se sabe cuándo, haya visto a Eudocia y a José Vicente hablando y que la abuela de Eudocia saliera en su búsqueda, como que de ese hecho no puede deducirse la paternidad. Es la obsesión del Tribunal por ver las relaciones sexuales lo que lo condujo a verlas en ese testimonio. Teresa Cuatín de Caicedo cuenta lo de la separación de la cama de la abuela y la nieta, hecho que en modo alguno permite inferir las relaciones entre Eudocia y José Vicente, además de que José Vicente hubiera perjudicado a Eudocia, afirmación que la abuela no hizo pero sí dice la testigo que a ella le hizo. La impertinencia es todavía más grande cuando se quieren colegir las relaciones de que la testigo haya encontrado a Eudocia y José Vicente en una alcantarilla unos tres meses antes del parto. Aura del Socorro Piarpuzán, emparentada igualmente con el demandante y su madre, pone a vivir a Eudocia en Aldana, en Macas (Cuaspud) colocando en apuros geográficos a los otros testigos. La razón de su dicho son las confidencias de Eudocia y los decires de no se sabe qué gentes, mas ningún hecho conocido directamente, a pesar de lo cual es uno de los testimonios que al Tribunal le sirven para ver las relaciones sexuales. Mariela Tupaz Piarpuzán, empleada del Bienestar Familiar, "muy posesionada de su misión de encontrarle, o si no atribuirle, padre a todos", sostiene que Eudocia y José Vicente eran novios porque iban a misa y salían de ella juntos, pero cae en la encrucijada de la residencia de Eudocia en contradicción con su pariente Socorro Piarpuzán.

Principio básico es que el juzgador de cuenta y razón de sus decisiones, y probatoriamente que analice cada medio y el conjunto, exponga el mérito de cada uno y del conjunto explicando las razones de sana crítica. Mas se ha

confundido el análisis crítico con la enumeración de las probanzas, y la sana crítica "con la argumentación en pro de un partido tomado de antemano".

En ambas irregularidades incurre aquí el Tribunal, dado que habiendo fallado anteladamente en pro de las pretensiones luego se esfuerza, y mucho, en acomodar las pruebas a los hechos. Cabe asimismo aclarar en ese asunto, dice la censura, que no es al demandado a quien incumbe probar que el demandante carece de la filiación que afirma, sino a éste demostrarle, pues se ha convertido en posición errada que la mera demanda supone la paternidad que en la pretensión se invoca. Lo único probado en este aspecto, concluye la impugnación en el punto, es que Eudocia y José Vicente fueron novios y que éste le escribió a la primera dos o tres cartas de amores, textos que de paso ha de notarse no obran en autos, así como la versión jurada de la madre del demandante de no haber existido las relaciones sexuales entre ella y el presunto padre. En esa forma los testimonios no son más que decires que quieren favorecer a "su patrocinador" y que atribuyen ciertas frases a quien por estar muerto no las puede controvertir, son tomados impertinentemente por el Tribunal como prueba de las relaciones sexuales, cometiendo el yerro de hecho evidente pues contraría ostensiblemente lo que aparece probado, como son únicamente el noviazgo de Eudocia y José Vicente, y la afirmación jurada de la madre de no haber existido las relaciones sexuales. No se puede tomar como puente para hallarlas, la mentira y el sentimentalismo.

10. Seguidamente se adentra la censura en su ataque en lo concerniente a la probanza que para el efecto valoró el Tribunal para dar por demostrada la causal de posesión notoria del estado de hijo natural del demandante respecto del autor José Vicente Chingal.

Una vez que enumera los deponentes enlistados por el Tribunal, se detiene seguidamente en ellos, en esta forma:

Hipólito Reinaldo Chamorro (folios 9 a 12 c.2), pariente del demandante, dice que en una reunión de motoristas, José Vicente le dijo camino a casa que iba a ayudar al primer fruto de las travesuras de muchacho por medio de la profesora, lo que haría con ocasión de la primera comunión de Omar Efraín. En otra ocasión y también en una fiesta, ya muerto José Vicente, estuvo hablando con Jesús, tío de Omar Efraín, quien le dijo que mediante un arreglo estaba tratando de conseguir dinero para pagarle el colegio al muchacho. En otra ocasión se encontró con José Vicente cada uno en su carro, y al preguntarle si

había enviado el encargo, bajó la ventanilla y le respondió que le había enviado a Omar Efraín $20.000.oo con la profesora. Siendo Eudocia y José Vicente primos, trataba a Omar Efraín con reserva y no con preferencia. Este testimonio, ataca la censura, es insulso y amañado, además de relatar intimidades que no tenía porqué hacerle Vicente y menos en medio de la embriaguez, como tampoco la patraña del envío del dinero con la profesora, Teresa Lucero, que luego avalará con el apoyo de la subgerente de la ayuda Socorro Paéz. Pero si ese fuere cierto en nada demuestra lo que encontró probado el Tribunal, como nada significa que un tío del demandante haya dicho que se proponía conseguir dinero para educarlo. El error es, pues, manifiesto al tomarlo como del acervo que prueba los hechos de la causal. Mercedes Velásquez de Chamorro (flios. 12 a 17), "madrina de Omar Efraín y tía política de María Eudocia", relata que estando Omar Efraín en la escuela en Aldana, José Vicente lo pasó a Ipiales, llegando los dos a su casa para pedirle Vicente que le diera habitación y alimentos a Omar Efraín, por lo que le dejó $30.000.oo. Cuando se fue Vicente, ella salió con el menor a comprar los útiles. Varias veces Vicente fue a mirar la libreta y a ver cómo iba el hijo. La libreta la recibía Omar y a veces la madre. En su casa permaneció un año, Vicente iba y Omar sabía llegar a la casa y le decía que fuera a pagar la pensión, lo que conoce por contárselo Omar. Cuenta que Eudocia y Vicente eran primos y que al conocerse el accidente salió con Omar y en la puerta del Hospital le daban el pésame porque toda la vereda de Macas y Aldana sabían que era hijo de Vicente, entre ellas Isaura Piarpuzán. La declarante vio a través del vidrio que Omar ayudó a vestir el cadáver de Vicente y se puso a llorar. Reitera que eran primos, vuelve sobre la permanencia de Omar en su casa, nada le constaba de la primaria de Omar, que éste le contó de posibles arreglos de su herencia y "con parcialidad manifiesta sostiene que la ayuda de José Vicente no fue 'familiar' porque de primos no más no iba a ayudar él". Su parentesco con el demandante y la madre y por madrina del primero, circunstancias que admite, son trascendentes para la confiabilidad. Mas si fuere cierto lo de la habitación y alimentación y el pago de $30.000.oo, no sería un hecho inequívoco como que Omar Efraín era sobrino de José Vicente si éste y Eudocia eran primos, y aunque los testigos de este grupo digan que la ayuda no la dio Vicente como primo sino como padre, porque lo cierto es que no hay hecho inequívoco del tratamiento que indique la aceptación de paternidad. El testimonio es incoherente, no se sabe que fue lo que le contó Omar y qué lo percibido directamente, con la adehala de que lo posterior a la muerte de Vicente en nada incide, sino que demuestra la tendencia de testigos parientes del demandante a que la herencia le llegue a éste.

Teresa de Jesús Lucero Erazo (flios 18 a 23) dijo ser profesora en Macas hacía unos diez años, habiendo tenido alojamiento en casa de Orfelina Chingal de Pachucán, donde llegaba Vicente a visitar a su hermana y a su madre, contándole la hermana que Vicente era loco y tenía un hijo en una prima, Eudocia Chamorro, niño que era alumno de la deponente. Cuando se preparaba para la primera comunión le preguntó por la madre, el niño se puso nervioso porque el padrastro no quería darle para el vestido. La declarante habló con Vicente un día que fue a su casa y él le envió $20.000.oo, lo que sucedió a finales de 1981 cuando el niño cursaba 5o. de primaria. En la vereda donde ella trabaja todos dicen que Omar es hijo de Vicente y que es una injusticia la que se comete con él. Recuerda que Eudocia y Vicente son primos, que Orfelina le dijo que ella aceptaba a Omar como su sobrino, hipotetiza sobre la herencia de Omar y cuánto le podrían dar, que Vicente tenía preferencia por Omar, pero no dice en qué consistía, distinto del dinero que dice le envió, y que no lo vio charlar con el niño. Lo demás son conjeturas, consejos y relatos originados en lo contado por Omar. Es testimonio de parcialidad manifiesta, pieza fundamental del engranaje burdo: los $20.000.oo son ofrecidos a Socorro Pérez que sugiere enviarlos por medio de Teresa, y corresponden a la ayuda que embriagado ofreció Vicente según anuncio a Hipólito Chamorro, y que de carro a carro dijo haber mandado. El Tribunal no se tomó el trabajo de cotejar este testimonio con el de Orfelina Chingal, totalmente negativo. Pero suponiendo que fuera veraz lo dicho por Hipólito, Socorro y Teresa, y no la mentira fraguada por Eudocia "la profesional de la mentira", lo más que habrían demostrado es sólo un acto de generosidad del tío Vicente para con el sobrino Omar el día de la primera comunión del segundo, que en nada demuestra la posesión notoria, sin dejar de lado lo significativo de que la testigo nada pueda decir del trato.

Socorro Esperanza Pérez (flios 45 a 47) a las confidencias de Eudocia sobre sus amores con Vicente y sus fantasías de las cartas de amores de éste, agrega que en una ocasión Vicente le entregó dos vestidos para el niño que debía dar a Eudocia, en otras oportunidades le mandaba dinero como $200.oo, $100.oo o $50.oo. Agrega que ella le sugirió a Vicente lo de la ayuda a Omar en la primera comunión por medio de la profesora Teresa, por ser ella casada y no dejarla ir su marido. A la gente de la región, dice, no le ha oído comentar que Vicente sea el padre de Omar, lo sabe únicamente por lo que Vicente y Eudocia le comentaron personalmente. Nada le consta de que Vicente alzara el niño o le echara la bendición. Es la testigo, objeta la acusación, con mayor imaginación, vehemencia y fantasía, pues de su papel de correo, "siempre como correveidile", añade la de su función de portadora de dos vestidos que Vicente mandó

para Omar "(cuándo y dónde?)". Un obrero de la Texas en Orito, convertido luego en conductor de camión, toma la iniciativa y el trabajo de comprar ropa para niño y con buena suerte para la demanda encuentra persona extraña como la testigo para que la lleve. Una trama bien montada con la maestra de Macas, con Eudocia y con Hipólito, sin importar si los $200.oo, los $100.oo o los $50.oo los llevó antes o después de los $20.000.oo que ella no pudo entregar por ser casada y no permitirle su marido ir. Pero extrañamente no oyó comentarios acerca de la paternidad de Vicente, lo que sabe es directamente de lo dicho por Vicente y Eudocia. Alba Lucía de la Cruz Ramírez (folios 47 a 48) recuerda que en una ocasión estando ya Omar en el colegio, estaba ella con una amiga cuando llegó José Vicente a la casa de la hermana en un carro, y se dio cuenta que llegaba con Omar y que sacó dinero del bolsillo aunque no supo la cantidad. Añade que en la vereda de Macas casi toda la gente comenta desde hace mucho tiempo que Vicente es el padre de Omar y ha oído decir que unos primos de Omar y sobrinos de Vicente tratan a Omar como primo. Es un testimonio, nota la impugnación, carente de relevancia como que nada significa que el tío Vicente llevara en su carro a su sobrino Omar y le diera dinero, como es intrascendente la expresión toda la gente o casi toda la gente comenta "esto o lo otro".

Orfelina Chingal Cuastumal (fls. 48 a 49v.), dice ser la hermana del difunto José Vicente, tía de los demandados y prima de Omar mas nada le consta de las relaciones de Vicente con Eudocia, José Vicente nunca le comentó que Omar fuera su hijo, sólo ha oído comentarios de la gente. Ahora 12 de mayo, día de las madres, Omar la encontró y le dio un abrazo y le dijo que era su tía, a lo que ella le dijo "que a los tiempos y el abrazo y que me decía que era su tía, antes nunca me había manifestado sobre el parentesco...". "Mis hijos y Omar Chamorro se tratan como primos donde se encuentran, ellos estuvieron en la escuela y ahora en el colegio". A los hijos suyos Omar les ha dicho que es hijo de José Vicente, pero a ella nadie le ha comentado y a Omar desde hace mucho tiempo lo ha saludado y le ha puesto atención como amigo por vivir en la misma vereda de Macas. Así la hermana de José Vicente desmiente las afirmaciones e insinuaciones de la intermediaria profesora Teresa Lucero y de Alba Lucía Ramírez: nada de reconocimiento suyo, de comentarios ni de trato familiar. Aguda su observación a quien con afán hereditario y para que lo vieran la abrazó y le dijo que era su tía, sin que sea tratamiento paterno-filial que sus hijos digan que Omar es su primo, ni por ello constituya fama creada por ese tratamiento. Roberto Cuastumal Chamorro (fls. 50v. a 53), dice que directamente no le consta quien es el padre de Omar Efraín; a varias personas les ha oído comentar

que es o fue José Vicente. Recuerda que Omar fue compañero de sus hijos en el colegio en Aldana, de donde lo sacó José Vicente y lo llevó al colegio Champagnat en Ipiales, pero no recuerda quién le hizo ese comentario, pues la gente decía que Vicente hizo eso por ser el padre de Omar y querer ayudarlo con su educación. No los vio juntos, ni que José Vicente manifestara en alguna forma ser el padre de Omar y menos cuando Vicente se fue a vivir a Ipiales pues ya no se le veía en la vereda de Macas. Interesante es desmenuzar este testimonio, dice la censura, no por su irrelevancia sino para destacar la livianidad y parcialidad del Tribunal, pues que Vicente sacara a Omar del colegio donde estudiaba con sus hijos y lo llevara al de Ipiales fue algo que le contaron y no recuerda quién y que sabe porque eso comentaba la gente. Esa prueba no es más que consejas, rumores y mejor chismes urdidos por parientes y padrinos y madrinas que cuentan ya la herencia para el demandante. "Conjunto de testimonios que de manera irrefragable demuestran su turpitud y su torpeza al elaborar la trama y presentarla a la justicia, con audacia comparable a la 'candidez' y perjudicialidad del Tribunal". Mariela Tupaz (fls. 80 a 86), la empleada de Bienestar Familiar, dijo que aconsejó a Eudocia en 1984 que demandara a Vicente y que habló con él acerca del reconocimiento, quien le comentó que estaba ayudando económicamente a Omar pues le daba para sus necesidades, pero no le consta el trato que le diera ni los vio juntos. Del trato entonces nada le consta, no fue más que una intermediaria de gestiones que la interesada abandonó y conocedora de confidencias que muerto quien las habría hecho, no puede contradecir. A esos testimonios se unen los que a petición del demandante se llevaron con el propósito de probar la posesión del estado de hijo y que al respecto nada les consta. Rosalino Chingal Tovar (fls. 49v. a 50, c. 2), padrino de Omar, tio abuelo de Eudocia y tío bisabuelo de Omar, dijo que en ninguna oportunidad José Vicente le comentó de su paternidad, nada le consta del trato que le diera Vicente a Omar, pues Vicente se fue para Ipiales y allá ya se había casado. Le preguntó a Omar si José Vicente le ayuda con alguna "cosita" y le respondió que no, que le decía que le iba a dar pero nunca le daba. No obstante la cercanía con el demandante, no pudo relatar nada del trato. El testimonio no lo tuvo en cuenta el Tribunal. Teresa Cuantín de Caicedo (fls. 51v. a 53), muy allegada al demandante, cuenta que Eudocia le dijo que cuando el niño era grandecito se lo había encontrado José Vicente y le había dado $200.oo y en otra ocasión $500.oo, y que lo mismo le había contado Felicitas. Extraño que a eso se reduzca su noticia no obstante ser, según ella, curiosa y observadora, "por no decir preguntona", y lo que sabe es de oídas, de boca de la familia del demandante, "con artificio toscamente insincero". Aura del Socorro Piarpuzán (fls. 74 a 77), del trato de Vicente a Omar sabe únicamente

que una vez tomados unos tragos, José Vicente le decía a su tío de él, Homero Chamorro, que tenía un hijo que iba a ayudar, que le iba a regalar una bicicleta para que bajara al colegio, lo que sucedió en Ipiales hacía como nueve años. Pero no fue a ella que se lo dijo, sino que ella entró a la pieza en que estaba tomando Vicente y oyó que decía eso, como tampoco nombró a Omar como su hijo, sino que ella cree que se refería a él, ni vio nunca a José Vicente con Omar. El hijo a que se refiere un hombre en estado de embriaguez, sin nombrarlo siquiera, se convierte para el sentenciador en tratamiento de padre a hijo por cinco años y crea la fama consiguiente.

El casacionista transcribe la definición de la posesión notoria del estado de hijo natural que expone el artículo 6o. de la Ley 45 de 1936, y el 9o. de la Ley 75 de 1968, sustitutivo del 398 del Código Civil, que determina el tiempo de la posesión notoria del estado civil y el 399 que exige el conjunto fidedigno que la establezca de un modo irrefragable, para afirmar que ninguna de estas órdenes tuvo en cuenta el fallador precisamente por basar su decisión de estar probada la posesión notoria del demandante como hijo extramatrimonial del causante, en declaraciones de personas cuya falta de confiabilidad es absoluta, se refieren a hechos ocasionales, muchos fabulosos, burdamente amañados e inverosímiles. Aun suponiendo que los hechos fueran reales y los testigos veraces, serían desechables por no corresponder al supuesto de la ley. En efecto, si Omar Efraín nació el 13 de febrero de 1969 y José Vicente murió el 21 de diciembre de 1988, transcurrieron casi 20 años, espacio temporal durante el cual pudieron darse cuatro términos del artículo 9o. de la Ley 75 de 1968. Pero para el demandante se tendrían ayudas económicas insignificantes y "saltuarias": los dos vestigios de que habla Socorro Pérez; o las entregas de que ella misma habla de $200.oo, $100.oo, o $50.oo; nada hasta 1981 cuando se habría dado la ayuda para la primera comunión dentro del "concierto fantástico" de Hipólito Chamorro, Socorro Pérez y Teresa Lucero. Y nada hasta cuando Mercedes Velásquez de Chamorro "(madre del primero)" resuelve alojar a Omar en Ipiales, durante un año, dizque por cuenta de Vicente. Nadie vio el trato que de padre diera Vicente a Omar, porque inclusive el padrino Rosalino Chingal lo niega, y lo contado por Roberto Cuastumal de llevar Vicente a Omar del Colegio de Aldana al Champagnat de Ipiales no se sabe quien lo contó al testigo. Es un hecho carente de toda seriedad, cuyo acogimiento por el Tribunal a más de ser un error de hecho evidente, técnica y éticamente es del todo censurable. El contenido de las pruebas no corresponde a lo que con ellas quiso encontrar probado el Tribunal, de modo que al no hallar en ellas ese contenido, lo fabricó. El error es por eso flagrante. Luego debe casarse la sentencia y en cambio confirmar la del *a quo*.

IV. Consideraciones de la Corte

Con el fin de establecer los errores que como de hecho evidente denuncia la impugnación, procede el examen de los medios probatorios que valoró el Tribunal, teniendo en cuenta de una parte el orden de los hechos relativos a las causales que encontró y, de otro, el modo como estudió las pruebas.

11. Las relaciones sexuales entre la madre del demandante y su presunto padre José Vicente Chingal Cuastumal. Como en la reseña de la sentencia con claridad se indica, el Tribunal encontró probadas dichas relaciones para el tiempo comprendido entre el 26 de agosto y el 28 de abril de 1968 por haber nacido Omar Efraín Chamorro el 13 de febrero de 1969. Las halló probadas con la prueba testifical, que con la actuación en el proceso penal y en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Ipiales, así lo acreditan.

13.1. Prueba de testigos. Para los hechos que estructuran esta causal, el sentenciador valoró los testimonios que siguen, conforme con expresa manifestación suya:

SOCORRO ESPERANZA PEREZ (fls. 45 al 47, c.2), quien depuso ante el juez comisionado el Promiscuo Municipal de Cuaspud -Carlosama-, el 21 de mayo de 1991, residente en la vereda de Macas, conoció a José Vicente y conoce a Eudocia porque siendo pequeña su madre la llevaba a trabajar en las casas de ellos, "casi fui criada junto a ellos" y por eso le consta que tuvieron amores y Vicente le mandaba cartas a Eudocia con ella y a veces se las mandaba rogando para que la sacara para conversar con ella. No le constan las relaciones sexuales pero Eudocia le comentó que esperaba un hijo de Vicente y por eso Vicente se fue a trabajar al Putumayo un tiempo de donde venía cada mes a visitar a Eudocia y él le dijo que el hijo que ella esperaba era suyo, le mandaba cartas con la declarante, luego nació el niño y en una ocasión Vicente le entregó unos vestidos para el niño, que se los entregara a la mamá; en otras ocasiones le mandaba con ella dinero como doscientos pesos, cien o cincuenta pesos. Dijo que José Vicente trataba al hijo de Eudocia como su hijo, que cuando tenía dos o tres años de edad Vicente le contó que habían presentado unos papeles en Ipiales para que lo reconociera. Le contó también Vicente que pensaba casarse, que le ayudara para llevarla a ella y el niño para el Putumayo y ella le comentó que primero se casara y con derecho los llevara. Cuando el niño iba a hacer la primera comunión le pidió que le llevara veinte mil pesos y la citó para entregarle el dinero pero ella no fue y le dijo que buscara otra persona porque ella era

casada y el marido no la dejaba. Después Vicente le contó que se había servido de la profesora de la escuela de Macas de Nombre Teresa. Dice que no le conoció a Eudocia otro hombre. Que José Vicente trató al hijo de Eudocia como a su hijo hasta cuando hizo la primera comunión a la edad de unos doce años. No ha oído rumores de la gente de la región sobre quien será el padre de Omar Efraín, lo que sabe es por haberle comentado José Vicente y Eudocia. Al contrainterrogatorio del apoderado judicial de los demandados respondió que sabía que Eudocia y Vicente eran primos porque la mamá de la primera era prima con el padre del segundo. No le consta del trato de Vicente a Omar Efraín sino lo que Vicente le decía y él envió con ella dos vestidos y de las sumas de dinero como le contó, ayuda que le daba no por parentesco sino por "hijo".

ROSALINA CHINGAL TOVAR (fls. 49v. al 50v., c. 2), declaró en la misma audiencia, residente en la vereda San Francisco de Montenegro, padrino de Omar Efraín y tio abuelo pues su hermana Felicitas Chingal es abuela de Eudocia, y familiar con los demandados. Cuenta que encontraba a Eudocia conversando con José Vicente a veces adentro y a veces en el umbral; los domingos Eudocia a veces salía diciendo que iba a misa a Aldana y volvía por la tarde y al regañarla su abuela, porque la madre propia "era fallecida" pagaba llorando. Eudocia y José Vicente, entonces joven soltero, eran vecinos, cuando los encontraba conversando se despedían y cada uno cogía para su casa. Cuando Eudocia le pidió que apadrinara al niño, en el bautizo él le preguntó quién era el padre y ella le dijo que José Vicente, pero éste nunca le comentó nada al respecto, como tampoco le consta el trato que le diera a Omar, pues luego se fue para Ipiales, se casó y no lo volvió a ver. De ayuda económica sabe lo que al preguntarle le contó Omar: Que Vicente le prometía pero no le daba, y de comentarios acerca de la paternidad únicamente lo de su hermana, quien le decía que como no vio a Eudocia sino con José Vicente éste era el padre de Omar Efraín.

ROBERTO NOEL CUASTUMAL CHAMORRO (fls. 50v. al 51v., c.2), declaró en la continuación de la audiencia en horas de la tarde. Contó que una vez presenció que Felicitas de Chamorro, abuela de Eudocia, salió gritando dónde está Eudocia, le dio a entender que la estaba buscando, Eudocia salió de entre unos "barrabases" y también José Vicente, ella para su casa y él para la carretera persiguiéndolo Felicitas con "un palo en la mano, pero no lo pudo alcanzar". En la vereda la gente comentaba que Eudocia tenía relaciones amorosas con José Vicente. Ha oído comentar que el padre de Omar Efraín es o fue José Vicente. No recuerda quién le comentó que José Vicente retiró del

colegio donde estudiaba Omar Efraín con sus hijos y lo pasó al colegio Champagnat en Ipiales, y que la gente comentaba que lo había hecho por ser el padre y querer ayudarlo con la educación pues la madre de Omar era pobre. De familiares de José Vicente sólo habló con la hermana, Orfelina Chingal, quien le dijo que Omar le había dicho que ella era su tía y que ella había reconocido a Omar como su sobrino. En la vereda de Macas, donde residen el testigo y Omar Efraín ha oído comentar que el padre del segundo es José Vicente y que cuando Eudocia tuvo relaciones amorosas con José Vicente, no le conoció otro hombre.

TERESA CUANTIN DE CAICEDO (fls. 51 v. al 53, c.2), declaró también en la citada audiencia. Contó que ella frecuentaba la casa de la abuela de Eudocia quien la cuidaba mucho hasta no permitir conversar nada delante de la señorita, pero después de un tiempo "cuando ya era más señorita y me di cuenta que EUDOCIA ya estaba en sinto (sic), y entonces la ABUELA también" por este motivo la separó de cama porque dormían juntas y al preguntarle porqué, la abuela le respondió "por qué va a hacer, sino porque ha venido el sobrino José Vicente Chingal y ha hecho una buena con la nieta EUDOCIA, o sea que ella quiso decir que VICENTE CHINGAL la había perjudicado a EUDOCIA y por eso estaba esperando un hijo, y me llevó a una zanja donde siempre se sabían estar y conversar EUDOCIA con JOSE VICENTE CHINGAL". En otra ocasión la abuela le pidió que buscara a Eudocia y ella se fue donde antes le había indicado, y encontró a Eudocia abrazada con Vicente en una zanja o alcantarilla de la carretera, la llamó y la cogió del brazo y la llevó, le dijo que la abuelita estaba brava, diciéndole Eudocia que ella sabía porque Vicente le decía que se iba a casar con ella. En otra ocasión Eudocia llegó a su casa por la mañana y ya por la tarde, conociendo ella a la abuela, le dijo que se fuera, que la acompañaba, salieron pero como a unas cuatro cuadras le dijo que hasta ahí la acompañara, la dejó allí y se dio cuenta que de una matas salió Vicente que abrazó a Eudocia y juntos se fueron por el camino sin saber qué pasaría después. Eudocia y su abuela le comentaron que el hijo era de José Vicente. Le consta que cuando el niño "era escuelero" la madre de Vicente, Tránsito Cuastumal, llamó al niño y le dio unos panes, que a ella también le dieron. De cuando encontró a Eudocia y a Vicente en la alcantarilla al nacimiento del niño pasaron como tres meses. A Eudocia no le conoció otro novio pues desde que "la conocí a EUDOCIA CHAMORRO que casi era una niña, ella no tuvo ninguno (sic) otro novio distinto a VICENTE CHINGAL, fue con el único que ella anduvo y de eso quedó embarazada, de esto me consta por cuanto yo sabía ir a la casa de la abuela con quien vivía EUDOCIA y entonces me daba cuenta de la actuación de esta

muchacha". La abuela le comentó que la cónyuge de Vicente le había dicho a éste que porqué no reconocía a Omar, que si antes de casarse hubiera sabido de ese hijo, hubiera sido distinto, que era más racional ella que Vicente. En la vereda Macas donde residen la testigo y Omar, la gente comenta que el padre del muchacho es Vicente.

AURA DEL SOCORRO PIARPUZAN DERASO (fls. 74 al 77v., c.2), depuso ante el juez comisionado el Promiscuo Municipal de Aldana el 24 de mayo de 1991, residente en el casco urbano de ese municipio, costurera de oficio. Contó que conoció a José Vicente por que una hermana suya se caso con un tio de Eudocia, por lo que ésta "bajo a vivir aquí a Aldana vivían como dos años en compañía de una abuelita que llama FELIZA CHINGAL y el tío JOSE ANTONIO CHAMORRO" y así se hicieron amigas con Eudocia, quien le comentaba que era novia de José Vicente y "yo los miraba siempre charlar, por ese tiempo en los años sesenta los últimos cinco es decir del sesenta y cinco al setenta por esos años más o menos porque uno no está pendiente de eso, en ese tiempo EUDOSIA (sic) CHAMORRO CHINGAL apareció esperando un niño y la gente comentaba que era de JOSE VICENTE CHINGAL CUASTUMAL porque eran novios pues ellos", ella la vio embarazada, luego Eudocia se fue para Macas del municipio Cuaspud -Carlosama- y no supo más. Eudocia no le comentó de quién era el hijo que esperaba. Conoce a Omar Efraín porque va a su casa y comentan que es hijo de José Vicente. A ella solamente le consta lo del noviazgo, que pudo ser "como en el sesenta y cinco o sesenta y seis" y fue cuando María Eudocia apareció embarazada, y allí no le conoció otro novio u otro hombre. Una vez al llegar de un entierro, le oyó decir a José Vicente, borracho, que tenía un hijo, que ella piensa se refería a Omar Efraín pues aquél no dio nombre, que le iba a ayudar, que inclusive le pensaba regalar una bicicleta para que fuera al colegio. Esto sucedió en Ipiales como nueve años antes.

MARIELA TUPAZ PIARPUZAN (fls. 80 al 86v., c.2), declaró ante el comisionado Juez Promiscuo Municipal de Aldana el 5 de junio de 1991, residente en la vereda Chapuesmal de ese municipio, empleada en el Hogar Infantil Rosita Mueses, de Ipiales, del Bienestar Familiar de esta ciudad. Conoci a José Vicente desde cuando ella tenía 15 años de edad, época en que conoció a Eudocia porque la testigo estaba aprendiendo costura y la hermana de la señora donde aprendía era esposa de un pariente de Eudocia. Por ese conocimiento sabe que Eudocia y José Vicente eran novios, José Vicente iba a Aldana y junto con Eudocia se iba, iban a misa juntos, y sabían que eran novios porque se mantenía una relación como de familia, eso fue como "entre el sesenta y ocho,

después supe que estaba embarazada EUDOCIA estaba embarazada de VICENTE por comentarios y como ella era novia de él, de este embarazo nació un niño que llama OMAR CHAMORRO o sea que no era reconocido de VICENTE era hijo extramatrimonial...". Después que ella dio a luz, la declarante no volvió a Aldana por irse a estudiar. Trabajando en el Hogar Infantil mencionado en Ipiales, supo que Vicente se había ido a trabajar en Texas, lo que supo por un familiar suyo que trabajaba con Vicente y como se encontraba con Vicente le comento de la responsabilidad, Vicente refiriéndose a Omar nunca le dijo que no era hijo suyo, decía que era el hijo de él. Pasó un tiempo, a veces se encontraban y otras no, cuando cree que en 1984 vio a Eudocia y le dijo que tenía que demandar a Vicente, no sabe por qué lo hizo pero lo demandó, lo citaron al Bienestar, él la buscó para averiguar el motivo de la citación, ella le preguntó si tenía algún problema en el hogar, le contestó que no, entonces ella le preguntó si había reconocido al hijo, que tal vez era para eso, él le dijo que no lo estaba negando, ella le aconsejó que fuera al Bienestar, él fue pero ese día había tanta gente y como que no se sentía bien, de manera que cuando ella salió él se había ido. Después se lo encontró en la calle en Ipiales, le volvió a decir que reconociera al hijo, que ella hablaría con la secretaria del Bienestar para que lo atendiera rápidamente, el volvió a decirlo que no lo estaba negando, que lo apoyaba económicamente y no le daba más cosas porque le preocupaba qué diría el esposo de Eudocia. Pasó no recuerda cuánto tiempo cuando le comentó que lo había llevado al colegio Champagnat, ella le dijo que lo podía reconocer, que fuera donde un abogado a donde el Juez de Bienestar Familiar y él le decía "sí, sí como si ya lo fuera a hacer pero pasó el tiempo y no lo hizo". Luego supo donde un tío suyo en Ipiales que se habían accidentado Vicente y su esposa. Su interés en que Vicente reconociera a Omar era por su oficio y por conocer a esa gente. Afirmó que por la época en que Eudocia fue novia de Vicente no le conoció otro hombre ni oyó comentarios. A una pregunta del apoderado de la parte demandada respondió que si el mismo José Vicente aceptó ser el padre de Omar, fue porque existieron las relaciones sexuales entre él y Eudocia. Además la doctora María Frine de Ortega les dijo en una conferencia que si una mujer y un hombre eran novios y se sabía que siempre estaban los dos y únicamente los dos andan, no era necesario presenciar las relaciones sexuales para deducir que si la mujer aparece embarazada tiene que ser de ese novio, por lo que cualquier persona que haya visto el noviazgo puede ser testigo de que el hijo de esa mujer es del hombre que anduvo con ella. Dijo no saber el resultado de las diligencias de Bienestar Familiar, zona 4 de Ipiales, porque ella no trabajaba en la defensoría de menores sino en la parte administrativa del Programa Hogares Infantiles. No le consta el trato que

Vicente le diera a Omar, sólo lo que aquél le dijo de la ayuda y haberlo traído al colegio Champagnat en Ipiales. El apoderado judicial de los demandados dejó la constancia de la vehemencia de la testigo en su afirmación de que no hubo relaciones sexuales entre Eudocia y Vicente, no obstante obrar la declaración bajo juramento de Eudocia de que únicamente hubo relaciones amorosas.

11.1.2. Como la censura afirma que uno de los motivos del yerro en relación con las relaciones sexuales fue la preterición de los testimonios de Patrocinio Narváez y Mesías Cuastumal, recibidas a petición de María Eudocia Chamorro como denunciante del estupro, e ignorar sus mentiras acerca de sus relaciones sexuales con José Vicente Chingal.

Pues bien, según las varias veces citadas copias traidas del proceso penal, PATROCINIO NARVAEZ declaró ante el comisionado Juez Promiscuo Municipal de Cuaspud -Carlosama-, comisión del Juez 2o. Penal del Circuito de Ipiales, el 6 de marzo de 1969 (fls. 20 y 20v., c.1), quien una vez dijo que conocía a María Eudocia Chamorro y a José Vicente Chingal, respondió que respecto de la cita que le hacía la denunciante nada le constaba pues nunca había visto juntas a estas personas ni sabía de sus relaciones amorosas y sexuales.

MESIAS CUASTUMAL RAMIREZ (fls. 21 y 21v., c.2), de sesenta años de edad, dijo que era completamente falso que él llevara cartas a María Eudocia "ya que yo ya soy viejo y no me estoy metiendo en cosas de muchachos".

Declaró también MANUEL MESIAS CUASTUMAL (fls. 20v. y 21, c.2), de veintidós años de edad, primo del sindicado, dijo que nada le constaba de los hechos denunciados.

Según la ampliación de la instructiva de María Eudocia Chamorro (fl. 18, c.1), quien habría llevado las cartas sería Manuel Mesías Cuastumal pues la declarante nombró como "primo de Vicente", y si es cierto que respondió que nada le constaba, no parece que se le interrogara sobre las cartas. La pregunta se la hizo el instructor al otro Cuastumal. En esas condiciones no es admisible decir que el sentenciador ignorara las mentiras de María Eudocia por no ver los testimonios citados.

Patrocinio Narváez fue citado por constarle los hechos expuestos en el escrito de denuncia (fl. 13, c.1), mas su negativa de conocerlos no significa que se ignoraran las mentiras de la denunciante. Tan no se ignoraron que el tribunal

al verlas estimó que le daba credibilidad a las afirmaciones de existencia de las relaciones amorosas por estar respaldadas en las versiones de testigos serios.

11.1.3. Argumenta también la censura que el tribunal omitió la declaración de FELICITAS CHAMORRO que contradice a la propia nieta. Aún omitiendo ese testimonio, no es que contradiga a la nieta como que ésta mantenía las relaciones ocultándolas a la abuela, de modo que ésta no tenía porqué saber de ocurrencias que otras personas conocieran. En la valoración que de los precedentes testimonios efectuó el *ad quem*, no se advierte el yerro evidente de hecho que la acusación le endilga. En efecto el tribunal expresó "Un noviazgo en las circunstancias como se ha demostrado, el que ocupa la atención de la Sala, constituye indicio serio de la existencia de relaciones sexuales entre aquella pareja". (fl. 54, c.4). El noviazgo entre Mariela Eudocia Chamorro y José Vicente Chingal en 1968 fue, pues, el hecho que llevó al sentenciador a que, dadas las circunstancias en que ocurrió, permitía inferir las relaciones sexuales en el período según la fecha del nacimiento del demandante. Ese noviazgo no lo supuso el Tribunal sino que lo dedujo del relato de los testigos, y de lo que aceptó el presunto padre en la diligencia de indagatoria que rindió en la investigación penal adelantada por el posible delito de estupro. Las circunstancias en que ese hecho ocurrió tampoco las inventó el sentenciador. Los testigos dicen que no le conocieron otro novio u otro hombre a Eudocia Chamorro en la época en que tuvo esas relaciones con José Vicente Chingal. La época del noviazgo coincide con la de la concepción del demandante, circunstancia que tampoco es imaginada por el Tribunal. Luego si ese noviazgo es el indicio del cual el fallador dedujo las relaciones sexuales, y ese hecho aparece indiscutiblemente demostrado, no pudo entonces cometer el error evidente de hecho que en torno a la prueba testificial se enrostra.

Así el calificativo de serio que al indicio le da, no corresponda a calificación de ley. La jurisprudencia de la Corte tiene admitido de vieja data, que si las probanzas acredita fehacientemente un noviazgo y después la novia presenta los signos de embarazo, probado que no tuvo otro romance distinto al novio conocido, la lógica exige, por lo que suele ocurrir en casos tales, deducir que existieron relaciones sexuales, y si el noviazgo coincide con el de la concepción del pretenso hijo, la causal de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre por la época de concepción del hijo, coincidentes reitérase con la del noviazgo exclusivo, bien puede darse por demostrada sirviendo de presunción de la paternidad extramatrimonial deprecada.

Como sin asomo de dudas eso es lo que brota sin hesitación de la prueba testimonial relacionada, síguese que el error evidente de hecho que en relación con este medio de convicción se denuncia, no lo cometió el Tribunal, no sin reparar que en las instancias ninguna observación se hizo acerca del lugar rural-vereda Macas del municipio Cuaspud -Carlosama- donde ocurrieron los amores y las relaciones sexuales. Es ahora en el recurso extraordinario donde quiere introducirse el hecho que, tórnase en medio nuevo desechable por eso en casación.

11.2. La actuación en el proceso penal. Con la demanda se acompañaron xeroscopias tomadas del proceso penal que por el delito de estupro se adelantó contra José Vicente Chingal, autenticadas por el Juez 2o. Penal del Circuito de Ipiales el 17 de noviembre de 1989 (fls. 13 al 48v., c.1), a las que se refiere el *ad quem* aludiendo a la denuncia escrita de Mariela Eudocia Chamorro ratificada con juramento el 20 de enero de 1969 ante el Juez Promiscuo Municipal de Cuaspud -Carlosama-, remitida a Ipiales por ser el lugar de comisión del ilícito, donde correspondió por repartimiento al Juez 2o. Penal Municipal, funcionario que declaró abierta la investigación por auto del 13 de febrero de 1969, para, después de algunas diligencias, remitir al Juzgado Penal del Circuito correspondiendo por reparto al 2o. Penal del Circuito de Ipiales, agente judicial que avocó el conocimiento por auto del 14 -debe de ser del mes de abril, se nota- de 1970 (fls. 27 y 27v., c.1). En aquella denuncia, relieva el Tribunal, la denunciante dijo que en los primeros días de junio de 1968 Vicente Chingal, con quien tenía compromiso de casarse en su condición de novia, la citó para que fueran a Ipiales. Cuando allí se encontraron en las horas de la mañana lo primero que hizo fue invitarla a entrar a una cantina, y luego de obsequiarle un café pidió cerveza y aguardiente exigiéndole que tomara, lo que realizó para no disgustarlo hasta embriagarla; cuando se dio cuenta de su estado la sacó, le dio vueltas por la ciudad en un carro colectivo sin que ella se diera cuenta de los sitios, hasta llegar a las afueras y contra su voluntad, pues no estaba en condiciones de defenderse de un hombre "me violentó mi persona y tuvo acceso carnal en contra de mi voluntad, prevalido de que se iba a casar conmigo; y desde esa fecha, me sentí en estado de gravidez y he concebido una criatura que está por nacer". Como testigo del noviazgo y de la promesa de matrimonio citó a Eloy Fuelpas, Manuel Mesías Cuastumal y Patrocinio Narváez. Acompañó la constancia del doctor Luis Coral Enríquez del 13 de enero de 1969, director del Distrito de Salud de Ipiales, en la que dijo que Mariela Chamorro asistía a control prenatal encontrándose en octavo mes de embarazo (fl. 12). Aparece la certificación del Cura Párroco de Aldana expedida el 3 de febrero

de 1969, en que se dice que el 27 de abril de 1947 fue bautizada una niña que nació el 30 de marzo de ese año, con el nombre de EUDOXIA MARIA DEL CARMEN, hija de Rosa Ana Chamorro (fl. 15, c.1). El 6 de febrero de 1969 rindió "declaración instructiva" la ofendida ante el Juez 2o. Penal Municipal de Ipiales, en la cual bajo juramento afirmó que hacía dos años había conocido a Vicente Chingal, del mismo distrito de Carlosama (Cuaspud), sección Macas, entablando desde ese tiempo relaciones "amoristicas" con él, "por lo que de repente nos veíamos ya sea en mi vecindario como en esta ciudad y cuando no nos veíamos, nos escribíamos frecuentemente, documentos que prometo presentarlos, así que después de unos tiempos de conocernos y haber entablado nuestros amoríos, dicho joven venía haciéndole promesas de matrimonio, cosa ésta que en sus cartas me lo dice". Contó que la primera vez que abusó carnalmente fue a eso de las cuatro de la tarde del mes de febrero de 1968, no recuerda la fecha de un viernes, cuando la echó a una zanja de su vecindario, le rompió las calzonarias, se le acostó encima y "abusó de mi cuerpo" dejándola con hemorragia pues era la primera vez que cometían en mi tal acto y "con dicho joven fue con el que conocí hombre en tal sentido y era la primera vez que cometió tal acto en mi cuerpo el citado señor". Después "hizo uso de mi cuerpo por dos veces aunque en distintos días en mi vecindario SECCION MACAS DEL DISTRITO DE CUASPUD (CARLOSAMA)" y aunque seguía prometiéndole matrimonio ella no consentía, hasta cuando la víspera del 1o. de junio de 1968 la invitó a Ipiales y tras embriagarla abusó otra vez (folios 6 y 7). El comisionado Juez Promiscuo Municipal de Cuaspud -Carlosama-, le recibió testimonio a Eloy Fuelpas (folio 13) quien relató que hacía más o menos ocho meses, en casa de Vicente Chingal, se ofreció la conversación de María Eudoxia Chamorro, porque ese día bajaba a Aldana "Felicitas Chingal con la hija María Eudoxia Chamorro", en la que él le dijo a Vicente que la estaría haciendo sufrir, contestando Vicente "después de un mes me voy a casar". El testigo declaró el 10 de abril de 1969. La ampliación de la declaración instructiva de Mariela Eudoxia Chamorro ante el Juez Promiscuo Municipal de Cuaspud -Carlosama- (folios 30 y 30v.), acto sin fecha como observó el sentenciador, en la cual con juramento dijo la expositora que había tenido relaciones amorosas con Vicente Chingal durante unos 20 meses desde 1967 hasta 1968 (sic) "porque si mal no recuerdo le correspondí en el mes de marzo del sesenta y siete y terminamos en noviembre del sesenta y ocho, en estas relaciones tuve accesos carnales con dicho señor y con mi expresa voluntad y tal vez serían una diez veces, sin que Vicente Chingal mi novio de entonces me haya prometido matrimonio para que yo consienta en el acto carnal, y termine mis relaciones porque él se fue para el Ecuador, entonces yo me retiré". Preguntada porqué su contradicción con lo

dicho anteriormente, explicó que en esa oportunidad actuó mal aconsejada, pues le habían dicho que así Vicente se casaría con ella, pero ahora consciente de lo que hace dice la verdad: los actos carnales fueron con su voluntad, "lo hice porque en realidad lo quería". En las cartas no le hablaba Vicente de promesa matrimonial, simplemente "de nuestros amores". Explicó que el memorial del 2 de septiembre de 1970 lo presentaba para que el negocio terminara y se archivara. En el mentado memorial del 2 de septiembre de 1970 (flios 31 y 31 v.), dice la denunciante que teniendo conocimiento de la llegada en comisión del Juzgado 2o. Penal del Circuito de Ipiales "el sumario en contra del señor Vicente Chingal por estupro adelantado por denuncio que presenté ante su Juzgado", por este escrito "quiero hoy decir la verdad de los hechos y por tanto procedo hacerlo...", para decir que con Vicente solamente tuvo "unas relaciones amorosas" sin que jamás le prometiera matrimonio en ninguna forma, ni a su abuela Felicitas Chingal con quien vive desde niña por haber quedado huérfana "y por tanto nunca llegamos a ser novios". El encuentro con él en Ipiales fue causal, pues habiendo ido con su abuela a visitar ella un hijo suyo, en la plaza mientras visitaba el hijo, llegó Vicente y la invitó a tomar café, charlaron de muchas cosas sin hablar de matrimonio, salieron y cuando llegó la abuela se despidieron ellas para Carlosama y él se quedó en Ipiales. En las cartas no le hizo promesa de matrimonio, hablaban no más de amores, que ella rompió cuando Vicente se ausentó. La contradicción entre lo expresado en este memorial y en la denuncia, la explicó la denunciante en la ampliación de instructiva referida, diciendo que lo expuesto en la denuncia fue el resultado de malos consejos, que la verdad es lo dicho en el memorial y que lo presentaba para que el proceso terminara y el asunto se archivara. En la declaración que a petición de los demandados se recibió a Mariela Eudocia Chamorro Chingal de Palacios por el comisionado Juez Promiscuo Municipal de Cuaspud-Carlosama el 20 de mayo de 1991 (flios 34 al 36, c.3), dice que conoció a José Vicente Chingal Cuastumal desde cuando ella tenía unos 17 años, "casi éramos de la misma edad" y por ser vecino y residir en la misma vereda de Macas, primero fueron amigos y luego "mantuvimos relaciones amorosas, más concretamente fuimos novios por espacio de unos cuatro años". Afirma que las relaciones fueron amorosas y sexuales, así: "...relaciones amorosas tuvimos por espacio de cuatro años, al cabo de los tres primeros años, únicamente mantuvimos relaciones amorosas y al inicio del cuarto año, ya mantuvimos relaciones sexuales, lo cual lo realizamos en principio del año 1969 como en el mes de junio, hasta el mes de febrero de 1970, de cuyas relaciones yo quedé embarazada de lo cual tuve un hijo que llama OMAR EFRAIN CHAMORRO". Negó haber presentado el citado memorial del 2 de septiembre de 1970 y dijo

conocer el resultado de la investigación penal, que fue condena para Vicente pero que no había pagado la pena por irse de Carlosama le parece que para el Putumayo. A la pregunta del comisionado, por petición del apoderado judicial del demandante, explicó que nunca había presentado memorial después de la denuncia, que había ido personalmente al Juzgado de Carlosama donde le hicieron firmar unos papeles preparados por José Vicente, quien quería que la justicia no siguiera contra él y que después se casaría con ella. "yo no sabía lo que él manifestaba en esos papeles, yo únicamente vine y firmé en este Juzgado pero firmé y me fui, pero como ya dije yo no supe el contenido de estos papeles". En la indagatoria del denunciado por estupro José Vicente Chingal Cuastumal, recepcionada el 5 de noviembre de 1970 -después del memorial de "desistimiento" del 2 de septiembre de 1970- por el Juez 2o. Penal del Circuito de Ipiales (flios 33 al 35 c.1), dijo Vicente tener instruccion hasta 5o. de primaria, ser natural de Macas del Municipio de Carlosama, trabajador actualmente de Parker, empresa de construcciones de la Texas Petroleum Company, en el punto La Hormiga, del Putumayo. Dijo conocer a María Eudocia Chamorro desde hacía unos diez anos, por ser vecinos en Macas, fueron amigos y más adelante "con ella tuve amores por espacio de unos cinco meses más o menos y esto fue del mes de marzo a julio de 1968, en que yo me fui a trabajar... y desde esa fecha no me he vuelto a ver con esa señorita y por ello se terminaron nuestros amores". Negó haber tenido relaciones carnales con Eudocia y menos habiéndola embriagado y a la fuerza. Cuenta que un día de mercado se encontró con Eudocia en Ipiales, quien había ido con su abuela Felicitas Chingal, y mientras ésta fue a visitar un hijo, él la invitó a tomar un café, después fueron a la plaza de San Felipe y tan pronto vio que llegaba la abuela se despidió sin saludarla.

Examinadas las piezas y actuaciones de lo penal, más la declaración que en este asunto emitió María Eudocia del Carmen Chamorro, no se ve cómo el Tribunal pudiera caer en el yerro de facto evidente que la acusación le enrostra, cuando no cercenó ninguna de las probanzas, ni las adicionó, no las ignoró ni las entendió de manera distinta a como su tenor demuestra. Las contradicciones que contienen las manifestaciones de María Eudocia del Carmen Chamorro y las que pueden existir entre los testigos, no fueron tampoco alteradas y menos pasadas por alto por el juzgador, como que, primeramente advirtió, que la distancia de los sucesos a su exposición explican las desarmonías y vaguedades de los relatos, y adicionalmente explicó porqué su mayor credibilidad a las afirmaciones de la María Eudocia del Carmen sobre relaciones amorosas y sexuales con el causante Chingal Cuastumal y no sus negativas. De modo que ciertamente lo que se descubre es un criterio de valoración de pruebas de la

censura que por supuesto es discordante con el del juzgador, mas no yerros en la apreciación objetiva de estos medios de convicción, sin dejar de ver que en verdad las discrepancias no son esenciales, como que lo evidente es la existencia de las relaciones amorosas entre la madre del demandante y el presunto padre por la época en que sucedió la concepción del hijo que reclama la declaración de su filiación paterna. Sobre ese aspecto no surgen incongruencias, salvo la actitud de la madre del demandante, y lo cierto de otro lado es que la censura no demostró lo absurdo de las razones del Tribunal para darle credibilidad a su denuncia y a su declaración en este proceso, razonamiento que no choca con la lógica, amén de que es la única posición antagónica con lo que demuestra el restante haz probatorio.

11.3 En lo que dice relación con la actuación en la Seccional 4 de Ipiales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que el fallador calificó como signo inequívoco de haber ocurrido las relaciones sexuales por estar cercano el reconocimiento de la filiación, según prueba testimonial y documental, actuación que en sustancia se refiere a la constancia de haberse solicitado la citación de Vicente Chingal para que dijera si era el padre de Omar Efraín Chamorro, diligenciado por Consuelo Coral de Narváez por solicitud de CHAMORRO DE PALACIOS EUDOCIA, remitido a ASISTENCIA LEGAL, hecha el 5 de septiembre de 1984. La boleta de citación 901 del 8 de septiembre de 1984 para que Vicente Chingal compareciera a las 2 de la tarde del 14 de septiembre, firmada por el Defensor de Menores. Las constancias del envío de la boleta y del archivo de la actuación "En vista de que la Usuaria no ha comparecido ni se ha interesado por el caso...", constancia del 30 de noviembre de 1984, actuación en copia expedida por la Defensora de Menores del Centro Zonal No. 4 de Ipiales, del 16 de noviembre de 1989 (flios 49 al 51 c.1). El Tribunal, para afirmar que esa actuación constituye una demostración de ser signo inequívoco de relaciones sexuales, la relacionó con prueba testimonial, precisamente la que rindió la empleada del Hogar Infantil Rosita Mueses, del Bienestar Familiar en Ipiales, MARIELA TUFAZ PIARPUZAN (flios 80 al 86 c.2), quien contó que José Vicente concurrió a la primera cita pero no fue atendido con rapidez y por no encontrarse bien se retiró, así como el haberle manifestado que no desconocía a Omar Efraín como su hijo. En esas condiciones el juzgador no les dio a esas actuaciones un contenido diferente al que conforme con el precitado testimonio tienen. Siendo así, no hay el yerro de hecho evidente que por suposición se le achaca al sentenciador.

11.4 El Tribunal, aparte de asignar la valoración a cada medio demostrativo, cumplió el mandato del artículo 187 del C. de Procedimiento Civil, emitiendo

su parecer en la valoración del conjunto probatorio, para concluir que la demostración evidente del noviazgo en la época en que partiendo de la fecha del nacimiento del demandante sucedió su concepción, llevó su juicio a dar por demostradas las relaciones sexuales en esta época. Así que fue la demostración incuestionable de las relaciones amorosas, admitidas por el propio causante en su diligencia de indagatoria, su coincidencia con la época de concepción y la manera cómo esas relaciones ocurrieron, lo que lo condujo a dar por demostradas las relaciones sexuales por la época de concepción, y como consecuencia la declaración de paternidad extramatrimonial impetrada en la demanda. En esa tarea de examen material u objetivo del caudal de pruebas, no se advierte suposición de hechos ante ausencia de prueba, ni omisión de hechos frente a pruebas que los demuestren, como que, repítese, las relaciones amorosas las confesó el mismo causante, y las relaciones sexuales se deducen del dicho de los testigos como enmarcadas en la época de aquellas, y que concuerdan con la de concepción según la fecha del nacimiento.

En realidad de verdad como viene pregonándolo la jurisprudencia de esta Corporación, *peculiarmente desde la vigencia de la Ley 75 de 1968, en el campo de discusión sobre existencia de un determinado estado civil, en particular del de filiación paterna extramatrimonial, no puede pasarse por inadvertido el propósito que leyes como la Ley 45 de 1936 y 75 de 1968 persiguen, y tampoco omitir cómo la segunda de dichas leyes es menos rigurosa y formalista que la primera, lo cual es demostración evidente de la intención del legislador de proporcionar los medios a fin de que toda persona defina su estado civil. Por eso en la valoración probatoria tiene que ser imperativo, como reiteradamente lo ha destacado también esta Sala, el criterio del término medio, en cuanto no se debe ser tan laxo que se echen por la borda los requisitos y principios que señala la legislación, como tampoco extremar el rigorismo hasta el punto de volver inoperante las reglas y normas pertinentes. De ahí que el criterio justo tiene que ser aquel que consulte los propósitos del legislador con la seguridad que demanda la posición de la persona en la familia y en la sociedad. Para el juzgador debe primar la convicción plena que razonablemente le den los medios de prueba oportuna y debidamente incorporados al proceso, y no las deficiencias que por razones explicables, como la antigüedad de los hechos o la cultura de quienes los conocen, puedan advertirse en el plenario.*

12. Las pruebas de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial del demandante respecto de José Vicente Chingal Cuastumal. El Tribunal encontró demostrados el trato, la fama y el tiempo de la posesión notoria del

estado de hijo natural del demandante en relación con el citado causante, en lo que expusieron Hipólito Reinaldo Chamorro Velásquez, Mercedes Velásquez de Chamorro, Teresa de Jesús Lucero Erazo, Socorro Esperanza Pérez, Alba Lucía de la Cruz Ramírez, María Orfelina Chingal Cuastumal, Roberto Cuastumal Chamorro y Mariela Tupaz Piarpuzán. Procedería por tanto examinar dichas atestaciones a fin de ver si objetivamente el *ad-quem* afectó su juicio con el yerro de hecho evidente que la impugnación le imputa.

No obstante este ataque así formulado, su estudio tórnase inocuo toda vez que aun se llegara a lo fundado de la acusación, ciertamente el fallo continuaría sustentado en la otra causal cuya censura resultó inane conforme con lo arriba dicho. Por consiguiente, la Corte no ve la necesidad de analizar la objeción en lo que toca con la causal de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial del demandante.

Suficiente lo expuesto para arribar a lo vano de la acusación.

El cargo, pues, no prospera.

Decisión:

En mérito 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 impugnada del 3 de marzo de 1992 pronunciada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso ordinario promovido por OMAR EFRAIN CHAMORRO en frente de los herederos determinados de JOSE VICENTE CHINGAL CUASTUMAL.

Costas del recurso a cargo de la parte demandada.

Liquídense

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

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

DEBIDO PROCESO

Las formas de los actos que la ley impone, no son por el prurito de dilatar y dificultar, sino en guarda del debido proceso, formas y requisitos que corresponde al juez atacar y hacer cumplir.

DEMANDA DE CASACION / TECNICA DE CASACION / CASACION - Cargos

En el caso sub-lite, el recurso de casación se interpuso antes de la vigencia del Decreto 2651 de 1991 y, por ende, la demanda debía reunir todos los requisitos de técnica a la sazón imperantes. O sea no puede aplicarse la previsión del art. 51 del precitado decreto para acumular cargos que han debido configurar ataques separados.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 3853* *Sentencia No. 019*

Decídese el recurso extraordinario de casación que el demandante LINO FEIJOO ALVAREZ interpuso por intermedio de procurador judicial contra la sentencia del 31 de julio de 1991, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario adelantado por el recurrente frente a JOSE GREGORIO ROLDAN SANCHEZ y ERNESTO ORTIZ ARIAS.

I. Antecedentes:

1. Por conducto de apoderado judicial, LINO FEIJOO ALVAREZ, en escrito presentado el 12 de septiembre de 1988, que por repartimiento correspondió al Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, convocó a juicio a

JOSE GREGORIO ROLDAN y a ERNESTO ORTIZ ARIAS, para que por el procedimiento ordinario de mayor cuantía se profirieran estas declaraciones y condenas: 1a. Condenar los demandados a restituirle, solidariamente el automóvil marca Mazda 626 LX, modelo 1985, tipo sedan, color azul, con placa AR 4702 de Bogotá, con motor F8-201282, serie 01776. 2a. Condenarlos a pagarle todos los servicios "irrogados con su fraudulenta actuación", entre ellos "el valor del uso y disfrute diario del mencionado automóvil desde el 6 de marzo de 1987" hasta la restitución, perjuicios que debían tasarse pericialmente y, en subsidio, liquidarse como lo disponían los artículos 307 y 308 del C. de P.C. 3a. En subsidio, para el caso de ser imposible la restitución material, condenarlos a pagarle el valor comercial actual del vehículo de igual marca y de las mismas características "en perfecto buen estado y lujo y funcionamiento que tenía en la fecha en que le fue incautado".

2. Apoyo las pretensiones en los hechos que se compendian, así:

a. El automotor especificado lo adquirió el demandante por dación en pago que el 1o. de diciembre de 1986 le hizo el demandado José Gregorio Roldán Sánchez, en Bogotá.

b. En marzo de 1987 el vehículo le fue decomisado por miembros de la SIJIN en obedecimiento a órdenes de la juez 1o. Civil Municipal de Suba, en desarrollo de la medida cautelar que por un "contubernio" entre los demandados, pidió Ortiz Arias en la ejecución que en dicho Juzgado adelantaba Ortiz contra Roldán, ejecución ideada entre los reos para arrebatarle la posesión al demandante.

c. En la diligencia de secuestro del citado automotor, se le entregó en depósito en el ejecutivo al demandante Ortiz, mientras al demandante en el Juzgado de Suba se le negaron "todas las oportunidades y derechos" tendientes al desembargo.

d. Sin remate ni terminación de la ejecución, ejecutante y ejecutado -Ortiz y Roldán- pidieron dar por terminado ese asunto "dizque por haberse producido un arreglo", consistente en que "Roldán le hacía dación en pago a Ortiz del vehículo".

e. Esa actuación fue ilegal, pues Roldán no era dueño del carro, ni poseedor, ya que se lo había dado al demandante, de modo que el dueño era éste.

f. De esa manera Roldán Sánchez hizo dación en pago del mismo bien, dos veces, a distintas personas, atropellando la propiedad de Feijoo Alvarez.

En escrito del 25 de noviembre de 1988, el demandante agregó como pretensión que se condenara a los demandados a pagarle también los perjuicios morales causados "con el dolor de ver disminuido su patrimonio a serle arrebatado un bien de su propiedad con el auxilio del aparato estatal, amén de la vergüenza sufrida cuando se le decomisó, embargó y secuestró un bien de su propiedad de manera tan injusta e ilegal". La condena debía hacerse tasando los perjuicios en el máximo establecido en el artículo 106 del C.P. En subsidio ordenar liquidarlos conforme con los artículos 307 y 308 del C. de P.C. Pidió además otras pruebas.

3. Admitida la demanda, se notificó su admisión a los demandados y se les corrió el traslado de ley.

3.1. El demandado ERNESTO ORTIZ ARIAS, actuando en causa propia, se opuso a las pretensiones y pidió negarlas y condenar al demandante en los perjuicios. Negó los hechos de los ordinales 1o., 2o. y 7o. Respondió que el 6o. no es un hecho en la primera parte y negó la segunda. Aceptó como ciertos parcialmente los de los ordinales 3o., 4o. y 5o., aclarando que no hubo "contubernio" alguno entre él y Roldán, pues éste le adeudaba una obligación para cuyo pago lo ejecutó, Roldán le propuso pagarle dando el automotor mencionado, dación que no ha podido perfeccionarse por las actuaciones de Feijoo Alvarez, quien nunca ha tenido la posesión que afirma, como tampoco es cierto que en el ejecutivo se le negarán todas las oportunidades, pues fue por error de su parte que el Juzgado 1o. Civil Municipal de Suba le rechazó la petición, que se sometió también a los recursos de ley. Dicho ejecutivo no fue un fraude y se impulsó debidamente. De otro lado, el carro no lo tiene en posesión ya que le fue entregado en depósito judicial en el citado ejecutivo.

3.2. JOSE GREGORIO ROLDAN SANCHEZ, mediante mandatario procesal, se opuso igualmente a las pretensiones, pidió que se negaran y se condenara al demandante a pagar los perjuicios que en el proceso se le causaran. Admitió como ciertos los hechos 3o., 4o., 5o. y 7o., aunque aclaró que por deberle a Ortiz éste lo demandó no una vez sino dos; el arreglo que con él celebró fue legal; el vehículo se le dejó a Ortiz en depósito pero no es verdad que al demandante se le negaran las oportunidades para el desembargo, sin descontar que no tenía derecho a pedirlo como que pertenecía el automotor a Roldán; el

arreglo se acomodó a la realidad, comprometiéndose Ortiz a pagar unas cantidades de dinero que Roldán debía a Mazda Crédito; Ortiz tiene la posesión desde cuando Roldán hizo el negocio, aunque antes tenía el carro en su poder más como depositario, todo lo cual ocurrió de manera legítima. Estimó que el 6o. no era un hecho, pero apreció como temerario lo dicho allí y afirmó que fue dueño del carro hasta hace poco y por eso lo transfirió legalmente a Ortiz. Negó los hechos 1o. y 2o.

En cuanto al documento con fecha de creación el 1o. de diciembre de 1986 y pago del impuesto de timbre el 10 de marzo de 1987, "manifestó que tachó de falso su *contenido* ya que el mismo fue firmado por mi mandante en blanco y con el propósito de que lo era para escribir diciendo que se autorizaba por el propietario el vehículo Roldán Sánchez poderlo andar sin que las autoridades del tránsito lo molestaran disque (sic) porque la tarjeta de propiedad se le había perdido, pero no con los fines que abusivamente le fueron hechos por el demandante de una manera por demás muy irresponsable". (Destacado de la Sala).

4. Agotada la primera instancia, el juez del conocimiento profirió la sentencia desestimatoria con fecha 11 de septiembre de 1990, que pidió el demandado Ortiz adicionar con la condena al demandante de pagar los perjuicios causados con este proceso, súplica que el *a-quo* le negó en proveído del 26 de noviembre de 1990.

5. Apelado el pronunciamiento por el demandante y el demandado Ortiz, el Tribunal lo confirmó íntegramente con el suyo del 31 de julio de 1991.

II. Fundamentos de la sentencia impugnada:

6. *El ad-quem*, tras relacionar los antecedentes y advertir que el demandado Ortiz apeló también para que el fallo se adicionara con la condena es (sic) costas, se adentra en el examen de los presupuestos de la denominada acción de dominio para decir, que el consistente en que la cosa sea reivindicable, está plenamente demostrado. Para establecer si se halla probado el de dominio que afirma el demandante, comienza por distinguir la naturaleza de la cosa objeto de la propiedad, con la premisa de que respecto de cosas muebles "la transferencia del derecho de dominio se realiza en forma consensual, acuerdo del precio y la cosa y la tradición consistente en la entrega de ésta".

Con esta consideración, dice el *ad-quem*, que no comparte la razón que expuso el *a-quo* para no encontrar demostrado este elemento, y se propone exponer los razonamientos suyos, en orden a lo cual precisa que con la demanda se acompañó el "documento privado no auténtico (folio 2) suscrito por el demandante y uno de los demandados", en el que consta que el segundo le traspasa al primero el automóvil cuya reivindicación depreca el demandante afirmando que la enajenación fue bajo la dación en pago, mas "Extraña a esta Sala" que el único soporte aducido del dominio sea este documento "en el cual para nada menciona el asunto negocial *originario al que se alude en la demanda*" (rayado de la Corte), cuando en las copias trasladadas como prueba incorporada en el Juzgado 1o. Civil Municipal de Suba se encuentra "además de copia de dicho documento, copia del documento de la dación en pago suscrito curiosamente en la misma fecha". Tal situación, observa, podría prestarse a confusiones si un documento sustituye al otro, si debe concederse a los dos igual fuerza demostrativa, o cuál prevalece y porqué (conf. folios 21 y 22 c. 2) disquisiciones que, agrega, son inútiles si se tiene en cuenta el valor probatorio de los documentos, pues son privados sin autenticar porque no han sido reconocidos, inclusive en el que consta la dación en pago, puesto que existiendo cinco formas de reconocimiento de documentos, el demandante quiso acudir al reconocimiento tácito, pero cuando la parte contra la que el documento privado se aduce haya "desconocido expresamente el documento, corresponde la carga de la prueba de que es auténtico al que lo aduce (fo. 22, c. 7). Tras referirse a jurisprudencia de esta Sala, transcrita por emérito jurista, observa el Tribunal que el demandado Roldán Sánchez en la contestación de la demanda expresamente manifestó refiriéndose al nombrado documento que "tachó de falso su contenido" y que "revisado minuciosamente el expediente no se encuentra medio de excepción alguno que pueda acudir en auxilio del establecimiento del dominio en cabeza del demandante, pues la actuación caracterizada por su riqueza en improperios de las partes entre sí y contra los funcionarios, está huérfana de pruebas en lo que se refiere a los presupuestos de la acción; pues, la única de las pruebas solicitadas que hubiese podido esclarecer la realidad del asunto planteado, cual fue el interrogatorio de parte del demandado ROLDAN SANCHEZ, curiosamente no pudo ser realizada por *cuanto el actor olvidó pagar las expensas para la notificación* (destacados y rayados de la Corte). La mera circunstancia, prosiguió el sentenciador, de que esté demostrado que el vehículo se le incautó a Feijoo Alvarez, lo que es un indicio "de su posesión", no es plena prueba del dominio pues "ella puede responder a mera tenencia". Luego no puede tenerse por demostrado el presupuesto necesario para la prosperidad de la pretensión.

Respecto del elemento posesión en el demandado, argumentó el faliador, que se aportó prueba documental en que consta que al demandado Ortiz se le hizo transferencia del dominio, así como la que acredita que dicho demandado tuvo en depósito el automotor por concesión que le hizo el secuestre quien sólo podía transferir tenencia, situación que llegó hasta la firmeza del auto del 15 de agosto de 1988 por el cual el Juzgado 1o. Civil Municipal de Suba canceló los embargos, entre ellos el del automotor. Como no hay constancia del trámite de la apelación que contra este auto se interpuso, la situación tiene que mirarse con base en el auto del 20 de septiembre de 1988, notificado en el estado del 22, que confirmó la concesión de la alzada contra el auto del "cinco de agosto mencionado". El único elemento en el punto es lo afirmado por el demandante en copia de la denuncia penal que se formuló contra Dora Moreno Herrera y Myriam Forero de Pardo, de acuerdo con lo allí expuesto el proveído proferido por el Juzgado 16o. Civil del Circuito que rechazó de plano la apelación referida, se notificó en el estado del 12 de octubre. Y solamente por providencia del 10 de febrero de 1989 el mencionado Juez de Suba ordena la entrega del vehículo conforme con la transacción que obra en autos. De donde sigue, puntualiza el juzgador, que el demandado Ortiz Alvarez "era tenedor en su calidad de depositario a nombre del secuestre" al "momento de presentación de la demanda", situación que se mantuvo hasta el 10 de febrero de 1989, "... por tanto no podía predicarse su posesión en el momento de la demanda".

En relación con el demandado Roldán Sánchez precisó el Tribunal, que no se incorporó ninguna prueba que demuestre su posesión. En los escritos de las partes se le calificó como antiguo propietario y en la contestación de la demanda dijo haber hecho dación en pago del carro al otro demandado Ortiz, pero jamás se acreditó que tuviera el ánimo de señor y dueño del automotor ni que ejecutara los actos externos relativos a la posesión. Si uno de los demandados entró en posesión con posterioridad a la presentación de la demanda, 13 de septiembre de 1988, no se adujo prueba alguna, mas si se hubiera aportado no serviría para demostrar este supuesto, en virtud de que los cuatro elementos estructurales de la pretensión deben existir a la presentación de la demanda, ya que el derecho de postulación del actor tiene que apoyarse en hechos ciertos y presentes, sin que pueda incitarse la jurisdicción para lograr un pronunciamiento "sobre eventuales hechos futuros". No probadas la propiedad que invocó el demandante ni la posesión que se atribuyó a los demandados, concluyó el *ad-quem*, insólito sería examinar si hay identidad de bien.

En lo que a la alzada que interpuso el demandado Ortiz para que se adicionara la sentencia imponiendo al demandante la condena a pagarle

perjuicios, arguyó el Tribunal que de acceder sería arribar a un "fallo extrapetita" por lo que no haría proveimiento al respecto. "Todo lo anterior es suficiente -remató el Tribunal- para confirmar el fallo apelado, pero por las motivaciones que se expusieron".

III. La demanda de casación:

Seis cargos formula el recurrente, el primero con fundamento en la causal 2a. y los demás en la 1a., que se estudian en el orden invocado, aunque acumuladamente éstos.

Cargo primero:

Afirma la censura que la sentencia "no guarda congruencia con las pretensiones" ni con las "excepciones propuestas por los demandados", faltando los requisitos señalados en los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil.

7. Advirtiendo que conoce la regla según la cual la sentencia desestimatoria no es incongruente, sostiene que se propone demostrar cómo esa regla no es absoluta.

El soporte total del fallo, dice la impugnación, es la afirmación del *ad-quem* de que el documento acompañado con la demanda (fol. 2), fue tachado de falso por el demandado Roldán (fol. 23), de modo que el pronunciamiento fue adverso al demandante "sobre el supuesto de que tal objeción de tacha hubiera sido probada en el proceso". Si Feijoo hubiera sido un falsario y adulterado el documento, la negación del demandado sería su mejor defensa. Pero Roldán se limitó a negar un hecho de la demanda. No promovió el trámite de tacha a que se refiere el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, ni pidió pruebas para "su demostración", ni alegó excepciones. Frente a esa posición del demandado, el sentenciador olvidó que la sentencia debe circunscribirse a las excepciones alegadas y probadas. Con transcripción de jurisprudencia de esta Corporación, recuerda que la carga probatoria varía según que el demandado se limite a negar hechos de la demanda o extienda su oposición a proponer excepciones de mérito. No habiendo propuesto excepciones ninguno de los demandados, la sentencia impugnada partió del supuesto de que hubo incidente de tacha de falsedad o de alegación de excepciones. No siendo así, no guarda la congruencia que los citados artículos 305 y 306 le ordenan al fallador. De

manera que a pesar de ser la sentencia totalmente absolutoria, es incongruente y "ya es tiempo de que la Corte vaya pensando en revaluar" la tesis de que tales fallos no pueden ser inconsonantes, como que no hay texto legal que la prohiba. Esa tesis, puntualiza la objeción, parte de "dos premisas inverosímiles", que los fallos absolutorios son justos y sabios y son armónicos con las pretensiones y las excepciones, lo que es inexacto, pues si todo fallo desestimatorio fuera sabio y conforme con la ley, sobrarían las leyes y la jurisprudencia, y si por ser absolutorio no es incongruente, quedaría sin solución el caso en que el juez, que no es infalible, absuelve porque estima que se alegó una excepción que no lo fue. El artículo 305 ordena que la sentencia inconsonante -estimatoria o desestimatoria- debe invalidarse. No puede la jurisprudencia venir con distinciones que el legislador no hace. Afortunadamente "soplan ahora vientos frescos y renovadores para nuestra justicia" de manera que se espera que la jurisprudencia sea "menos formalista" y más "celosa en la protección de los derechos sustantivos".

Tras aludir a la proposición jurídica completa, que según el impugnante se prestó para injusticias, concluye que no habiendo propuesto el demandado tacha de falsedad ni alegado excepciones, la sentencia, que lo supuso, es inconsonante y por eso debe invalidarse, y la Corte en sede de instancia despachar favorablemente todas las pretensiones.

Consideraciones de la Corte:

De acuerdo con las explicaciones que para sustentar el cargo expuso el recurrente, el Tribunal habría supuesto una tacha de falsedad conforme con el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil o una excepción de fondo alegada por el demandado Roldán, cuando no ocurrió ninguna de las dos hipótesis. Si por eso el sentenciador hubiese proferido una sentencia disonante, -que no la hay- el yerro no sería de sencilla actividad procedimental, sino el resultado de suponer algo que no existe en el proceso. Entonces la censura no podría basarse en la causal 2a. de casación, como lo ha hecho el recurrente al tiempo que apoya el ataque en endilgarle al *ad-quem* una suposición que ciertamente no hizo, como de la lectura del pronunciamiento brota sin ninguna dificultad, como que lo argumentado fue que el documento no era auténtico, luego al demandado le bastaría desconocerlo para que la parte demandante, que lo adujo, probara su autenticidad. Por consiguiente, explicado el cargo como aparece, es absolutamente claro que se equivocó la vía, sin que signifique que sea la deducción fruto del formalismo, por la sencilla pero potísima razón de que el legislador establece requisitos en guarda del debido proceso y no por mero

formalismo, sin olvidar que las formas de los actos que la ley impone, no son por el prurito de dilatar y dificultar, sino en guarda del nombrado debido proceso, formas y requisitos que corresponde al juez atacar y hacer cumplir.

El cargo es inane.

Cargo segundo:

Con este dice la objeción que la sentencia quebrantada indirectamente normas sustantivas a consecuencia de error de hecho en la interpretación de la contestación de la demanda, cargo que "viene derivado del anterior".

8. El Tribunal, dice la impugnación, en el folio 23 transcribe aparte de la contestación de la demanda de Roldán en el cual dice que tacha de falso el documento. Pero el sentenciador no tiene esa posición del demandado como mera defensa o de simple negación de hechos de la demanda, sino como una tacha que debía tramitarse de acuerdo con el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, como si se hubiera sustentado y pedido pruebas, o propuesto y sustentado la excepción y por eso le negó toda fuerza probatoria al documento. De esa manera, acusa, se violaron los artículos 947, 952, 961, 963, del Código Civil y 4o. del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación y 2341 y 2344 del primer ordenamiento. Si el fallador no hubiera incurrido en dicho error, la decisión habría sido diametralmente opuesta. Por eso debe casarse y la Corte en sede de instancia acceder a las pretensiones.

Cargo tercero:

Como resultado del error de hecho en la interpretación de una prueba, se quebrantaron por inaplicación los artículos 947, 952, 961, 963 del Código Civil y 4o. del Código de Procedimiento Civil, afirma la censura.

9. Explica la acusación diciendo que además del documento acompañado con la demanda -folio 2- obra la prueba trasladada entre la que está el documento firmado por el demandante y el demandado Roldán -folio 21, c.2- que contiene el negocio que celebraron el 1o. de diciembre de 1986, consistente en que Feijoo le devolvía a Roldán cheques y letras por valor de $2.134.551.oo y se hacía cargo de pagar cuotas faltantes en MADACREDITO (sic), "recibiendo en cambio el automóvil Mazda". Son copias trasladadas del proceso ejecutivo adelantado en Suba por Ortiz contra Roldán, cuya constancia de autenticación

obra en el folio 117v. Es la prueba de la dación en pago de Roldán a Feijoo, y también de que éste recibió materialmente el vehículo. "Aunque esto entraña también error de derecho", advierte la censura, que en otro cargo concretará, lo que en éste debe observarse es que el Tribunal "no vio que se trataba de una prueba trasladada", una copia que al estar autenticada tiene el mismo valor que el original. No vio tampoco que el documento obró en proceso sin ser tachado de falso, como no vio la armonía con las demás pruebas, verbi gracia con el documento del folio 2, ni el malogrado incidente de desembargo en el Juzgado de Suba, ni que el carro fue decomisado en poder de Feijoo. El error de hecho de no ver esa prueba trasladada, condujo a la sentencia atacada, que ha de casarse y en sede instancia pronunciar la favorable al demandante.

Cargo cuarto:

"Violación de normas sustantivas antes enunciadas, a consecuencia de errores de DERECHO".

10. En la explicación del ataque asevera el recurrente que el Tribunal infringió el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil al negarle a la copia mencionada en el cargo precedente, el valor demostrativo que le corresponde, y al desconocer su autenticidad quebrantó el 252 ibídem. Como efecto de esa errada valoración probatoria violó los artículos 947, 952, 961, 963, 2341, 2344 del Código Civil y 4o. del Código de Procedimiento Civil. Luego debe casarse y en instancia reconocer las pretensiones.

Cargo quinto:

Con la sentencia se quebrantaron normas de derecho sustancial al no aplicarlas, como consecuencia de errores de hecho en la estimación de pruebas existentes en el proceso.

11. Apoya la objeción este cargo en que la sentencia tiene también como soporte, que no se probó la posesión en los demandados, particularmente la de Roldán. En autos obran, afirma la impugnación, los elementos probatorios que esa posesión demuestran, como son el documento acompañado con la demanda -fol. 2- firmado por Roldán, del 1o. de diciembre de 1986 que, contrariamente a lo dicho por el Tribunal, no fue formalmente tachado de falso: la prueba trasladada -fol. 21, c.2- documento que obró en juicio sin ser tachado, firmado por Feijoo y Roldán y en el que consta que éste le entregó el carro al primero;

la prueba trasladada -fol. 15, c.1- en que consta que Roldán vendió por segunda vez el carro a Ortiz, con lo que acredita su ánimo de señor y dueño y que lo ejercía; la constancia de Mazdacrédito S.A. del 23 de mayo de 1988 dirigida a Circulación y Tránsito, en que se da cuenta de la compra del vehículo por Roldán y de que se puede cancelar la prenda sin tenencia, -folio 11, c.1-; en la contestación de la demanda Roldán alegó posesión del automotor, pues no se le vendió a Feijoo aunque sí a Ortiz; declaración de Laureano Antonio Quimbay Gómez (c.3), quien dice que Roldán era dueño del carro; interrogatorio de Ortiz (c.4) el cual cuenta que estuvo en Mazdacrédito viendo el kárdex y constató que el dueño era Roldán; certificación de Financiera Mazdacrédito (fol. 27, c.2) en la que se habla del estado del crédito financiado a Roldán; la petición de Ortiz de embargar el vehículo como de propiedad de Roldán (fol. 32, c.2); la certificación de la autoridad del transporte (fol. 77, c.2) sobre la tradición del vehículo, y que le fue embargado dos veces a Roldán por tenerlo en posesión. Aunque hay más probanzas, dice la censura, "me abstengo de mencionar, en aras de la brevedad". El Tribunal ignoró todas esas pruebas, no las vio, y por eso concluyó en que no estaba probada la posesión de Roldán, lo que lo llevó a negar las pretensiones. Ha de casarse el fallo y en sede de instancia acceder a las pretensiones.

Cargo sexto:

Argumenta la impugnación, que a consecuencia de errores de derecho en la valoración probatoria de la prueba indiciaria, la sentencia violó el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil y los artículos 947, 952, 961, 963, 2341 y 2344 del Código Civil por falta de aplicación.

12. Explica la acusación que como lo dispone el artículo 762 del Código Civil, al poseedor se le reputa dueño mientras no se pruebe lo contrario. Luego la posesión es un indicio que, con la concurrencia de determinadas circunstancias procesales, lleva con certeza "sobre el hecho indicado, y es prueba de él". Las circunstancias que exige la ley para que el indicio demuestre el hecho indicado, son que el hecho indicador esté debidamente probado (art. 248, Código de Procedimiento Civil). Y que armonizando o relacionando el hecho indicador con los otros elementos probatorios debidamente incorporados, conformen en conjunto un aspecto de gravedad, concordancia y convergencia que conduzcan el juicio a la convicción de certeza del hecho indicado (art. 250, Código de Procedimiento Civil). A este proceso se allegó la plena prueba de que en el ejecutivo de Ortiz contra Roldán en el Juzgado Municipal de Suba, el

automóvil se le decomisó al demandante Feijoo, esto es que él era el poseedor. Así lo comunicó la policía a la Juez el 24 de marzo de 1987, según copia auténtica (fol. 34, c.2). Son documentos públicos que constituyen plena prueba, al tenor de los artículos 254 y 264 del Código de Procedimiento Civil, normas que el Tribunal quebrantó al no darle al documento el valor probatorio que dichas reglas le dan. Aún más agrega la objeción, el documento es convergente con el del folio 2 acompañado con la demanda, con el del folio 21 del cuaderno 2 y con los demás que obran en autos. De modo que al no valorar el mentado documento como lo previenen las disposiciones nombradas, tanto la juez de Suba como el Tribunal las quebrantaron y consecuencialmente las sustanciales. La sentencia debe, pues, ser quebrada para, actuando como órgano de instancia, se atiendan las pretensiones.

Consideraciones de la Corte:

Hay que hacer ver que el recurso se interpuso el 9 de agosto de 1991 (fl. 29 c.7), esto es antes de la vigencia del Decreto 2651 de 1991 y, por ende, la demanda debía reunir todos los requisitos de técnica a la sazón imperantes. O sea no puede aplicarse la provisión del artículo 51 del precitado Decreto para acumular cargos que han debido configurar ataques separados.

En este caso, y como emerge meridianamente diáfano del resumen de la censura que acaba de hacerse, la impugnación formula cargos que contienen ataques fraccionados de los fundamentos del fallo atacado, método opuesto a las exigencias legales entonces en vigor, que contraría abiertamente el artículo 374-3 del Código de Procedimiento Civil, lo cual de por sí deviene en el fracaso del ataque. Ha dicho en el punto la jurisprudencia:

"La técnica del recurso exige que los cargos se formulen en forma correcta y completa, sin ser posible la integración de unos con otros, en virtud de los principios de autonomía e independencia que gobiernan el recurso.

"Reiteradamente la Corte ha dicho: y es sabido que, en casación para que los cargos pueden llegar hasta el quiebre de la sentencia impugnada, deben formularse en forma correcta y completa, como que no le es dado a la Corte, debido al carácter eminentemente dispositivo del recurso, integrar cargos unos con otros y separar los que vienen indebidamente integrados para formar así una acusación desacertadamente propuesta" (Cas. Civ. 16 de junio de 1985 y 28 de febrero de 1992).

Sea de observar, que ciertamente el Tribunal se basó en dos pilares fundamentales: uno que no se probó el dominio invocado por el demandante, partiendo de la premisa de recaer en bien mueble no sujeto a registro, y el otro que no se demostró que los demandados fueran poseedores para el momento de presentación de la demanda. Implícitamente contiene el de la falta de prueba de la identidad de bien, elemento que no encontró de la mera consideración de no estar probados los dos anteriores. El único elemento que halló cierto fue el de tratarse de cosa singular reivindicable.

Con esta precisión se advierte ab initio, que la censura destina unos cargos a demostrar yerros del Tribunal en la observación de las pruebas que demuestran el dominio, y otros cargos para impugnar el fallo por errores en la valoración de los medios probatorios que acreditan la posesión.

Si, pues, la censura no estructuró, teniendo entonces la carga de hacerlo, cargos autónomos y completos, sino que los varios fundamentos de la sentencia los censura fraccionadamente en cargos diversos y que aún quiso que se integraran cuando tal integración no se permitía, tiene que seguirse que defectos de esa índole impiden entrar al fondo de la acusación, lo cual basta para arribar en lo inane de los cargos.

Los cargos entonces no se abren paso.

Al demandante deben imponérsele las costas del recurso.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 31 de julio de 1991, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de LINO FELIPE ALVAREZ en frente de JOSE GREGORIO ROLDAN SANCHEZ y ERNESTO ORTIZ ARIAS.

Las costas del recurso extraordinario, a cargo del demandante recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

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

PRESUNCION DE ACIERTO /
ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Si la sentencia del ad-quem llega a la Corte amparada en la presunción de acierto relativa a que el fallador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, es diáfano que para casar el fallo con base en que el sentenciador cometió un yerro fáctico o uno de valoración, estos tienen que estar demostrados plenamente, pues la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza.

TESTIMONIO - Grupo de testigos / ERROR DE HECHO

Frente a la alternativa probatoria ofrecida por dos grupos de testigos, la inclinación que haga el sentenciador por uno de ellos no genera error fáctico, a menos que en las pruebas acogidas haya supuesto hechos no demostrados por los medios de convicción.

SIMULACION / NULIDAD ABSOLUTA /
NULIDAD SUSTANCIAL

La acción de simulación es una acción de prevalencia del convenio real y secreto sobre el aparente. Esa acción se encamina a disipar la ficción y a obtener el cumplimiento del acto oculto; ella surge, pues, del pacto reservado cuya prevalencia se pretende, y no puede en consecuencia ser afectada ni interferida por la ilicitud de la causa simulandi del negocio fingido. / La regla Nemo auditur, consagrada por el artículo 1525 del Código Civil, es aplicable en el campo de la nulidad absoluta, pero no en la esfera de la simulación, porque ella tiene carácter excepcional y estricto y porque la nulidad y la simulación son dos figuras jurídicas distintas y se hallan regidas por principios y normas también diferentes e inconfundibles.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: *Expediente No. 4115* *Sentencia No. 020*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada Zoila Lopera viuda de Muñoz contra la sentencia de 28 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario iniciado por María Yomaira Agudelo de Muñoz en su propio nombre y en el de su hijo menor David Alejandro Muñoz Agudelo, frente a la aquí recurrente, lo mismo que contra Oscar Fernando Escovar Posada y Clara Inés Escovar Posada.

Antecedentes:

I.- Por demanda repartida al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, la citada demandante solicitó que con audiencia de los referidos demandados se hagan las siguientes declaraciones:

a) "... Es simulada la escritura pública No. 226 de febrero 24 de 1982 extendida en la Notaría Segunda de Medellín por medio de la cual OSCAR FERNANDO y CLARA INES ESCOVAR POSADA, dijeron venderle a ZOILA LOPERA DE MUÑOZ... el inmueble detallado en ella...

b) "... Como consecuencia de lo anterior, que el REAL dueño y poseedor del mencionado inmueble es o lo fue ALBERTO LEON MUÑOZ LOPERA o la SUCESION de ALBERTO LEON MUÑOZ LOPERA".

c) "... Oficiar en tal sentido al señor Notario Segundo de Medellín y al señor Registrador de Instrumentos Públicos de esta ciudad, a fin de que tomen cuenta de esta decisión y procedan a hacer las correspondientes anotaciones en el libro y registro correspondientes.

d) ... "Condenar en costas ... a la contraparte que se opusiere".

II.- Las anteriores pretensiones se hacen descansar en los hechos que a continuación se compendian:

a) María Yomaira Agudelo Gómez contrajo matrimonio civil con Alberto León Muñoz Lopera el 28 de agosto de 1981, procreando a David Alejandro Muñoz Agudelo el 11 de marzo de 1982.

b) En vigencia de la sociedad conyugal, Muñoz Lopera adquirió de Oscar Fernando Escovar Posada y Clara Inés Escovar Posada el inmueble identificado por su ubicación y linderos en el hecho cuarto de la demanda, pero para evitar la persecución de dicho bien por los acreedores de aquél, la escritura se otorgó a favor de su madre Zoila Lopera de Muñoz, sin que hubiera en ello la intención de transmitir, a ésta última, la propiedad, como reza en la escritura 226 de 24 de febrero de 1982, de la Notaría Segunda de Medellín.

c) Desde cuando se produjo la negociación, Alberto León Muñoz Lopera comenzó a vivir en el inmueble, ejerciendo siempre actos de señor y dueño, hasta cuando falleció el 6 de noviembre de 1987, lo que dio lugar a que la madre de éste en vez de "transmitir la propiedad a su real dueño o a sus herederos", inició contra la cónyuge sobreviviente proceso reivindicatorio.

II.- La demandada Zoila Lopera viuda de Muñoz contestó oportunamente la demanda, manifestando que no es cierto el hecho de la simulación; que mediante escritura 3879 de 27 de agosto de 1982, protocolizada en la Notaría Cuarta de Medellín, ambos cónyuges decidieron, de mutuo acuerdo, liquidar y disolver la sociedad conyugal, declarando ellos en la cláusula cuarta que la sociedad no tiene ningún tipo de bienes, ni activos ni pasivos; que Zoila Lopera viuda de Muñoz arrendó el inmueble inmediatamente después que lo compró, confiriéndole después de dos años la tenencia transitoria a su hijo Alberto León, quien sufragaba los cánones de arrendamiento. La mencionada demandada se opuso, pues, a las pretensiones de la actora, contra las que formula las excepciones que denominó de "falta de legitimidad en la causa por activa", "ausencia de requisitos formales para proferir sentencia de fondo", "indebida integración del litisconsorcio", "imposibilidad legal de incoar la acción" y "ausencia de requisitos materiales para proferir sentencia de fondo favorable a la parte demandante".

IV.- Por conducto de curador *ad-litem*, Oscar Fernando Escovar Posada, quien fue legalmente emplazado, contestó la demanda manifestando que deben probarse los hechos fundamentales de la misma, razón por la que se opuso a las súplicas del actor. Clara Inés Escovar Posada declinó contestar la demanda.

V.- El *a-quo* le puso término a la primera instancia por sentencia de 27 de septiembre de 1990, desestimando las pretensiones de la actora.

VI.- Contra lo así resuelto, la parte demandante recurrió en apelación, recurso que decidió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín mediante sentencia de 28 de mayo de 1992, en la cual revocó la del *a-quo* y, en su lugar, accedió a las súplicas de la demanda, una vez declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada Zoila Lopera viuda de Muñoz.

Fundamento de la sentencia del tribunal:

Manifiesta delanteramente que el proceso puede decidirse de mérito porque están satisfechos los requisitos indispensables para ello, y que la parte demandante se encuentra legitimada para intentar la presente acción, ya que María Yomaira Agudelo Gómez, a pesar de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, "en virtud del vínculo matrimonial existente entre ella y el finado Muñoz Lopera", "puede reclamar porción conyugal", de conformidad con el artículo 1230 del C.C. y, a más de eso, porque fuera de actuar en su propio nombre, ella lo hace en representación de su hijo menor David Alejandro, heredero del difunto, reclamando para la sucesión "en razón de la defraudación que afirman sufrió su derecho herencial ante la celebración del acto objeto de esta controversia". Igualmente legitimados, agrega, se encuentra la parte demandada.

Luego de establecer, a continuación, la distinción entre simulación absoluta y relativa, el Tribunal se ocupa en dilucidar si alguna de esas modalidades de negociación se presentó en el caso concreto de la compraventa aludida en este proceso, tarea en orden a la cual centró su atención en el análisis de la prueba, concluyendo, en relación con la testimonial, que, en pago de honorarios profesionales acordados en $1.450.000, María Rosmira Ossa de Flórez instruyó a sus prometientes vendedores para que escrituraran el inmueble prometido a nombre de Muñoz Lopera, quien a su turno solicitó que la transmisión se hiciera a su madre zoila Lopera viuda de Muñoz, como aconteció; que la mayoría de los "deponentes han sido unánimes en señalar la difícil situación económica atravesada por la citada demandada, lo que llevó a Muñoz Lopera a hacerse cargo de las obligaciones de la familia "Muñoz Lopera", entre ellas la de pagar el arrendamiento de la casa habitada por su madre, incluso antes de iniciar sus estudios de abogacía, aspecto éste en el que destaca las declaraciones de Isabel Dechamps Angulo y Regina Salinas Isaza; que "se acredita también

que por la época en que se adquirió el inmueble el finado Alberto León Muñoz atravesaba dificultades económicas, lo que le impidió que el negocio del bien inmueble se hiciera a su nombre, incluso se vio precisado a ocultar algunos artículos electrodomésticos para evitar que éstos fueran afectados por un embargo, y posteriormente cuando su situación mejoró trató de obtener que su madre le transfiera el inmueble pero con resultado negativo".

Dentro del mismo análisis de la prueba testimonial, refiere luego el sentenciador que: a) Francisco Germán López no solo muestra interés en favorecer a la demandada Zoila Lopera viuda de Muñoz, sino que "sus dichos carecen de respaldo probatorio", pues el documento visible al folio 28 del cuaderno ó no reúne los requisitos legales, "por cuanto, ni siquiera aparece constancia de que se canceló el correspondiente impuesto, el que era necesario cubrir por la época en que se dice se hizo el préstamo...", y por cuanto contra su versión que le asigna capacidad económica al difunto, los testigos de la parte demandada aluden a la "difícil situación que éste pasaba para el año de mil novecientos ochenta, siendo entonces imposible que éste para el año siguiente estuviera en capacidad de comprar de contado una casa de recreo"; y b) que siempre fue Muñoz Lopera quien "utilizó como señor y dueño" el bien, "disponiendo de su tenencia al entregarlo en arrendamiento y posteriormente, después de realizar algunas mejoras con su propio peculio, lo habitó personalmente con su familia hasta el momento de su muerte".

Pasando luego al examen de la declaración de parte, rendida por Zoila Lopera viuda de Muñoz, el *ad-quem* evidencia que María Rosmira Ossa adeudaba al finado Muñoz Lopera la suma de $1.500.000 por concepto de honorarios profesionales, y que para el pago de los mismos aquella le cedió el inmueble controvertido, operación respecto de la cual aceptó la absolvente que fue el citado difunto "quien llevó a cabo todas las negociaciones tendientes a la cristalización de la transacción, pero ella fue la que firmó la escritura, más adelante agrega que esa escritura se hizo en esa forma porque su hijo pretendía cancelarle la obligación que tenía pendiente, y fue también ella la que canceló la suma de dinero que quedó adeudando".

Refiere de igual modo el Tribunal que del documento visible al folio 7 del cuaderno principal, se desprende que Zoila Lopera Viuda de Muñoz "no canceló suma de dinero alguna, sino que únicamente se obligó a constituir hipoteca en favor de la señora Rosmira Ossa, para cancelarle la suma de quinientos mil pesos", por el mayor valor del inmueble en mención. Y, a manera

de resumen, puntualiza expresamente, en orden a determinar cómo el verdadero adquirente del bien fue el finado Muñoz Lopera, que:

"1o. La razón para que la escritura no se hiciera a su favor, no fue tanto económica, sino más de índole personal, en razón de que para esa época se encontraba separado de hecho de su esposa y así evitaba que ésta no tuviera derecho a gananciales, prueba de ello es que cuando se hizo la correspondiente disolución y liquidación de la sociedad conyugal ni siquiera se hizo alusión a ese inmueble, porque la liquidación se hizo sobre la base de que ésta carecía de activo y pasivo.

"2o. Cuando se hizo la escritura de compraventa a favor de la señora Zoila Lopera, por orden de Alberto León, ésta únicamente sirvió de testaferro, porque no aportó suma de dinero alguna para la compra y tampoco era que su hijo le estuviera compensando los préstamos que se dice le hizo cuando éste iniciaba sus actividades profesionales, porque no se logró demostrar la veracidad de esa afirmación.

"3o. Una vez se celebró la transacción y la consecuente entrega del inmueble, la compradora nunca tuvo la posesión material sobre el mismo, fue siempre Alberto León quien ejerció los actos de señor y dueño.

"4o. Sólo a partir de la muerte trágica del precitado Alberto León fue que la señora Zoila Rosa trató de recuperar la posesión, promoviendo el proceso Ordinario Reivindicatorio; porqué no lo hizo antes? la respuesta es simple, la forma aparente como había adquirido el inmueble y el requerimiento que le hizo su hijo para que se lo devolviera, le impidieron actuar en tal forma.

"5o. Finalmente, el documento privado auténtico que obra de fls. 7 a 8 del cuaderno principal, nos conduce a corroborar que la señora Zoila Lopera no tuvo nada que ver en esa transacción, únicamente sirvió de interpuesta persona, porque el comprador secreto fue su hijo Alberto León Muñoz Lopera.

"6o. Conviene reiterar, en razón de la manera como se vino orientando la defensa, que la demandante Yomaira Agudelo esta acción no la promovió con el objeto de reclamar el bien para la sociedad conyugal y menos para obtener gananciales, sino con el fin de recuperar éste para la sucesión y que, como ya se dijo, ella se encuentra legitimada para solicitar se le reconozca la porción conyugal, siempre y cuando cumpla con las exigencias legales, aspecto éste que

se reserva para el proceso sucesorio, fuera de que actúa como representante legal del heredero del causante Alberto León Muñoz Lopera.

"Si los indicios antes relacionados y que fue posible obtener después del estudio cuidadoso de la prueba recopilada, a más de la confesión de la codemandada que contestó la demanda, conllevan a concluir que la calidad de compradora de la señora Zoila Lopera vda. de Muñoz en la escritura de compraventa, tantas veces citada, únicamente es aparente porque el comprador secreto lo fue el doctor Alberto León Muñoz pues, a pesar de ese acto escriturario reunir las exigencias legales, la codemandada citada no estuvo asistida de la voluntad consciente de celebrar un negocio de esa naturaleza, su ánimo era el de servir de testaferro, para que el verdadero comprador eludiera el pago de acreencias e incluso defraudara el patrimonio de la sociedad conyugal.

"Es más, contando con la colaboración incondicional de los vendedores, quienes su única intención era cumplir un contrato de compraventa que tenían con la señora Rosmira Ossa, la señora Lopera vda. de Muñoz nunca tuvo la intención de adquirir el derecho de dominio sobre ese inmueble, la única razón era permitir que su hijo defraudara a las personas con las cuales tenía obligaciones y compromisos. En esa forma se engañó a terceros, e incluso a su esposa con quien, luego de la reconciliación y posterior liquidación de la sociedad conyugal, aparte de los reclamos que hiciera Alberto León a su progenitora, nunca intentó recuperar ese bien para la sociedad conyugal".

La demanda de casación:

Cuatro cargos formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos ellos con apoyo en la causal primera. La Corte, dando aplicación al artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, estudiará conjuntamente el primero con el cuarto y el segundo con el tercero.

Cargo primero:

Mediante él se le atribuye a la sentencia la violación indirecta de los artículos 1766, 1500, 1501, 1502 del C.C., por aplicación indebida; 740, 742, 743, 749, 756, 1626, 1634, 1849, 1857, 1864 y 1934 del C.C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho manifiestos cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

En orden a demostrarlo, la recurrente hace primeramente un recuento de las consideraciones del Tribunal que lo llevaron a decidir en la forma en que lo hizo, para seguidamente afirmar que "No obstante... de la prueba testimonial recogida en el proceso, y genéricamente acogida por el Tribunal para apoyar su fallo, no puede llegarse a la conclusión inequívoca de la simulación deprecada... como pasa a demostrarse en el análisis de los testigos que desfilaron en el proceso".

En pos de ese criterio, la impugnante transcribe a continuación lo más destacable, en su concepto, de las declaraciones rendidas por Flavia Isabel Dechamps Angulo, Regina Salinas Isaza y Francisco Germán López Velásquez, para añadir que resulta sorprendente cómo sin análisis alguno, el Tribunal desechó la versión de las dos primeras diciendo que no les consta nada en concreto, y comentando respecto del tercero que éste pretende favorecer a la parte demandada.

Empeñada en atacar la prueba testimonial en su integridad, la recurrente arremete luego contra las declaraciones de Augusto Piedrahíta Maya, Jairo Héctor Casas Arango, Luz Gloria Bermúdez Angel, Diana de los Dolores Hernández, Guillermo León Peláez Mesa, Alicia Stella Posada de Escobar, Norman León Arias Sepúlveda y María Rosmira Ossa, todas las cuales transcribe en lo que estima pertinente, al término de cuya labor y tras rebatirlas por contradictorias, concluye que "Es evidente que los testimonios tomados en cuenta por el Tribunal para fundar su fallo, no tienen la consistencia, seriedad y fuerza de convicción que los tres analizados inicialmente, que aquél, emotivamente, sin razonamiento lógico, desechó".

Expone a continuación la recurrente que el Tribunal no tuvo presente que algunos de los testigos que le sirvieron de apoyo afirmaron ser confidentes de Alberto León pero desconocían que éste hubiese disuelto y liquidado su sociedad conyugal; que se contradicen en cuanto para unos la figuración de su madre como comprador obedeció al propósito de eludir acreedores por parte de aquél, en tanto otros aseguran que se debió a los problemas que éste enfrentaba con su esposa y al temor de que ella se quedara con la casa; que tampoco están de acuerdo entre sí acerca de los ingresos económicos de la mamá de Alberto León, pues mientras para unos era pobre, sin recursos y sostenida por su hijo, para otros gozaba de una pensión por la muerte de su marido y era ayudada por los restantes hijos; y que los tres testigos inicialmente nombrados sostienen todo lo contrario, sin incurrir en contradicciones como los otros.

Señala luego el casacionista que la ayuda económica proporcionada en su momento por Alberto León a su madre, no es razón suficiente para concluir que aquél no pudiera contraer deudas con éstas; que aun cuando la sentencia le dio credibilidad a los testigos de la actora y según el criterio de buena parte de ellos, la aparición de Zoila Lopera viuda de Muñoz como compradora se debió al propósito de Luis Alberto de evadir acreedores, contrariamente el Tribunal dedujo que se debió a los problemas conyugales existentes entre éste y su esposa; que para el sentenciador la demandada no hizo ningún aporte económico en orden a la negociación, siendo otra cosa lo afirmado por los testigos de aquélla; que la posesión detentada por Luis Alberto no es indicio de simulación ya que éste tenía el compromiso de pagar el arrendamiento de la casa ocupada por su madre, y que igual aseveración cabe hacer de la promesa de compraventa que, muy por el contrario, acredita la participación de la demandada en el negocio celebrado, ya que en ella no contrajo compromiso alguno de devolver el bien.

Cargo cuarto:

A través de esta acusación se le endilga a la sentencia la transgresión de los artículos 1766, 1500, 1501, 1502 del C.C., por aplicación indebida; 740, 742, 743, 749, 756, 1602, 1626, 1634, 1849, 1857, 1864 y 1934 del C.C., por falta de aplicación a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

Aduce para demostrarlo la recurrente, que ninguno de los testimonios obrantes en el proceso acredita que Alberto León Muñoz Lopera hubiera comunicado a su madre "la intención que tenía de hacerla figurar simplemente en el contrato de compraventa de la casa y, por el contrario, la llevó a ver la casa, y luego fue doña Zoila acompañada de uno de los testigos creyendo aquella que efectivamente iba a recibir el dominio del inmueble como pago del dinero que su hijo le debía. Por consiguiente, continúa, "no puede haber simulación unilateral, sin el concierto de todos aquellos que participan en el contrato".

Acota luego la impugnante, con apoyo en sentencia de la Corte de 26 de agosto de 1980, que sin la necesaria participación conjunta de los contratantes en el concilio simulatorio, se produce a lo sumo un fenómeno de reserva mental, distinto al de la simulación. Finaliza diciendo que si el Tribunal hubiese observado la ausencia total de pruebas vinculantes de Zoila Lopera viuda de Muñoz con la conducta simulatoria de su hijo Alberto León, necesariamente habría concluido que no existió la simulación deprecada.

Solicita, por tanto, se case la sentencia del Tribunal y se confirme la del *a-quo*.

Se considera:

Tal como lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, "... la misión de la Corte, en el ámbito de la causal primera, es la de velar por la recta inteligencia y debida aplicación de las leyes sustanciales. Por consiguiente, extraño aparece a este designio que el recurrente enjuicie el fallo del *ad-quem* por no participar de sus conclusiones, o que pretenda una revisión general de la situación de hecho planteada, como si ciertamente se tratara de una instancia más, en donde el recurrente, *ad-libitium* pudiera ensayar un análisis diverso del verificado por el Juzgador, para sacar con absoluta independencia sus propias conclusiones ..." (sentencia de 2 de agosto de 1985, no publicada).

Por ende, no basta que el impugnante ensaye un análisis de la prueba distinto del que hizo el Tribunal para contraponerlo al de éste, ni tampoco es suficiente, cual lo tiene declarado igualmente la Corte, "hacer un examen, posiblemente más profundo, para que se pueda lograr en estas condiciones la modificación de las apreciaciones que el *ad-quem* haya hecho en su sentencia, porque si ésta llega a la Corte amparada en la presunción de acierto relativa a que el fallador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, 'es diáfano que para casar el fallo con base en que el sentenciador cometió un yerro fáctico o uno de valoración, estos tienen que estar demostrados plenamente, pues la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza'..." (sentencia de 11 de diciembre de 1986, no publicada).

2. Según se desprende claramente del ataque formulado en el cargo primero, la recurrente se duele básicamente de que el Tribunal fundó su decisión de acoger las súplicas de la demanda en los testimonios recepcionados a instancia de la actora, entre los cuales se ofrecen algunas contradicciones, cuando el grupo de testigos de la demandada, con mayor poder de convicción dada la ninguna crítica a formularles respecto de ellos en este campo, obligaba resolver en sentido contrario, pronunciamiento este último que el Tribunal desechó, por los yerros apreciativos en que incurrió.

3.- Insistentemente ha dicho la Corte que frente a la alternativa probatoria ofrecida por dos grupos de testigos, la inclinación que haga el sentenciador por uno de ellos no genera error fáctico, a menos que en las pruebas acogidas haya supuesto hechos no demostrados por los medios de convicción. En efecto, así lo dispuso, por ejemplo, la Sala en sentencia de 24 de febrero de 1972, al

expresar que "cuando en un mismo punto se presentan testimonios contrapuestos, el artículo 702 del Código Judicial autoriza al sentenciador para apreciar tal prueba con arreglo a los principios generales de la sana crítica y no con sujeción a la tarifa legal, de modo que aquel goza en tal caso de una amplia libertad para formarse su propio convencimiento sobre si aparecen establecidos determinados hechos, o sobre si solo hay indicios de estos, y aún para prescindir de las exposiciones testimoniales" (CXV, 60; CXLI, 51).

En forma más reciente expuso la Sala que "cuando militan pruebas en diversos sentidos, el acogimiento por el sentenciador de las que le ofrezcan mayores bases de credibilidad con desestimación de las otras, no conforma yerro, a no ser que se incurra en absurdos o que la apreciación del fallador riña con la lógica. De manera que al basarse el Tribunal en el conjunto testimonial que se incorporó a petición del demandante -dándole credibilidad frente a las pruebas aportadas por el demandado-, no conforma error puesto que no deduce algo absurdo ni la deducción que de los dichos saca atenta contra la lógica" (Sentencia de 4 de mayo de 1988).

4.- Apartándose en lo fundamental de las pruebas recepcionadas a iniciativa de la parte demandada, el Tribunal acogió ciertamente en este proceso los testimonios de la actora, para fundar en ellos su decisión estimatoria de las pretensiones de la demanda, comportamiento en el que, con arreglo a lo expuesto, no advierte la Corte la comisión de yerro fáctico evidente por parte del sentenciador, pues ese proceder se acomoda perfectamente a la soberanía de que dispone para apreciar el material probatorio, y fuera de eso no se observa, cual se dejó dicho, que aquél hubiese extraído del grupo de pruebas por el que se inclinó una conclusión contraria a la demostrada por ellas, que contrariamente sí estructuraría el defecto en mención.

5.- En ese orden de ideas resulta pertinente notar cómo, no por ser confidentes y desconocer que Alberto León hubiese disuelto y liquidado su sociedad conyugal, puede concluirse de ello, conforme lo hace la censura, que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al apreciar algunos de los testimonios de la parte actora que carecían de poder de convicción por esa circunstancia, pues la razón natural enseña que por estrecha que sea la amistad, siempre será posible que existan reservas entre quienes se la profesan, mayormente en las cuestiones atañaderas al hogar, circunstancia que no demerita en manera alguna el conocimiento recíproco que en otros campos pueda existir entre ellos.

Así, pues, aún cuando algunos de los testigos que dijeron haber sido amigos del finado Alberto León declararon desconocer la liquidación de su sociedad conyugal, no por eso, la versión que suministran acerca de los hechos de la demanda pierde su poder de convicción, pues como lo relata Jorge Augusto Piedrahita Maya, él mantenía con Alberto León "una relación de amistad de carácter profesional, de colegaje, y de mutua amistad fundada en que estudiábamos, nos comentábamos negocios, hablábamos de política, de las dificultades económicas o los éxitos o fracasos profesionales que en la amistad de visitarnos en los hogares que nunca hicimos o de confidencias hogareñas...".

6.- Tampoco advierte la Corte la comisión del yerro denunciando por la censura al dejar de apoyarse el Tribunal en los testimonios aducidos por la parte demandada y decidir con sujeción a los de la parte actora, pues no obstante la discrepancia reinante entre estos últimos en torno a la causa simulandi, no brota de su decisión conclusión arbitraria al ser sopesada con esos medios de convicción. En efecto, el Tribunal fue claro en expresar que "la razón para que la escritura se hiciera a su favor, *no fue tanto económica,* sino más de índole personal, en razón de que para esa época se encontraba separado de su esposa y así evitaba que ésta no tuviera (sic) derecho a gananciales..." (se subraya); y esa reflexión no exterioriza una deducción exclusiva en uno solo de los sentidos contrapuestos de la causa simulandi, como parece señalarlo la censura planteando con ello el cercenamiento de la prueba, sino que conjuga, por el contrario, una y otra de las distintas variantes de la misma, para finalmente inclinarse por la que le pareció más persuasiva, proceder éste en el que no se observan los alcances del yerro combatido.

7.- Es de ver, por lo demás, que en la prueba testimonial recepcionada a instancias de la actora no se presenta la contradicción puesta de presente por la casacionista en el sentido de que mientras para unas testigos Zoila Lopera de Muñoz era pobre, sin recursos y sostenida por su hijo Alberto León, para otros gozaba de una pensión por la muerte de su marido y era ayudada por otros hijos, toda vez que bien claro resulta de las declaraciones de Jairo Héctor Casas Arango (fl. 12 vto. C.2), Luz Gloria Bermudez Angel (fl. 16 vto. C.2), Diana Hernández Gallego (fl. 22 fte. C.2) y Norman León Arias Sepúlveda (fls. 33 fte. y vuelto, y 34 C. 2) que la citada demandada era persona pobre, sin recursos económicos y ayudada por su hijo fallecido, quien le proporcionaba el arrendamiento y algunas veces los alimentos. Además, cuando es cierto que Guillermo León Peláez Mesa (fls. 24 vto. C. 2 y 50 C. 6) declara que Alberto León le comentó que Zoila Lopera de Muñoz vivía de una pensión por la muerte

de su esposo, es de ver cómo el mismo testigo puntualiza a continuación que era aquél quien "le proporcionaba la vivienda y en muchas ocasiones mercado", explicando "lo sé porque yo sabía por conocimiento que tuve de Alberto, que fue mi amigo que la familia de él, la consanguínea, eran personas pobres, de escasos recursos y Alberto asumió la obligación estando estudiando derecho, ya que él trabajaba en los juzgados civiles...".

9.- Entonces, si bien es verdad que los testigos Flavia Isabel Dechamps Angulo, Regina Salinas Isaza y Francisco López Velásquez declaran en sentido contrario a como lo hacen los de la parte actora ya citados, inclusive en forma concordante, tal como lo pone de presente la censura, de esa circunstancia y de lo expuesto precedentemente no se desprende, se repite, error evidente de hecho del Tribunal en la apreciación de las pruebas del proceso, y por las cuales éste se inclinó al tomar su decisión.

Es de tener en cuenta, empero, que mientras el último de los testigos del último grupo mencionado, expresa que el préstamo hecho por Zoila Lopera de Muñoz a su hijo Alberto León fue por $1.400.000, entregados en efectivo en presencia suya (fl. 34 vto. y 35 vto. C. 6), ésta manifiesta, contrariamente, que el monto de la acreencia fue de $1.500.000, suministrados por ella a su hijo "de a poquito" (fl. 43 vto. C. 2), divergencia que le resta mérito persuasivo al dicho de Francisco López Velásquez.

10o.- Ahora bien, abordando con sujeción al derrotero planteado, las pruebas que sirvieron de soporte *al ad-quem*, ellas arrojan el siguiente resultado:

a) Zoila Lopera de Muñoz reconoció al absolver interrogatorio de parte (fls. 2 a 4 C. 2) que Alberto León prestó sus servicios profesional de abogado a Rosmira Ossa Flórez, por los cuales pactó con ella honorarios de $1.500.000, garantizando ese pago la poderdante con hipoteca; que entre profesional y cliente acordaron luego saldar mediante dación que ésta haría a aquel de sus derechos sobre la casa de habitación objeto de este litigio, previa cancelación de aquella garantía hipotecaria, tal como aparece convenido en el documento visible entre folios 7 y 8 del cuaderno 1, lo que originó el otorgamiento de la escritura 226 de 24 de febrero de 1982, de la Notaría Segunda de Medellín, en la cual aparece ella como compradora, por determinación de Alberto León; y que con ese proceder éste se propuso cancelarle a su turno la deuda, por $1.500.000 que con ella tenía contraída.

b) Los testigos Jorge Augusto Piedrahíta Maya (fls. 5 a 10C. 2) y Héctor Jairo Casas Arango (fls. 10 a 14 C. 2), abogados litigantes quienes compartieran con Alberto León experiencias profesionales, declaran que ello y otras específicas circunstancias relatadas, les permitió conocer que el inmueble negociado en las condiciones anteriormente mencionadas es de su colega y no de la madre de éste, a quien él hizo figurar como adquirente para sustraer la propiedad de cualquier acción judicial que pudiera enderezarse en su contra; que les consta el comportamiento de dueño asumido por Alberto León frente al inmueble, habitándolo, haciéndole las significativas mejoras que describen; que, dada su carencia de recursos, era éste quien ayudaba económicamente a su madre y, por tanto, no encuentran posible que ella lo hubiera socorrido con los préstamos dinerarios que aduce, pues la difícil situación económica que el colega atravesó debióse en parte a las necesidades económicas de su madre, atendidas por él; que los gastos de la especialización adelantada por Alberto León en el exterior los atendió éste con el amparo de una beca obtenida previamente; y que en realidad de verdad éste padecía del acoso de acreedores y dificultades conyugales para el momento de extenderse la escritura de venta en comentario. El segundo de estos declarantes refiere en particular, que el viaje de estudios al exterior "lo financió el partido comunista colombiano hasta con disgusto de su mamá ya que él era quien le ayudaba económicamente", y que previamente a la negociación de la casa, cuyos derechos se le cedieron por pago de honorarios, él fue con Alberto León a observarla, agregando: "nos paramos al frente a verla, una casa de tapias pero muy bien ubicada, entonces fuimos después a la heladería El Dorado que queda cerca y nos tomamos unas cervezas... me comentó el gran dilema y problema que tenía que no sabía como legalizar el título a su nombre en razón de que por su fracaso matrimonial temía una separación de bienes con Yomaira y tener que darle a ella la mitad de ese inmueble, quedamos entonces que había que poner a alguien como dueño de ese inmueble, a la persona que más confianza le tuviera y después de mucho dudar me manifestó que de dos males el menor, el cual era colocar el predio a nombre de su mamá, por cuanto él tenía reservas con su mamá por ser persona necesitada y ambiciosa y que tal vez se enfocaría en algún problema posteriormente, directamente con ella o si fallecía con sus hermanos, entonces yo mismo le dije que la solución estaba en hacer una contraescritura privada en el sentido de que si su madre era la testaferra, por otra escritura incluso en la misma notaría él le podría exigir a su mamá que le hiciera una supuesta venta de ella a él, escritura ésta que no se registraría y hasta él quedó muy contento con esa posibilidad, posteriormente el arreglo con su cónyuge, se sintió efectivamente muy feliz con su hijo y se fue a vivir con ellos a la propiedad esa, hasta que lo

mataron vivió ahí. Con el tiempo y como éramos muy amigos me empezó a comentar los problemas que tenía con su mamá que no quería devolverle la escritura de la propiedad lo cual me extrañó porque habíamos quedado a que él iba a tener una escritura de ella sin registrar y me dijo que eso no fue posible porque él quedó sumamente pobre en la confección de la escritura, y que además quedó debiendo sobre ese predio y que no le alcanzó el dinero para confeccionar la segunda escritura".

C) Dando la razón de su dicho, Luz Gloria Bermúdez Angel (fls. 14 vto. a 19 fte. C. 2) y Diana Hernández Gallego (fls. 19 a 22 C. 2), corroboran casi en su totalidad el dicho de los testigos anteriores, señalando esta última, con quien cursó estudios de derecho Alberto León, que éste "... me dijo a mí, cuando me contaba que le iban a pagar los honorarios, que estaba muy confuso porque tenía problemas con Yomaira y que no sabía si hacer la escritura a nombre de él porque seguramente el matrimonio se acababa y no quería que la casa entrara a la sociedad conyugal, yo le insinué que se la hiciera a la mamá o a un hermano y me dijo que le daba temor... porque la familia de él era muy agalluda y que el fondo le daba temor que con la mamá o un hermano tuviera problemas después"; a lo cual agrega la declarante que éste le manifestó tiempo después: que "yo me la jugué toda y la hice a nombre de mi mamá". La misma exponente refiere respecto de Alberto León: "Supe además que tenía problemas de liquidez y que lo estaban persiguiendo ejecutivamente porque él me pidió el favor de que si en mi casa yo le podía guardar los electrodomésticos de valor... en mi casa accedieron y le guardé muchos electrodomésticos durante largo tiempo para que no se los embargaran... no se decir en qué año aproximadamente, pudo haber sido en el 82... dijo que ya no tenía problemas y fue y retiró los bienes de la casa, que ya había pagado".

d) Guillermo León Peláez Mesa (fls. 23 a 27 C. 2 y 50 C. 6) fuera de dar fuerza a las versiones de los testigos que le preceden, expone, indicando cómo y por qué lo supo, pues fue compañero de Alberto en la Universidad de Medellín, que éste pagaba el arrendamiento de la casa habitada por su madre "... mucho antes de 1982", que esta carecía de recursos y que aquél "asumió la obligación estando estudiando derecho, ya que él trabajaba en los Juzgados Civiles..."; que tenía la "posesión material de dicho inmueble en forma pública, pacífica, para todos sus amigos el propietario y titular de esa casa fue el doctor Alberto León Muñoz, los arrendamientos que fueron muy escasos, porque creo que tuvo problemas con el inquilino, los recibía Alberto como arrendador, es más, en una ocasión mas o menos en el 84 o el 85, no recuerdo, estando yo

invitado a almorzar a dicha casa... estos cónyuges tenían ganas de comprar un apartamento... y la tuvieron en oferta, en venta, como lo dije llegó el doctor Mario César Acosta, Notario 3o. de esta ciudad con un posible comprador y Alberto les mostró la casa y le puso un precio determinado, él hizo lo anterior no como mandatario de nadie sino como dueño que era del mencionado inmueble".

e) Alicia Estella Posada de Escobar (fl. 30 a 32 C. 2) refiere que sus hijos Oscar Fernando y Clara Inés Escobar, a cuyo nombre estaba titulado el bien, se propusieron cumplir las instrucciones del señor Flórez, quien lo había "comprado", en el sentido de escriturárselo a su señora, adjudicataria del mismo en el proceso partitivo de la sociedad conyugal, pero que dicha señora de Flórez les manifestó a su turno titularlo a favor de Alberto León Muñoz Lopera, de manera que cuando "llegué yo con mis hijos a firmar la escritura me dice el señor Muñoz, que yo acababa de conocer, no me haga la escritura a mi sino a mi mamá, creo que dijo, la casa es para yo vivir en ella con mi señora y mi hijo pero le hace la escritura a mi mamá, yo le pregunté al Notario y él me dijo que sí... entonces se le hizo la escritura a la señora...".

f) Norman León Arias Sepúlveda (fls. 32 y ss. C. 2) depone que conoció a Alberto León desde cuando vivía en el barrio Santa Lucía de Medellín, que empezó con él la carrera de derecho en la Universidad de Medellín; que la casa en litigio la obtuvo éste en pago de unos honorarios profesionales; que su colega fallecido siempre tuvo problemas económicos, pues abría un hueco para tapar otro; que aquél nunca pudo haber adquirido obligaciones dinerarias con su mamá porque él "prácticamente sostuvo esa familia toda la vida, es que realmente los únicos ingresos en esa casa hasta que crecieron los hermanos y se pusieron a trabajar hace poco provenían del trabajo de Alberto León, inclusive por eso era que él se mantenía tan colgado... Yo recuerdo, por ejemplo, que cuando estudiábamos en la Universidad, Alberto trabajaba para sostenerse él y sostener la familia, recuerdo mucho que trabajaba con el doctor Ledezma que era Juez del Circuito en Medellín. Eso lo se yo, porque como le dije ahora, yo los conozco a todos ellos hace casi 20 años, yo iba personalmente mucho a la casa de él con el ánimo de estudiar...". El mismo declarante asevera luego que "... hace aproximadamente unos cuatro años Alberto tuvo oportunidad de conversar prácticamente todos los días porque hacíamos un posgrado en Bolivariana... y él me comentaba que había hablado con la mamá para que le traspasara la titularidad del bien pero que ella se había negado a ésto, es una cosa que lo mantenía muy aburrido antes de que lo mataran".

g) María Restnira Ossa de Flórez (fl. 40 c. 2) adjudicataria de los derechos de su esposo sobre el inmueble al liquidarse la sociedad conyugal, señala que "yo se lo vendí a Alberto León Muñoz, esposo de Yomaira, yo se lo vendí a él; como yo partí bienes con mi esposo y no tenía con que pagarle al abogado, él se quedó con la casa y me dio el resto de la plata, la negociación fue por $2.600.000, aunque exactamente no se como fue la forma de pago, yo se que él o sea Alberto nos dio un resto de plata, pero él prácticamente se entendió con mis hijos, la señora Zoila no pagó ninguna clase de dinero, todo el dinero fue pagado por Alberto...".

11.- Las pruebas que acaban de relacionarse conducen, tal como lo dedujo el Tribunal, a concluir que la venta efectuada mediante la escritura pública No. 226 de 24 de febrero de 1982, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, se hizo realmente al extinto Alberto León Muñoz Lopera, y no a su madre Zoila Lopera de Muñoz, quien fue tan sólo una prestanombre en esa negociación. No es verdad, entonces, que con la escrituración del inmueble a nombre de su madre, Alberto León se hubiera propuesto la cancelación de una deuda suya con ella, sino la elusión de acciones legales que, originadas en sus acreedores o en su cónyuge, pudieran apuntar contra el bien; conclusión ésta frente a la cual no se observa, por lo consiguiente, yerro fáctico evidente del Tribunal.

Los cargos, por ende, no se abren paso.

Cargo segundo:

Mediante este se acusa la sentencia de infringir indirectamente los artículos 1766, 1500, 1501, 1502 del C.C., por aplicación indebida; 740, 742, 743, 749, 756, 1525, 1626, 1634, 1849, 1857, 1864 y 1934 del C.C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

Puntualiza al desarrollarlo la recurrente, que aún cuando la simulación estuviera acreditada en el proceso, como su causa es ilegítima, ya que con ella Alberto León Muñoz Lopera se propuso defraudar a sus acreedores, según se desprende del hecho cuarto de la demanda, esto impide su declaración judicial, pues, añade, así lo tiene dicho la Corte en sentencia de 5 de noviembre de 1960, la cual transcribe en lo pertinente; para indicar que si bien es verdad "en la misma sentencia, con dos salvamentos de voto la Corte advierte que 'caso distinto sería que la acción fuese propuesta por los herederos ajenos al fraude

de su causante', es importante considerar que esta condición no encuentra apoyo legal, pues no se trata de un ilícito penal... sino de un ilícito civil...".

Cargo tercero:

Por medio de este ataque se le achaca a la sentencia el quebranto de las mismas normas de derecho sustancial indicadas en el cargo precedente, a consecuencia de yerros fácticos cometidos por el sentenciador al apreciar las pruebas.

Al desarrollarlo, la recurrente parte de consideraciones idénticas a las expuestas en el cargo anterior, añadiendo a ello que aún si se aceptara el válido ejercicio de la simulación por parte de "los herederos ajenos al fraude de su causante", sería preciso ver que "únicamente si el heredero hubiere aceptado la herencia con beneficio de inventario podría alegar su derecho a demandar la simulación como tercero, en nombre propio...", circunstancia que, prosigue, no está demostrada en el proceso con relación al menor demandante, y por cuya reflexión concluye que el actor David Alejandro Muñoz "no puede reputarse como tercero para efectos de sustraerse de la causa simulandi...".

Culmina su ataque la censura advirtiendo que como el Tribunal no se percató de la ausencia de la prueba correspondiente, esto es, de que el actor hubiera aceptado la herencia de su padre Alberto León con beneficio de inventario, incurrió en el yerro fáctico que se le achaca, violando las normas de derecho sustancial señaladas al inicio del cargo.

Se considera:

Si bien es verdad que en sentencia de 5 de noviembre de 1960 la Corte introdujo al campo de la simulación la tesis de no escuchar a quien demandara esta acción fundándose en un hecho ilícito, dicho criterio dejó de prevalecer, pues fue modificado en jurisprudencia posterior, que guarda vigencia. En efecto, así lo expuso la Sala en sentencia de 18 de diciembre de 1964:

"La simulación es un fenómeno jurídico que está previsto por el artículo 1766 del Código Civil; sólo en casos excepcionales aparece prohibido por la misma ley (C.C. 1023, 1371 y 2170). Así lo ha reconocido tradicionalmente la doctrina de la Corte, cuyos esfuerzos en esta materia vienen encaminados a elaborar los lineamientos propios de ese fenómeno, con base en el citado artículo 1766.

"La figura jurídica de la simulación ofrece perfiles y caracteres que la diferencian de la nulidad y que no permiten confundirla con ésta, y se halla sujeta a un régimen distinto del que disciplina en general el fenómeno de la invalidez de los actos jurídicos. Desde 1935 la Corte ha venido sosteniendo que la simulación no es por sí misma causa de nulidad y distinguiendo un fenómeno de otro y el régimen a que cada uno de ellos está sometido.

"El objeto y la causa ilícitos en los contratos producen la nulidad absoluta de éstos, es decir, que la ilicitud del objeto o de la causa se halla sancionada con la invalidez absoluta del respectivo acto jurídico (C.C. 1741).

"Conforme a lo prescrito por el artículo 1746 del Código Civil, la nulidad judicialmente declarada confiere a las partes derecho para se restituidas al statu quo ante, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. Y el artículo 1525 ibídem dispone que 'no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícito a sabiendas'. Según estos preceptos, la regla general es la restitución de las partes al estado anterior al contrato que se declara inválido; la excepción consiste en la no restitución a ese estado precedente cuando la nulidad que se decreta tiene su origen en la ilicitud del objeto o de la causa. Esta excepción constituye por sí misma una sanción y en su doble carácter de excepción y de sanción no puede recibir aplicación extensiva o analógica, esto es, que no puede extenderse ni ser aplicado a fenómenos ni en campos distintos del de la nulidad que proviene de esa misma ilicitud. Lo cual significa que tal excepción no tiene cabida ni puede aplicarse por analogía en el terreno de la simulación, porque ésta no se identifica con la nulidad ni es causa de ella.

"En materia de simulación el contrato aparente o ficticio carece de causa en el sentido objetivo y clásico de la expresión; no hay en él prestaciones que se determinen recíprocamente. La causa simulandi del contrato ficticio consiste en el móvil que ha inducido a las partes a fraguar la simulación y a crear con ella una apariencia engañosa ante terceros; ese móvil que ha inducido a las partes a fraguar la simulación y a crear con ella una apariencia engañosa ante terceros; ese móvil varía en cada caso particular y puede ser lícito o ilícito. De donde resulta que, mientras en los contratos serios la causa ilícita engendra la nulidad de éstos, en los negocios simulados la iliicitud del móvil o causa simulandi no produce la misma consecuencia extintiva. En tales negocios, la causa simulandi, lícita o ilícita, sirve para explicar el por qué de la ficción o del engaño ante terceros, pero no tiene repercusión alguna sobre

la validez o la ineficacia del contrato real u oculto, el cual tiene una causa propia que lo rige y que determina su validez o su nulidad. Así lo ha sostenido la Corte en casaciones de junio 8 de 1954 (LXXVII, 2142, 793), de septiembre 2 de 1954 (LXXVIII, 2146, 556) y de octubre 5 de 1954 (LXXVIII, 2147, 845).

"Esta doctrina armoniza cabalmente con la naturaleza y las características del fenómeno de la simulación, y de acuerdo con ella la causa simulandi ilícita no produce la nulidad el contrato aparente, ni consecuencia alguna sobre el contrato real y secreto. Este contrato debe tener su propia causa y ha de resultar eficaz o nulo según que esta causa sea lícita o ilícita.

"La prohibición de repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, que establece el artículo 1525 del Código Civil, constituye la consagración legislativa de la regla Nemo auditur. Esa prohibición no tiene cabida en materia de simulación, como viene dicho, y además su aplicación en este campo produciría consecuencias irritantes y conduciría a situaciones injurídicas. En efecto, la aplicación de tal regla afianzaría los negocios simulados en vez de destruirlos como consecuencia de la simulación misma; daría lugar a que esos negocios produjesen un resultado idéntico al que genera el cumplimiento de las obligaciones naturales, y derivaría hacia un enriquecimiento injusto de parte del simulante demandado, cómplice y aún posible autor principal del fraude a terceros o a la ley.

"Si se llegara a admitir la aplicación de la regla Nemo auditur en el campo de la simulación, sobrevendría el caso de que el simulante actor, advertido por ello del posible insuceso de su pretensión, procuraría omitir u ocultar en su demanda toda referencia al móvil ilícito y alegaría una causa simulandi lícita y también ficticia. En este supuesto corresponderá al simulante demandado descubrir y probar el verdadero móvil lícito, a fin de evadir la restitución de los bienes recibidos en apariencia. Esto sería escandaloso, y resultaría doblemente inmoral que al demandante se le rechazara su acción por alegar un móvil ilícito y que, en cambio, al demandado se le permitiese acudir a ese mismo móvil para exonerarse de la restitución y consolidar su enriquecimiento injusto, obteniendo así un premio a su deslealtad y a su mala fe. No sería contrario a la justicia y a la más simple lógica que entre las partes simulantes no pudiera alegarse la simulación ilícita como acción, pero que sí se la pudiese invocar y hacer valer como excepción.

"Ni aun en el propio ámbito de la nulidad absoluta atiende siempre la ley a la aplicación de la regla Nemo auditur. Así puede verse que en los juegos y apuestas prohibidos la ley autoriza repetir lo que en ellos se ha pagado (Ley 153 de 1887, Art. 95).

"Denegar la repetición o la restitución de bienes en materia de simulación ilícita, equivaldría a hacer ilusoria la acción correspondiente, y ello cuando la propia ley da margen al negocio simulado, reconociéndole efectos jurídicos entre las partes que lo conciertan. Esa denegación quebrantaría aquel principio que ordena preferir la realidad a la apariencia (plus valere quod agitud quam quod simulatur).

"Según reiterada doctrina de la Corte, la acción de simulación es una acción de prevalencia del convenio real y secreto sobre el aparente. Esa acción se encamina a disipar la ficción y a obtener el cumplimiento del acto oculto; ella surge, pues, del pacto reservado cuya prevalencia se pretende, y no puede en consecuencia ser afectada ni interferida por la ilicitud de la causa simulandi del negocio fingido.

"Ningún precepto positivo determina el rechazo de la acción de simulación ilícita. El artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 sólo se refiere a la acción de nulidad absoluta, y ello, no para prohibir tal acción, sino para autorizar su ejercicio por quien tenga interés en promoverla. Lo único que esta disposición prohíbe es sanear la nulidad absoluta que proviene de objeto o causa ilícitos. Ni aun admitiendo en hipótesis la aplicación analógica de esa norma a la simulación ilícita, podría ampararse en ella la conclusión de rechazar la acción que se dirige a hacer declarar esta simulación.

"En resumen: la regla Nemo auditur, consagrada por el artículo 1525 del Código Civil, es aplicable en el campo de la nulidad absoluta, pero no en la esfera de la simulación, porque ella tiene carácter excepcional y estricto y porque la nulidad y la simulación son dos figuras jurídicas distintas y se hallan regidas por principios y normas también diferentes e inconfundibles.

"Estas observaciones permiten concluir que la excepción de causa ilícita o argumento de inmoralidad expuesto por la parte opositora, no es de recibo ni puede prosperar en este negocio que se refiere, no a una nulidad absoluta, sino a una supuesta simulación". (G.J. CIX, 199).

Si como viene de exponerse en el fallo que acaba de transcribirse, la licitud de la causa simulandi no es requisito de la acción simulatoria, el Tribunal no cometió los yerros que le enrostra la censura.

Los cargos, por tanto, no son prósperos.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 28 de mayo de 1992, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Costas del recurso extraordinario a cargo de la aquí recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente al tribunal de origen.

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

NULIDAD PROCESAL / PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD / NULIDAD CONSTITUCIONAL

El Código de Procedimiento Civil consagró el principio de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad sin ley que la establezca expresamente, lo cual se traduce en que el juez no puede recurrir a la analogía para establecer vicios de nulidad, ni extender ésta a defectos diferentes. / Dentro de nuestro sistema no es posible invocar la nulidad constitucional, ya que en últimas, si fuera de las causales taxativas de la ley existiera la genérica aludida, se llegaría a que todo incumplimiento de normas procesales conduciría a la anulación.

PROVIDENCIA JUDICIAL / CONDENA EN CONCRETO / SENTENCIA COMPLEMENTARIA

Son dos las formas de inobservancia que pueden darse en la conducta del juez de la 1a. o 2a. instancia respecto del art.307 del C. de P.C., a saber: a) que la condena al pago de perjuicios la haga en abstracto y no por "cantidad y valor determinados", como allí se exige; y b) que fulminando esa condena inclusive en concreto, no la extienda "hasta la fecha de la sentencia", según la misma disposición lo prevé. Entonces, frente a ese comportamiento del juzgador, el legislador consagró el remedio de la sentencia complementaria, bajo la única exigencia de que este último pronunciamiento esté precedido de solicitud en tal sentido, elevada por la parte interesada dentro del término de ejecutoria de la sentencia complementada.

CONGRUENCIA

Como el sentenciador se encuentra compelido a resolver la controversia dentro de los extremos fijados por la ley, cuando así no ocurre, la sentencia puede ser incongruente y, por ende, susceptible de ser

atacada con sujeción a la causal segunda de casación, ya por ser excesiva o proveer sobre más de lo pedido, ora cuando decide sobre peticiones no formuladas por las partes, o bien porque deja de pronunciarse sobre súplicas de la demanda o sobre las excepciones formuladas por el demandado.

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Ataque todas las Pruebas

Cuando una sentencia esté apoyada en varios soportes probatorios la acusación para que sea cabal requiere que se ataque todos los elementos de convicción que le hayan servido al juzgador para sentar las conclusiones, es decir, todos los factores de apreciación. Y cuando no se tiene en cuenta esa exigencia de técnica el cargo resulta vano por la manera incompleta de la acusación.

JUZGADOR DE INSTANCIA / TRIBUNAL DE CASACION

No es 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 persuación 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 formulando un ataque en esa órbita se demuestra la comisión de error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: *Expediente No. 4028* *Sentencia No. 021*

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de enero de 1992 y su complemento de 12 de febrero del mismo año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Medellín, en este proceso ordinario iniciado por la Sociedad Ferroquímica Limitada frente a la sociedad B y C Química Limitada.

I- Antecedentes:

1.- Mediante demanda repartida al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, la citada sociedad actora solicitó que con audiencia de la demandada se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

a) "...entre la sociedad FERROQUIMICA LIMITADA y la sociedad B y C QUIMICA LIMITADA existió un contrato de agencia comercial desde el año 1969 hasta agosto de 1989, en el cual la demandante obro como agente y la demandada como empresaria.

b) "...el contrato de agencia comercial terminó por decisión unilateral, sin justa causa comprobada, por parte de B y C QUIMICA LTDA.

c) "... como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demandada a pagarle a la demandante una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión o utilidad recibida por la demandante en los tres últimos años por cada uno de vigencia del contrato, cuyo valor se estima en los hechos de la demanda, agregándole la desvalorización del peso colombiano.

d) "... se condene a la demandada a pagarle a la demandante una indemnización equitativa fijada por los peritos y como retribución a los esfuerzos para acreditar la marca y la línea de productos B y C QUIMICA LTDA.

e) "... se condene a la demandada en costas".

2.- Como fundamentos fácticos de la pretensión se citaron los hechos fundamentales que a continuación se exponen:

a) Dentro de las actividades propias de su objeto social, Ferroquímica Limitada tiene a su cargo, entre otros, "... la distribución, agencia y representación de cosas industriales o comerciales, nacionales o extranjeras, lo mismo de fabricantes o distribuidores de tales artículos o materiales".

b) Como fabricante y distribuidor de productos químicos para usos industriales, B y C Química Limitada comenzó a colocar, desde principios de

1969, sus productos químicos en el mercado por intermedio de FERROQUIMICA LTDA, quien a su turno vendió esos productos a las empresas señaladas en el hecho sexto de la demanda, poniendo en alto el nombre de B y C Química Limitada y obteniendo que esos productos "fueran aceptados y reconocidos dentro de la industria".

c) "El proceso de distribución consistía en que B y C QUIMICA despachaba los productos a FERROQUIMICA sobre inventarios, esto es, quincenalmente se inventariaba la mercancía que FERROQUIMICA tenía en sus bodegas y el faltante era reemplazado por B y C QUIMICA", inventarios en los que participaban en la elaboración y contratos los empleados de la última.

d) "La mercancía se le entregaba a FERROQUIMICA con un descuento del 16% sobre el precio de venta al público, en forma tal que ese 16% representaba la utilidad para la demandante".

e) El control directo sobre las ventas y su eficiencia lo ejercía la sociedad demandada, tal como lo indican los costos y directrices recibidas y anunciadas por la demandante en el hecho catorce del libelo, "tanto en la forma de mercadear el producto como en las políticas que en general debían utilizarse para ese mercadeo".

f) Mediante carta de 3 de mayo de 1989, B y C Química estableció un sistema diferente de mercadeo, modificando la vinculación de Ferroquímica Limitada como agente suyo, a quien exigió comprar directamente la mercancía, sin tener en cuenta que ésta mantenía un volumen determinado de mercancías que aquélla le "reemplazaba mediante inventarios que se realizaban quincenalmente", por lo que la demandante insistió en que se mantuviera "el contrato de agencia comercial, lo cual negó B y C QUIMICA", quien "terminó sin justa causa la relación contractual" existente por más de 20 años, el 31 de agosto de 1989, aduciendo como justificación la "separación de las empresas FERROQUIMICA y B y C QUIMICA y a la baja en el volumen de ventas, según los expresa el gerente de la demandada en carta del 3 de mayo...".

g) En los 3 últimos años Ferroquímica Limitada vendió los productos de la demandada por un valor total de $425'000.000, venta por la que se ganó una comisión de $68'000.000; desempeñó la función de agente comercial de ésta desde enero de 1969; acreditó la marca y los productos de la misma, quien se lucró y adquirió renombre como fuerza económica de ese actividad de la actora.

3.- La demandada respondió en término el libelo, manifestando que sus productos no los colocó exclusivamente por conducto de la actora, pues existe un distribuidor para la Costa Atlántica (Serpintec); que la actora fue socio fundador de la demandada y continuó en esa calidad hasta 1988, cuando cedió sus derechos a un tercero, produciéndose la separación de la "unidad empresarial" de ambas sociedades, bajo cuya vigencia "las tareas de promoción y ventas se realizaban conjuntamente...", siendo Ferroquímica Limitada la "tomadora de pedidos" para efectos contables; que la promoción de productos la hizo siempre la demandada en forma directa; que no existió entre las dos sociedades el contrato de agencia comercial a que alude la actora, ya que después de la separación comentada esta última ha sido únicamente otro más de sus distribuidores, autónomo e independiente. De suerte que la demandada se opuso a las pretensiones de la demandante, formulando contra ellas las excepciones que denominó: "inexistencia del contrato de agencia comercial" pues, agrega, los negocios entre ellas son de compraventa; "inexistencia de la obligación"; e "incumplimiento de la demandante", que hace consistir, esta última, en que para el supuesto de haberse celebrado el contrato de agencia comercial, fue la sociedad actora la que incurrió en su incumplimiento.

4.- El *a-quo*, convertido en Juzgado Cuarto Civil del Circuito Especializado de Medellín, finalizó la primera instancia por sentencia de 6 de mayo de 1991, en la cual hizo los siguientes pronunciamientos:

"1o.- Declárase que entre las sociedades FERROQUIMICA LTDA y B y C QUIMICA LTDA, existió un contrato de agencia comercial de hecho.

"2o.- Declárase que el contrato de agencia comercial de hecho fue terminado unilateralmente y sin justa causa por parte de la sociedad demandada.

"3o.- Como consecuencia de las precedentes declaraciones, B y C QUIMICA LTDA está obligada a pagar a título de indemnización a la demandante la suma de $60'659.491 m.l., según lo analizado en la parte motiva.

"4o.- Declárase (sic) no probadas las excepciones de mérito alegadas por la accionada.

"5o.- Costas a cargo de la parte demandada".

5.- La sociedad demandada apeló de lo así resuelto, recurso que desata el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín mediante sentencia de 16 de enero de 1992, en la que hizo los pronunciamientos siguientes:

"*CONFIRMA* la sentencia apelada, en cuanto impuso a la parte demandada la obligación de indemnizar a la demandante los perjuicios ocasionados, por su decisión unilateral de dar por terminado el contrato de agencia comercial, entre las mismas celebrado; y en cuanto se refiere a la cesantía comercial, cuyo monto asciende a $35.928.273, que con corrección monetaria significan $43.113.927, aspectos éstos en los cuales se *modifica* la sentencia: la que se *revoca* por la imposición de la obligación referida en el art. 1324, inc. 2o. del C. de Co., en su lugar se desestima la pretensión. Sin costas".

6.- Solicitada por la parte demandante adición de la sentencia, el Tribunal profirió la complementaria el 12 de febrero de 1992, disponiendo "...que el monto de la obligación a cargo de la parte demandada y por cesantía comercial, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, asciende a $63.593.043,21; deniega la reforma de la sentencia en lo concerniente a la imposición por la demandada, de obligación indemnizatoria por terminación unilateral del contrato de agencia comercial".

Fundamentos de la decisión del tribunal:

Después de exteriorizar que cuando el fenómeno de integración entre sociedades no existe (matrices y subordinadas) y simplemente una "promueve negocios de otra de la cual es socia, acatando sus instrucciones y rindiéndole cuentas de su gestión; pero actuando de manera independiente en el desarrollo de su propia empresa, dentro de la cual queda comprendida dicha actividad, autorizada por su objeto social, significa que las sociedades aparecen atadas por vínculo jurídico, proveniente de la celebración de contrato de agencia comercial...", contrato que no requiere de solemnidad alguna, pues se perfecciona por el solo acuerdo de las partes, y "la inscripción prevista en el art. 1320... (del C. de Co. se agrega) guarda relación con la inoponibilidad del mismo, a terceros de buena fe exenta de culpa".

El vínculo contractual que así se crea, prosigue el sentenciador, "no puede destruirse sino por consentimiento mutuo o por causas legales", so pena de indemnización por parte del contratante incumplido, que cuando lo es el empresario queda sujeto a los términos del artículo 1324 del C. de Co., indemnización que debe abarcar, dice, la depreciación monetaria por pérdida

de poder adquisitivo de la moneda cuando no se cumple la obligación "tan pronto como se hace exigible, es decir, a la fecha de terminación unilateral del contrato..."; dejando en claro que los aspectos de este orden atinentes a época anterior a la del actual Código de Comercio, deben regularse por la legislación anterior.

Dentro del esquema por él trazado, continúa aseverando el Tribunal, que la sociedad Ferroquímica Limitada intervino, autorizada por su objeto social, en la constitución de B y C Química Limitada, y como socia de ésta actuó sin subordinación a ella "en la realización de su empresa", de manera que "conservando su independencia la demandante inició actividad de distribución de los productos fabricados por la demandada, englobada dentro de su objeto social...", para lo cual le eran respuestas sus existencias en bodega cada 15 días, de acuerdo con inventario de faltantes realizado por el empresario, recibiendo aquélla como contraprestación el 16% sobre el precio de venta de cada producto, relación que, añade, "perduró hasta julio de 1989, época en la cual se suspendió la reposición del inventario, por decisión unilateral de la demanda...".

Señala seguidamente el Tribunal que los hechos revelan la celebración de un contrato de agencia comercial entre las sociedades en mención a partir del 27 de marzo de 1971, que se prolongó hasta el mes de julio de 1989, cuando lo rompió unilateralmente la demandada, surgiendo por ese hecho a cargo suyo la obligación de indemnizar al agente los perjuicios previstos en la ley, criterio en pos del cual sigue manifestando, apoyado en el dictamen pericial, que el promedio de ventas durante los 3 últimos años fue de $23.516.690, "cuya doceava correspondía a $1.959.724", por lo cual precisa que el monto de la cesantía comercial es de $35.928.273, que revalorizados suman $43.113.927.60, "de conformidad con el certificado expedido por el Banco de la República, fl. 15, expediente 2".

Concluye el Tribunal que no es pertinente la imposición de la obligación indemnizatoria prevista en el art. 1324, inciso 2o., del C. de Co.; que la condena impuesta por el *a quo* con fundamento en la norma debe revocarse, y que "en su lugar, se desestimará la pretensión...", lo que lleva a dicho sentenciador a exonerar a la demandada de las costas de segunda instancia.

III. La demanda de casación:

Cuatro cargos formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, los dos primeros por la causal primera de casación contemplada en el artículo 368 del

C. de P. C., y los dos restantes por las causales segunda y quinta de la misma norma, respectivamente. La Corte los despachará en el orden lógico que corresponde.

Cargo quinto:

Por él se acusa la sentencia de haber incurrido en la causal segunda de nulidad de que trata el artículo 140 del C. de P.C., esto es, la determinada por falta de competencia.

Señala la recurrente, al desarrollarlo, que la sentencia complementada confirmó la del *a quo*, limitando la indemnización a la prestación del inciso 1o. del artículo 1324 del C. de Co., y por tal razón la fijó en $35.928.273, y en $43.113.929 una vez indexada. Argumenta, además, que esa condena fue elevada, por sentencia complementaria, a la suma de $63.593.043.21, al apoyarse el Tribunal en la prueba visible al folio 60 del C.5 del proceso, aportada en forma extemporánea por la parte demandante.

El artículo 29 de la Constitución Nacional, añade, sanciona con la nulidad de pleno derecho a la prueba obtenida con violación del debido proceso, y a más de eso la sentencia complementada ya había efectuado la corrección monetaria, sin que fuera necesario dar aplicación al art. 308 del C. de P.C., pues la condena fue hecha en concreto y no cabía un nuevo reajuste, como quiera que el juez carece de competencia para revocar o reformar su propia sentencia.

Mediando el error del sentenciador, continúa la censura, "podría caber la casación, mas no la reforma de la sentencia por parte del propio fallador de segunda instancia que ya tenía agotada su competencia para el efecto... La nulidad entonces se concreta con la sentencia complementaria al fallo de segunda instancia, por falta de competencia".

Se considera:

1.- Al reglamentar la materia de las nulidades procesales, el Código de Procedimiento Civil consagró el principio de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad de la naturaleza comentada sin ley que la establezca expresamente, lo cual se traduce en que el juez no puede recurrir a la analogía para establecer vicios de nulidad, ni extender ésta a defectos diferentes.

La consagración del principio de que se trata fluye nitidamente de disposiciones como el art. 140, al establecer que "El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos", y que "Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este código establece"; lo mismo que del inciso 4o. del artículo 143, con arreglo al cual "El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de los determinados en este capítulo...". Por ello, en sentencia de 26 de agosto de 1959 la Corte expuso que "...Nuestro Código de Procedimiento Civil (refería se al de 1931), siguiendo el principio que informa el sistema francés, establece que ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente provista en la ley. Las causales de nulidad, pues son limitativas y no es admisible extenderlas a informalidades o irregularidades diversas. Es posible que en el juicio se presenten situaciones que originen desviaciones más o menos importantes de normas que regulen las formas procesales, pero ello no implica que constituyan motivo de nulidad, la cual, se repite, únicamente puede emanar de las causales entronizadas por el legislador...".

Complementando su criterio sobre el punto, dijo la Corte en esa misma sentencia que "No se discute que el artículo 26 de la Constitución (hoy artículo 29) dispone que nadie puede ser juzgado sino con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio. Este precepto contiene una garantía, por cuanto quienes figuren en juicio tienen derecho a que se cumplan todas las ritualidades del mismo antes de dictarse sentencia, ya que así se logra que no haya discriminación en los medios de que gozan las partes para efectivizar sus derechos sustanciales, ni para asumir sus cargos procesales.

"Pero dicha disposición constitucional ha tenido que ser desarrollada por la ley, por contener un principio de derecho que, por regla general, no puede operar dentro del proceso civil en forma directa, respecto a cuya transgresión no prevé la Carta determinada sanción. Las leyes son las que vienen a establecer concretamente las formas de los juicios y, por tanto, las sanciones cuando aquéllas se vulneran, razón por la cual existe una gradación que va desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad sin consecuencias positivas, en virtud de la ejecutoria de determinada providencia, pasando por la nulidad saneable, la inexistencia y el impedimento procesal para proferir sentencia de mérito cuando hay defecto en los presupuestos procesales, capacidad para ser parte y demanda en forma, pues la falta de jurisdicción y competencia y la ausencia de capacidad para comparecer en juicio desembocan generalmente en nulidad.

"Entonces, no es posible que dentro de nuestro sistema sea posible invocar la nulidad constitucional, ya que en últimas, si fuera de las causales taxativas de la ley existiera la genérica aludida, se llegaría a que todo incumplimiento de normas procesales conduciría a la anulación, que precisamente no es la orientación legal que nos rige" (G.J. XCL, 449).

2.- Preciso es ver entonces que aun cuando el artículo 29 de la Constitución Nacional consagra expresamente la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso, como ninguna sanción establece esa norma respecto del proceso mismo en que se aprecie esa prueba, la validez de éste sigue estando regida por las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil, en las cuales no se consagra defecto de trámite semejante. Por eso, cuando sea del caso que el recurrente enjuicie en casación la sentencia, acusándola de estar afectada de nulidad por quebranto de aquel precepto superior, debe hacerlo con apoyo en alguna de las causales que en desarrollo de esa disposición enumera el artículo 140 del C. de P.C., en forma tal que la seleccionada corresponda efectivamente a la inobservancia del debido proceso, como quiera que en caso contrario la acusación es inane.

3.- Descendiendo al caso litigado, la Corte observa que la recurrente invoca la nulidad del numeral 2 del artículo 140 del C. de P.C. a consecuencia de haber apreciado el Tribunal una prueba aducida al proceso en forma extemporánea, esto es, practicada con violación del artículo 29 de la Carta, acusación así formulada que resulta desafortunada, pues ninguna correspondencia tiene con el precepto legal preanotado, por cuanto bien se sabe dicho vicio de actividad del juzgador tiene ocurrencia cuando éste actúa desconociendo los factores determinantes de la competencia, aspecto que nada tiene que ver con lo aquí ocurrido ni con las precisas consideraciones a que se contrae el ataque.

4.- Por cuenta del principio de la especificidad se impone, pues, como primera conclusión, desechar el vicio de nulidad que, con enfoque en el artículo 29 de la Carta, plantea la recurrente en este cargo.

Por demás, la sanción de invalidez de la prueba que contiene el artículo 29 de la Constitución Nacional, fuera de que no anula el proceso, lo que en definitiva establece es la ineficiencia del medio de convicción que se ha incorporado al proceso sin sujeción al debido proceso.

5.- Ahora bien, mirada la inconformidad del recurrente por el segundo aspecto de la nulidad socorrida, vale decir por la pérdida de competencia del

Tribunal para "reformar" su propia sentencia, pertinente es señalar que de conformidad con los artículos 307 y 308 del C. de P.C. el sentenciador de segundo grado tiene no sólo el deber de condenar, entre otras de las prestaciones allí previstas, al pago de perjuicios por cantidad y valor determinados, sino que deberá extender esa condena en concreto "hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia"; de manera que si no cumple alguna de esas condiciones, es decir, que la condena sea por suma determinada y además, actualizada a "la fecha de la sentencia", la parte interesada puede solicitar dentro del término de ejecutoria de la que ha sido así preferida por el *ad quem*, que éste pronuncie el respectivo fallo complementario, evento este último frente al cual tiene dispuesto el segundo de aquellos preceptos que "...el juez aplicará la segunda parte del inciso primero del artículo 307", esto es, podrá decretar, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin. Dicho de distinta manera, dos son las formas de inobservancia que pueden darse en la conducta del juez de 1o. o 2o. instancia respecto del artículo 307 del C. P.C., a saber:

a) que la condena al pago de perjuicios la haga en abstracto y no por "cantidad y valor determinados", como allí se exige; y b) que fulminando esa condena inclusive en concreto, no la extienda "hasta la fecha de la sentencia", según la misma disposición lo prevé. Entonces, frente a ese comportamiento del juzgador, bueno es reiterarlo, el legislador consagró el remedio de la sentencia complementaria, bajo la única exigencia de que este último pronunciamiento esté precedido de solicitud en tal sentido, elevada por la parte interesada dentro del término de ejecutoria de la sentencia complementaria.

Si tal es, pues, el alcance que debe darse a la interpretación correlativa de esas dos disposiciones, no cabe suponer que cuando bajo esos específicos términos legales se mueven el juez y la parte interesada aquél no incurre en actuación viciada de nulidad así la prueba en que se apoye para concretar el monto actualizado de la prestación haya sido aducida al proceso de manera ilegal, pues esta última circunstancia, si bien genera un defecto en el comportamiento del juez, éste no compromete en todo caso la órbita de su competencia.

6.- Aun cuando en el caso litigado la solicitud de adición que dio origen a la expedición de la sentencia complementaria se presentó en forma extemporánea, como este específico motivo no lo adujo la recurrente como factor determinante de la nulidad por incompetencia alegada, sino que se basó en la ilegalidad de la prueba tenida en cuenta por el sentenciador para actualizar el monto de la indemnización, fundamento de un yerro diferente, la Corte no puede, por el

carácter dispositivo del recurso que le impide recrear el cargo, declarar la prosperidad del mismo, para extender el vicio de nulidad a un motivo no invocado por la recurrente.

7.- Bajo esa perspectiva y, desde luego, de cara a la improcedencia de la prosperidad del recurso por lo que viene de analizarse, es de ver entonces que el Tribunal no cometió en esta litis la nulidad que le atribuye la censura por haber proferido la sentencia complementaria apoyándose en una prueba ilegalmente aducida al proceso.

8.- El cargo, por ende, no se abre paso.

Cargo tercero:

Por éste se acusa la sentencia de no estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda.

Lo desarrolla la recurrente diciendo que los hechos y pretensiones de la demanda se apoyan en la existencia de un contrato de agencia comercial entre las partes, pese a lo cual el Tribunal basó su decisión en la existencia de la llamada agencia comercial de hecho entre las mismas, fenómeno este último en el que no media relación contractual, "ni éste se contiene en escrito que deba ser inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente, en donde se determinan los poderes o facultades del agente, en los término del art. 1320 del C. de Co...", ni en el que asume el encargo previsto por el art 1317 ibídem, "que es lo que le da personalidad al instituto". Añade que como el Tribunal confirmó la sentencia del *a quo* y éste declaró la existencia de un "contrato de agencia comercial de hecho", resolvió por causa y objeto distintos a los pretendidos en la demanda.

Se considera:

1.- El artículo 305 del C. de P.C. consagra el principio de la congruencia de los fallos, al disponer que éstos deben 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".

Con sujeción a dicha preceptiva ha manifestado la Corte que como el sentenciador se encuentra compelido a resolver la controversia dentro de los extremos fijados por la ley, "...cuando así no ocurre, la sentencia puede ser incongruente y, por ende, susceptible de ser atacada con sujeción a la causal segunda de casación, ya por ser excesiva o proveer sobre más de lo pedido, ora cuando decide sobre peticiones no formuladas por las partes, o bien porque deja de pronunciarse sobre súplicas de la demanda o sobre las excepciones formuladas por el demandado (G.J. CLI, 146, 303; CXLIII, 113).

2.- En el caso de este proceso basta una ligera labor de parangon entre las pretensiones y los hechos de la demanda con las sentencias de primera y segunda instancia, para descubrir sin esfuerzo alguno que si bien es verdad el *a quo* declaro existente entre las partes un "contrato de agencia comercial de hecho" y, de contera, hizo los demás pronunciamientos consecuenciales visibles en su fallo, también lo es que al confirmar aquel proveimiento, el Tribunal lo hizo sujeto a la modificación de que el pago de la indemnización allí impuesta lo merece la actora por la terminación unilateral del "contrato de agencia comercial", impuesta por la demandada, decisión de la cual se infiere que para el *ad quem* fue esa relación negocial y no fenómeno diverso, el que vinculó a las partes de este proceso, por lo cual es preciso ver que al decidir como lo hizo, este sentenciador no se apartó de las súplicas ni de los hechos del libelo, claramente indicadores de la existencia de ese ligamen jurídico.

En efecto, en la parte dispositiva de su fallo, se expresó así el tribunal: "*CONFIRMA* la sentencia... la sentencia apelada, en cuanto impuso a la parte demandada la obligación de indemnizar a la demandante los perjuicios ocasionados, por su decisión unilateral de dar por terminado el contrato de agencia comercial, entre las mismas celebrado; y en cuanto se refiere a la cesantía comercial, cuyo monto asciende a $35.928.273, que con corrección monetaria significan $43.113.927, aspectos éstos en los cuales se *modifica* la sentencia; la que se *revoca* por la imposición de la obligación indemnizatoria referida en el art. 1324, inc. 2o del C de Co., en su lugar se desestima la pretensión.- Sin costas por la apelación".

Lo precedente es suficiente para concluir que lo decidido por el Tribunal no padece la incongruencia que le enrostra la censura y para evidenciar, de contera, la improsperidad del ataque.

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

Cargo primero:

Mediante este ataque se le indilga a la sentencia la infracción indirecta de los artículos 98, 99, 101, 110, 113, 118, 126, 181, 187 numeral 6, 260, 261, 1317, 1318, 1321, 1322, 1324 y 1331 del C. de Co., por aplicación indebida, a consecuencia de yerro fáctico cometido por el Tribunal al dejar de apreciar las certificaciones de las Cámaras de Comercio de Santafé de Bogotá y Medellín, visibles a folios 7, 3 y 4 del cuaderno 3, respectivamente.

En la tarea de demostrarlo, la recurrente advierte que el tribunal supuso el requisito esencial del contrato de agencia comercial, consistente en la "independencia del agente" respecto del "empresario", suposición que le vino de preterir las pruebas ya indicadas, de las cuales emerge que Jaime Peña Ayerbe, representante legal de la demandante desde su constitución de 1966, desempeñose también como gerente y representante de la demandada hasta septiembre de 1988, fecha esta última a partir de la cual aquélla dejó de ser socia mayoritaria de "las cuotas partes sociales en que se divide el capital social de la demandada". Se evidencia a primera vista, prosigue, que "hasta esa época" no pudo darse independencia en las relaciones comerciales entre las dos compañías, necesaria para estructurar contrato de agencia comercial entre ellas.

Señala a continuación la censura, que al inclinarse "por el camino de analizar las cosas a la luz de una supuesta consagración legal de la subordinación societaria...", el Tribunal no vio en la vinculación de la actora como socia de la demandada la subordinación existente entre ellas, al concluir que eso no se desprende de los estatutos de la última ni tampoco se puede presumir "porque expresamente la debe consignar el contrato social (arts. 110 y 113)...", consideración del sentenciador a la que contrapone el argumento de que el presupuesto de la independencia del "agente", reclamada por el artículo 1317 del C. de Co., "en modo alguno puede asimilarse a los fenómenos o categorías jurídicas de la subordinación entre sociedades, ya que la sola integración entre ellas, por la comunidad de un mismo representante legal, rompe de hecho el presupuesto de la independencia, que es un criterio mucho más ágil, amplio y dinámico, que el restrictivo y limitativo de la subordinación estatutaria".

Expone seguidamente la impugnante, que aun cuando la sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios, ello no es un obstáculo para que entre dos más compañías puede existir interdependencia, como la que surge de tener un mismo representante legal. A ello se debe, agrega, que en este asunto,

al menos hasta septiembre de 1988, no pueda hablarse de independencia real entre las partes, reclamada por el legislador para que exista agencia comercial, criterio en respaldo del cual menciona la prueba obrante al folio 40 del cuaderno 1.

Consideraciones:

1.- Para decidir como lo hizo y especialmente para deducir la independencia entre las partes que lo condujeron a tener por celebrado el contrato de agencia comercial, el Tribunal se apoyó en los documentos visibles entre folios 38 y 56 del cuaderno 4 del expediente, lo mismo que en el dictamen pericial rendido en el proceso. Ninguno de estos soportes probatorios fue combatido en el presente caso por la censura, resultando así incompleto el ataque, pues aunque las razones de apoyo para combatir la sentencia fueran eficaces, la sola consideración de que ésta puede mantenerse en pie con la ayuda de los pilares no impugnados, es razón suficiente para que lo decidido por el juzgador de instancia no pueda quebrarse.

La Corte ha manifestado en forma insistente que "...cuando una sentencia esté apoyada en varios soportes probatorios la acusación para que sea cabal requiere que se ataquen todos los elementos de convicción que le hayan servido al juzgador para sentar las conclusiones, es decir, todos los factores de apreciación. Y cuando no se tiene en cuenta esa exigencia de técnica el cargo resulta vano por la manera incompleta de la acusación (sentencia de 14 de agosto de 1987, no publicada). De igual manera la doctrina de esta Corporación ha indicado 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" (G.J. LXXXI, 740; LXXIII, 45; LXXXV, 52; CXLVIII, 221).

2.- Haciendo abstracción de la consideración anterior y entrando en el aspecto de fondo del cargo e inclusive admitiendo que el sentenciador ad quem no vio las certificaciones visibles a folios 3, 4 y 7 del cuaderno 3, que es el basamento de la censura, no observa la Corte que el yerro así cometido por la preterm isión de esas pruebas sea trascendente, pues la independencia que halló el Tribunal en relación con la actividad de las partes en desarrollo del contrato de agencia comercial, no desaparece necesariamente, como lo refiere la

impugnante, por el hecho de haber sido Jaime Peña Ayerbe el gerente o el subgerente de la sociedad demandada hasta el mes de septiembre de 1988, porque esa circunstancia no compromete por sí misma la legal existencia de ese ente ni de la sociedad actora que también gerenció, mucho menos la independencia de una y otra de ellas. La subordinación entre actora y demandada que descartó el Tribunal con apoyo en los estatutos sociales, conservan entonces su valor para mantener el fallo combatido, que tampoco se ve alterada por el hecho de que la demandante hubiera sido socia con derechos mayoritarios en la demandada.

3.- El cargo, es obvio, no es atendible.

Cargo segundo:

Se combate a través suyo la sentencia por transgredir los artículo 1331, 1317, 1324, 1318, 1321, 1322, 1319, 1320, 98, 99, 101, 295, 110, 113, 118, 181, 187 numeral 6, 260, 261 del C. de Co., por aplicación indebida; 177 y 233 del C. de P.C., por falta de aplicación, a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal al dejar de apreciar algunas pruebas.

Las pruebas inapreciadas por el *ad quem*, según la recurrente, fueron: la demanda, su contestación, los anexos de aquella visibles a folios 38, 40, 42, 43, 60, 61, 105, 124, 128 y 129 del cuaderno 1, lo mismo que el alegato de la parte actora obrante al cuaderno 5.

En el desarrollo del cargo la impugnante comienza diciendo que el fundamento jurídico del artículo 1324 del C. de Co. estriba en la terminación del contrato de agencia comercial, consagrando esta norma la prestación indemnizatoria sólo "cuando el empresario revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada...", a lo cual agrega que en ese mismo sentido están orientados los artículos 1325 y 1327 ibídem, de los cuales hace breve comentario. De manera que, prosigue, si no hay terminación, no podrá haber indemnización, tal como ocurre en este proceso, en el cual, aún mediando la hipótesis imposible del contrato de agencia comercial, "no existe en el expediente la prueba de la terminación".

Indica más adelante la censura que los hechos 19 a 21 de la demanda relatan sólo "un cambio en las modalidades o en los términos de las relaciones comerciales": que es en el hecho 22 donde "se precisa una supuesta termina-

ción unilateral e injusta" del contrato, a partir del 31 de agosto de 1989; que en la contestación de la demanda la demandada (fl. 165 C.1) manifestó la "vigencia y permanencia de sus relaciones comerciales"; que todas las comunicaciones aludidas, anexas a la demanda, "lo que establecen es la existencia de una mutación o cambio en las modalidades de la negociación... pero también su mantenimiento y el deseo de la continuidad...", como puede apreciarse en la de 8 de septiembre de 1989 y 4 de septiembre del mismo año, que actúan a folios 128 y 124 del cuaderno 1, respectivamente; y que así lo reconoce la parte actora en el alegato de segunda instancia visto al folio 42 del cuaderno 5.

Sigue diciendo la recurrente que ante la falta de prueba de la terminación del contrato, el *a quo* se vio precisado a echar mano dizque de la confesión contenida en la demanda, prueba que, enfatiza, no reúne en ese aspecto el carácter de tal, pues la manifestación hecha en ese sentido por la actora a ella sola beneficia; y que el Tribunal, pese a la ausencia de esa prueba, recurrió el dictamen pericial actuante en el cuaderno 4 del expediente para encontrar allí que sí se dio la terminación unilateral del contrato por parte de la demandada, sin reparar que esa no es misión de peritos.

Se considera:

1.- Para que tenga eficacia en casación, el error de hecho en que incurre el sentenciador de instancia debe ser evidente, esto es, contrario a todas las conclusiones lógicas ofrecidas por la prueba, por cuanto al estar consagrado el principio de la soberanía probatoria del juzgador de instancia, no son admisibles en el recurso extraordinario replanteamientos de esta naturaleza aducidos por el casacionista si, por razonables y ponderados que éstos parezcan, el efectuado por el aquel juzgador no se sitúa ostensiblemente por fuera de la realidad del proceso.

Fijando el rumbo preciso de esta doctrina, dijo la Corte que "si márgenes de duda permitieran a ésta sustituir con otro 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 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 anunciación. 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 profundos y sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica o de la misma Corte. Y aún en el evento de que un nuevo estudio del haz probatorio produjera vacilaciones más o menos intensas sobre el acierto o desatino del sentenciador en las conclusiones fácticas, mientras no aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda". (Cas. Civ. de 17 de junio de 1964, G.J. T. 107 pág. 288; 21 de marzo de 1989; 21 de junio de 1984, aún no publicadas).

2.- Al confirmar en lo fundamental el fallo del *a quo*, el Tribunal participó de las siguientes consideraciones de aquél: "Por último, réstanos considerar la forma de la terminación y la causa o motivo que la determinaron. El artículo 1325, faculta a las partes para dar por terminado unilateralmente el contrato, enunciando en forma específica y taxativa algunos conductos que han de considerarse justos para proceder a ella, ninguna de las cuales encuentra respaldo en los medios de convicción que militan en autos, pues como lo hemos repetido a través de este estudio las relaciones comerciales entre las partes vinieron a menos al variar la situación jurídica de las empresas con el ingreso de nuevos socios, que trajo para ambas un cambio en los órganos de administración (gerente, junta directiva) y de políticas en la dirección de los negocios. Vemos, por ejemplo, que B y C QUIMICA empezó a comercializar sus productos, siendo muy diciente al efecto el aviso publicitario aportado con la demanda a fls. 132, cdno. ppal., correspondiente a un medio de comunicación de amplia circulación en el territorio nacional; también le propone a la demandante un manejo diferente en sus transacciones comerciales que al no ser aceptado por ésta, viene la no reposición de mercancía, lo que se traduce en la rebaja considerable de ventas en los últimos años, por cuanto en el año de 1985, éstas representaban 81.36%; 79% en 1986, y en aquellos sólo fue de 33.24% y

20.16% respectivamente (ver cuadro obrante a fl. 18 del cuaderno de prueba pericial, No. 4), situaciones éstas que no configuran ninguna de las conductas que trae la ley como causas justas para poner término a esta relación contractual, por lo cual también será acreedora la demandante a la indemnización por terminación unilateral sin justa causa...".

3.- Sopesadas esas reflexiones con el material probatorio recogido en la actuación, la Corte no halla duda para concluir que el Tribunal no cometió yerro fáctico evidente cuando encontró, a la sociedad demandada, como responsable de la terminación unilateral del contrato de agencia comercial acordado con la demandante.

Si bien es cierto que diferentes pruebas de las mencionadas como inapreciadas por la censura, denotan al igual que otra más, anexas a la demanda, y no citadas por ésta, que la sociedad demandada estuvo siempre dispuesta a continuar con los despachos de mercancía a la demandante, no puede perderse de vista, cual lo dijo el *a quo* y lo ratificó implícitamente el Tribunal, que tal comportamiento estuvo supeditado de manera invariable a la aceptación por parte del agente de las nuevas condiciones impuestas unilateralmente por aquélla, consistentes en que los despachos de productos debían estar precedidos necesariamente de una orden de compra y de la emisión de una letra de cambio por parte del agente en favor del empresario, que respaldara el valor de los mismos. Y aunque aquel propósito exteriorizado por la demandada a lo largo del cruce de correspondencia fue, a no dudarlo, el de mantener los plazos para el pago y los precios acordados en el negocio de vieja data celebrado, no por eso sería preciso ignorar que, aún así, el empresario introdujo variantes al pacto, pues las pruebas demuestran que el mecanismo convenido e inicialmente empleado fue el de la reposición permanente de inventarios por parte de éste en orden a mantener un stock de mercancías que le permitiera al agente atender el mercadeo de los productos: variantes que éste siempre rechazó, haciéndole saber a su contraparte la disposición en que se hallaba de pactar la terminación del contrato, pero con sujeción a las prevenciones legales pertinentes.

En efecto, es eso lo que se advierte de la comunicación remitida por el empresario el 7 de julio de 1989 (fl. 60 C.1), toda vez que pese a manifestarle en ella a la demandante su disposición de seguirle despachando en las mismas condiciones de plazo y precio, le exige definirse en el sentido de dar respuesta concreta a la solicitud de 7 de junio de 1989, alusiva ella a que tomara o devolviera las mercancías consignadas, suscribiendo, en el primer evento, las

letras de cambio que con ese propósito le fueron remitidas. Como se aprecia al folio 61 del cuaderno 1, la demandante respondió, mediante escrito de 19 de julio de 1989, en el siguiente sentido: "Me refiero a la suya de julio siete (7) del presente año y espero que ésta sea la última carta que me corresponda contestar a los muy cordiales de ustedes, porque de todas maneras considero que fuera de lo que a continuación expreso; no tengo más que decir sobre el particular, por lo cual si ustedes se hayan (sic) inconformes tienen desde luego expedita las vías legales que estimen convenientes... Lamento manifestarles que he dado respuesta a su solicitud contenida en la carta de veintiuno (21) de junio de 1989 (obrante al folio 43 C.1, se agrega) y por las razones expuestas en la mencionada carta, no estoy dispuesto a aceptar las letras que me remitieron para que las firmara, puesto que ello 'SE REPITE' implicaría un cambio al contrato de agencia comercial de distribución celebrado entre las empresas, cambio que por ser unilateral no lo acepto... considero que esta respuesta es cordial pero suficientemente clara y concreta para que ustedes tomen las decisiones que estimen conducentes".

Aun cuando de la misiva del agente, de 18 de agosto de 1989, actuando a folio 105 del cuaderno 1, se infiere que las relaciones negociales de las partes trataron de volver a la normalidad porque la remitente alude "a los inventarios de reposición practicados el día 5 de este mes de agosto en nuestros almacenes de Cali: Medellín y Bogotá...", es obvio que, como surge de la prueba vista al folio 124 del cuaderno 1, esa reposición no se volvió a producir, motivo por el cual la actora increpa a la demandada "Usted nos ha dirigido cartas en las cuales nos pone de presente que no hemos cumplido con los pedidos de ALGAMAR LTDA, GALVANO PLASTICOS LIMITADA y TROFEOS CAMPEON (alude a la que el empresario le envió el 28 de agosto de 1989 apreciable al folio 112, se agrega). Dichos pedidos (complementa) no se han despachado porque ustedes no han repuesto nuestros inventarios...".

La reposición de inventarios no se volvió pues a dar; así lo ratifica la comunicación de la actora de 6 de septiembre de 1989 (fl. 127 C.1), que al propio tiempo hace ver cómo en vista de la situación presentada el empresario empezó a abastecer directamente a los consumidores, y es la conclusión inevitable a que se llega cuando frente a todo ello es la propia demandada quien, en respuesta a misivas de la actora, le reitera a ésta, el 8 de septiembre de 1989 (fl. 128 C.1), que "Todos sus pedidos deberán ir acompañados de una orden de compra por parte de ustedes, para así proceder a su despacho...", haciéndole saber adicionalmente la necesidad del empleo de las letras de cambio para

respaldar las mercancías en bodega del agente. En otras palabras, la relación contractual cayó en un círculo vicioso en el que el empresario impuso unilateralmente unas nuevas condiciones de las que en último término nunca se apartó a pesar de manifestar su disposición de continuar vinculado con el demandante, y en el que éste jamás aceptó la susodicha imposición.

En la aclaración y adición de su dictamen (fl. 201 C.4), los peritos conceptúan, una vez describen los antecedentes respectivos, que "A partir de julio de 1989 el sistema utilizado era el de que B y C Química facturaba a 75 días la mercancía solicitada, sin importar si ésta había sido vendida por Ferroquímica o era para tenerla en stock para posibles ventas futuras. Era por cuenta del comprador determinar su destinación, caso diferente al utilizado hasta entonces, que era que cuando Ferroquímica vendía los productos B y C Química le facturaba y despachaba la misma cantidad para reponer el stock que continuaba siendo del productor".

4.- La relación de pruebas que acaba de hacerse no permite, pues, advertir el yerro fáctico evidente del Tribunal, que al decir de la casacionista se produjo cuando dicho sentenciador encontró mérito para concluir que la sociedad demandada incumplió el contrato de agencia comercial celebrado con la actora, incumplimiento que se tradujo en la ruptura unilateral del contrato. Desde luego, esa inferencia del ad quem encaja razonablemente dentro del marco de lo posible.

5.- El cargo, por lo consiguiente, no es próspero.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 16 de enero de 1992, ni su aludido complemento, proferido en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Costos del recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

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

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

En casación no es admisible la acusación a través de planteamiento global del problema probatorio, sino que es preciso que, cuando se haga un cargo por error de hecho evidente en la estimación probatoria, no sólo se singularice el elemento de prueba respecto del cual se pretende haberse producido el yerro, sino que se demuestre éste, haciendo la confrontación entre lo que dice el sentenciador sobre la prueba y lo que ésta reza. /Cuando se alegue que la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, no sólo deben indicarse las normas de carácter probatorio que se tengan como infringidos, sino que también se debe explicar en qué consiste la infracción.

PROVIDENCIA JUDICIAL / SENTENCIA / VALORACION PROBATORIA / COPIAS

La copia de la decisión jurisdiccional prueba su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha, pero no demuestra las motivaciones que le sirvieron de soporte.

ERROR DE HECHO - Modalidades / MORA

El error de hecho, 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 milita en los autos (error por preterición) o apreciándola tal como se presenta cercena su alcance significativo. Alcances del error de facto. / En el presente caso, si la parte recurrente creía que no podía ser condenada sin que previamente se le hubiese constituido en mora, ha debido, entonces, encauzar su ataque por la vía directa, porque si algún error cometió el Tribunal en relación con el punto, no fue de tipo fáctico sino jurídico.

COSA JUZGADA PENAL / PERJUICIO

En el caso de autos, la censura tenía que haber comenzado por impugnar el criterio del ad-quem, mostrando cómo la intangilidad de la decisión del juez penal no llega hasta el punto de no poderse revisar el quantum del perjuicio, así como los factores configurantes del mismo.

Corte Suprema de Justicia.- - Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Rad.: *Expediente No. 3814* *Sentencia No. 22*

Provee la Corte en relación con el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el dia quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), dentro del proceso ordinario instaurado por el señor MARCO ANTONIO CASTILLO BURGOS en frente de la sociedad "WARNER LAMBERT LIMITED".

Antecedentes:

1.- En demanda cuyo conocimiento asumió por reparto el Juzgado 1 Civil del Circuito de Villavicencio, el actor ya nombrado pidió que previos los trámites de un proceso ordinario a surtirse con citación y audiencia de la demandada también mencionada, se dictase sentencia en la que se produjesen "las siguientes declaratorias y condenas:

a) Declarar que Warner Lambert Ltda. es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados por Carlos Yoria, empleado o dependiente de la misma, al demandante Marco Antonio Castillo.

b) Consecuencialmente, condenarla a pagar la suma de $110.753.741.oo o la cuantía que se determine en este proceso, "como perjuicios materiales, teniendo en cuenta los factores de lucro cesante, daño emergente...".

c) Condenarla a pagar la suma de $10.000.000.oo por concepto de daños morales.

2.- Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los hechos que se resumen del siguiente modo:

El 5 de junio de 1980, a las 5:30 p.m. en la carretera que conduce a Restrepo, el demandante, quien viajaba en su vehículo de placas AJ-9391, fue colisionado por el automotor de placas AM-2626, conducido por Carlos Manuel Yoria Rubio, dependiente de la demandada, y quien se hallaba embriagado, resultando el demandante lesionado en el cráneo, con una incapacidad de 45 días y secuelas cráneoencefálicas de carácter irreversible.

El Juzgado 3 Penal Municipal de Villavicencio halló responsable de los hechos al sindicado Carlos Manuel Yoria R., y señaló una pena de 9 meses y 33 días de prisión. La providencia, fechada el 9 de diciembre de 1986, fue confirmada por el Juzgado 3 Penal del Circuito. El sindicado huyó, sin que se volviera a tener noticia de él.

La responsabilidad, entonces quedó radicada en cabeza de Carlos Manuel Yoria, "quien para la época de los hechos era empleado o dependiente de la sociedad demandada 'Warner Lambert Ltda...'".

"Como es obvio -se afirma textualmente- la condena de que se trata fue por delito culposo... y la responsabilidad no solamente radica en el autor material de los hechos, sino en la entidad de la cual dependía en aquellos momentos, esto es, en la sociedad comercial 'Warner Lambert Ltda', al tenor del artículo 2347 del C.C. ...".

Causa eficiente de los daños sufridos por el demandante fue que la sociedad demandada "no tuvo en su empleado o dependiente, la rectitud, la eficacia y la responsabilidad de sus actuaciones que desarrolló, vale decir que por haber manejado el automotor de propiedad de la empresa, con imprudencia y con temeridad causó los perjuicios ya enunciados". La demandada incurrió, entonces, en culpa "in eligendo" y también "in vigilando".

"... El infractor se desempeñaba como vendedor, en calidad de empleado o representante o agente o dependiente de la misma sociedad, la cual a través de un representante pidió al juez la entrega del vehículo, alegando ser de su propiedad y otorgando la autorización para tramitar la entrega, mediante certificación de la Cámara de Comercio". La entrega se produjo por medio de la Inspección de Tránsito de Villavicencio.

Si Yoria actuaba como representante de la sociedad, y si fue esta quien suministró el vehículo para desarrollo de su actividad que redundaría en su beneficio, "fue la misma sociedad la que creó el riesgo en su propio beneficio, por lo cual la compromete al tenor del artículo 2356 del Código Civil, por ser el dependiente una persona natural a través de la cual la persona jurídica se manifiesta.

El demandante poseía una finca que en 1985 tenía un rendimiento de $1.600.000.oo. mas hubo de venderla por imposibilidad de administrarla, a raiz de la disminución de la capacidad laboral.

3.- Notificada la demandada, respondió la demanda anterior oponiéndose a las pretensiones del actor. Señaló que Yoria abusó de la confianza depositada y que utilizó el vehículo para su servicio particular. Que las lesiones con secuelas neurológicas sufridas por el demandante no se originaron en el accidente de tránsito, sino en intervenciones quirúrgicas que le fueron practicadas en el cráneo, cuando era miembro activo de las Fuerzas Armadas, por lo cual fue separado del servicio activo.

En cuanto a los hechos, dijo atenerse a los documentos obrantes en el proceso en cuanto a la fecha, colisión y viaje del automotor. Dijo que no eran ciertas las lesiones sufridas en el cráneo por el demandante, y reiteró que su incapacidad y secuelas craneoencefálicas se originaron en la intervención quirúrgica a que fue sometido en el Hospital Militar Central de Bogotá. Negó que Yoria Rubio huyera de la ciudad, pues que incluso la remisión de las diligencias al Juez Penal Municipal sólo se hizo 16 meses después del accidente, por lo que la apertura de la investigación y los trámites consiguientes no fueron conocidos por aquel, quien por ende no asistió a al investigación.

De otro lado, propuso, como excepciones, la de "cosa juzgada", basada en que dentro del proceso penal Castillo Burgos presentó demanda para el pago de perjuicios de manera solidaria en contra de Carlos Yori y de Warner Lambert Ltda., habiendo sido condenado únicamente el primero, pues las pretensiones se negaron respecto de la segunda.

También propuso las de "inexistencia de Warner Lambert Ltda.", de "inexistencia de relación laboral de Carlos Yoria con Warner Lambert Ltda.", y de "inexistencia de los perjuicios y daños alegados por el demandante con ocasión del choque..., toda vez que Marco Antonio Castillo Burgos tenía las

secuelas con ocasión de intervenciones quirúrgicas practicadas en el Hospital Militar Central".

4.- Adelantado el trámite correspondiente a la primera instancia, el *a-quo* le puso término con decisión desestimatoria de las pretensiones del actor, quien entonces interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal, el cual, a vuelta de revocar aquella, dispuso:

"1o.- Declárese (sic) que la sociedad Warner Lambert Limited es civilmente responsable de los daños y perjuicios que sufrió el demandante Marco Antonio Castillo Burgos, causados por Carlos Yoria, dependiente de la sociedad demandada...

"2o.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la sociedad Warner Lambert Limited a pagar al demandante Marco Antonio Castillo Burgos, la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON OCHO CENTAVOS ($38.885.648.08) por perjuicios materiales y morales, según cuantía establecida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de esta ciudad de Villavicencio, conforme a lo explicado en este proveído, quien condenó al citado dependiente Carlos Yoria como responsable de las lesiones personales culposas sufridas en ese insuceso por el hoy demandante, más los intereses legales del 6% anual, después de los seis día siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia. Valor de los $38.885.648.08, que se deben actualizar en el momento en que se verifique su pago, con la corrección monetaria desde el 15 de mayo de 1988, según certificación que expida el Banco de la República.

Los fundamentos de la decisión del Tribunal:

1.- La parte considerativa la inicia el Tribunal recordando que aunque el actor demandó a Warner Lambert Limited con base en su responsabilidad indirecta, como se desprende de la causa petendi, por haber sido Carlos Yoria su dependiente, esa responsabilidad sería la directa, pues tal es la que compete para las personas jurídicas por la culpa de sus subalternos, cualquiera sea su posición jerárquica dentro de la entidad, como lo ha señalado la jurisprudencia, según transcripciones que realiza.

2.- Sobre tal base, dice que si la culpa de los dependientes es la propia culpa de la persona jurídica, "cabe considerar que si en el proceso penal se determinó la responsabilidad de la persona natural que cometió el delito (de quien se alega

es dependiente de la jurídica) en el cual como es lógico la persona moral directamente no interviene, pues las personas jurídicas en nuestro derecho no son sujetos activos de las infracciones penales, esa responsabilidad del agente causante del daño y por consiguiente la existencia del delito, con sus elementos integrantes de culpa, daño y perjuicios y cuantía que se demuestre en el proceso punitivo, no pueden ser objeto del proceso civil que luego se instaure contra la persona jurídica...", por cuanto en él sólo es pertinente verificar si quien causó el daño "...era dependiente de la persona jurídica (lo cual implica necesariamente que el perjudicado tenga que demandar civilmente a la persona jurídica para que ésta responsa de los perjuicios, por lo cual la excepción de cosa juzgada que se presente por ésta última no puede detener el proceso penal cuando este haya concluido) y en caso afirmativo, resulta impertinente volver a analizar el daño, o la culpa o la relación de causalidad, pues ya el ente moral debe responder...".

Inserta una jurisprudencia de la Corte y conceptos de tratadistas nacionales que, afirma, corroboran su punto de vista.

3.- Hechos esos planteamientos dice que, efectivamente, encuentra que Carlos Yoria, condenado por el delito de lesiones personales culposas sufridas por el demandante Castillo Burgos, era dependiente de Warner Lambert Limited, lo que halla probado con la solicitud de entrega del vehículo elevada por ésta dentro del proceso penal, y con la constancia donde aparece que Yoria trabajó en esa entidad en 1980. Que, añade, "se demostró igualmente que el citado Carlos Yoria se le condenó a pagar en el proceso penal al demandante Marco Antonio Castillo Burgos la suma de $38.885.648.08, en auto de mayo 14 de 1988, que quedó ejecutoriado...".

Siendo ello así, infiere, ni la responsabilidad de Carlos Yoria fijada en el proceso penal, ni la cuantía de los perjuicios allí liquidados, pueden ser objeto de discusión dentro de este proceso, por cuanto arguye, "aquí sólo es pertinente debatir si el mencionado Yoria era dependiente o no de la demandada...", cuya responsabilidad es directa, por lo que "ese valor de los perjuicios a que fue condenado Yoria debe asumirlos la demandada Warner Lambert Limited y ésta por consiguiente debe ser declarada responsable por ellos".

4.- Obtenida la conclusión, expone que las excepciones encaminadas a desvirtuar la responsabilidad con base en hechos diferentes, eran irrelevantes. Que también era superfluo examinar si con las nuevas pruebas "a que se

refieren tanto el *a-quo* como la sociedad demandada, las lesiones que sufrió el demandante Castillo Burgos eran producto más bien de la operación cerebral que se le practicó en el Hospital Militar de Bogotá, y no del accidente de tránsito; o si el demandante u otra persona tuvo algo que ver con la desaparición de parte de la historia clínica de éste en ese centro hospitalario (...); o si el daño o la relación de causalidad con el choque de los vehículos quedó o no demostrada; o si el avalúo que de los perjuicios hicieron en este proceso los peritos abogados por valor de $68.033.747.08 adolecía o no de error grave..., o si hubo concurrencia de culpas porque el actor en virtud de la operación cerebral no debería haber conducido vehículos, porque todo ello -se repite- era intrascendente para este proceso civil".

Mas adelante, aludiendo a la cuantía de $38.885.648.oo fijada para los perjuicios, dice que debe ser acogida en este proceso "puesto que si el demandante... intervino en el proceso penal constituyéndose en parte civil, y tuvo la oportunidad de debatir su monto en ese proceso, no puede pretender ahora ampliar ese monto de los perjuicios.

Termina, por lo tanto, anunciando que proferá la condena en los términos que aparecen consignados en la parte resolutiva de su fallo, atrás inserta.

La demanda de casación:

Contiene tres cargos, todos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C. La Sala los despachará en el mismo orden propuesto.

Cargo Primero:

1.- En este cargo la sentencia se acusa por ser indirectamente violatoria de los artículos 1612, 1613, 1614, 1615, 2341, 2342, 2343, 2345, 2347, 2349 y 2356 del C.C.; 2822 del C. de Co.; 332 y 334 del C. de P.C.; 109, 130, 135, 148, 227, inc. 5 en su parágrafo 1, y 263 del Decreto Extraordinario No. 1344 de 1970 o Código Nacional de Tránsito Terrestre, con las modificaciones de la Ley 33 de 1986 y el Decreto 1809 de 1990, como consecuencia de los errores de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas con las cuales dio por demostrados los elementos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada, concretamente el daño y la relación de causalidad.

Como violación medio se denuncia la de los artículos 174, 183, 185, 202, 229, 238, 244, 252, 253, 264,268, 304, 331 y 334 del C. de P. C.

2.- La demostración del cargo la inicia la parte recurrente recordando las órdenes de responsabilidad establecidos en la ley, las cargas que al respecto asume el actor, la clase de responsabilidad que compete a las personas jurídicas, los elementos que configuran la responsabilidad y la prueba de los mismos, para, al cabo de todo ello, anotar lo siguiente:

"Pero de que, aún aceptando que con las pruebas practicadas en este proceso civil seguido contra la sociedad Warner Lambert Limited, se hubiese demostrado plenamente que el conductor del vehículo Renault 4, era, para el 5 de junio de 1980, empleado o dependiente de dicha entidad...; y que dicho conductor... fue el culpable, por tratarse de una culpa presunta, del accidente ocurrido en el amanecer de ese día en las cercanías de esa ciudad, no por ello puede quedar relevado el aquí demandante de demostrar... el daño cuya reparación pretende en frente de Warner Lambert Limited, como la necesaria relación de casualidad entre ese perjuicio y la culpa del conductor Yoria Rubio".

Dice luego que si en la responsabilidad por actividades peligrosas hay lugar a presumir la culpa, no sería jurídico que haya también presunción de daños y presunción de relación de casualidad, en apoyo de lo cual cita jurisprudencia de esta Corporación, para argumentar más adelante que "...si al demandante de una indemnización por perjuicios le corresponde, por principio general, demostrar la existencia del daño y de la relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio... debe y tiene que hacerlo... con prueba idónea y eficaz...".

Después observa que el Tribunal "para dar por demostrados los elementos del daño y la relación de causalidad..., y deducir por ende responsabilidad civil a cargo de esa sociedad y en favor del demandante, en cuantía determinada y determinable, tomó apoyo en las copias del proceso penal seguido por Castillo Burgos contra el mentado Yoria y que se adujeron como pruebas a este proceso civil,... particularmente en la sentencia de 9 de diciembre de 1986 por la cual el Juzgado Tercero Penal Municipal de Villavicencio condenó penalmente a ese sindicado y le impuso, en abstracto, el deber de pagar los perjuicios causados con el delito de lesiones personales en accidente de tránsito; lo mismo que en el auto de 14 de mayo de 1988, por el cual ese mismo juzgado... aprobó la liquidación de tales perjuicios en la suma de $38.785.648.08".

Tras aludir a una apreciación del Tribunal, asevera que a juicio de éste, "la sentencia condenatoria emitida por la justicia penal contra el autor material del

hecho culposo y el auto que allí aprobó la liquidación de los perjuicios, por sí solos obran en contra del empleador de dicho condenado en el proceso que contra ese patrón se adelante posteriormente, para acreditar en ésta el daño y la relación de causalidad".

Advierte que es difícil precisar si el Tribunal apoyó su decisión tanto en la prueba trasladada del proceso penal y en las providencias mencionadas, o si solo lo hizo en éstas, pero que sea de ello lo que fuere" es lo cierto que, al así decidir incurrió en errores de derecho ostensibles, ora por haber dado validez a una prueba trasladada y no controvertida por la parte a la cual se opone aquí; o ya por haber estimado que la sentencia penal, por sí sola, es plena prueba de todos los hechos sobre los cuales se monta este proceso civil". Por esa causa, anuncia que separadamente demostrará los dos errores de derecho que le enrostra al Tribunal.

3.- Consecuentemente, pasa a ocuparse del error de derecho en la apreciación de las copias de la actuación en el proceso penal, para observar que el sentenciador "olvidó que, por tratarse de prueba trasladada necesitaba ratificación tanto los testimonios, como los documentos, la inspección judicial, el dictamen pericial y los demás medios que en ese proceso penal se practicaron por la justicia del crimen", por lo cual toda esa prueba resulta desprovista de los requisitos legales para su validez procesal, careciendo de valor probatorio frente a la demandada.

Se refiere al artículo 185 del C. de P.C. y al alcance que le es atribuible, así como a los artículos 202, 229, 230 y 238 ib., para anotar más adelante que si el Tribunal dio por demostrados el daño y la relación de causalidad con las copias del proceso penal, "en esa apreciación el sentenciador *ad quem* incurrió en error de derecho, pues olvidó que por tratarse de prueba trasladada de un proceso penal a uno civil, en los que los sujetos pasivos de estas acciones y proceso fueron personas diferentes, necesitaba ratificación, tanto los testimonios, como los documentos y los demás medios allá practicados por la justicia del crimen", lo que es así porque en ese proceso penal no fue parte la sociedad que en el presente es demandada, ni pudo contradecir las pruebas allá practicadas y que aquí se hacen valer en su contra.

4.- Después acomete la tarea de establecer el error de derecho en la apreciación de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 1986 y del auto del 14 de mayo de 1988, si -dice- estas piezas procesales fueron consideradas como

documentos públicos y como tales con alcance probativo suficiente para demostrar los hechos fundamentales de la pretensión indemnizatoria de perjuicios, para anotar que si tales providencias, "si bien aluden a perjuicios causados con ocasión del accidente de tránsito que generó la investigación penal contra Yoria Rubio y después el proceso civil contra la Warner Lambert Limited, no son sin embargo en este segundo proceso pruebas idóneas del daño y de la relación de causalidad".

Objeta que la sentencia "no acredita plenamente los hechos en ella admitidos por el juez que la ha proferido; de manera que si, por ejemplo, en un proceso penal se condena al pago de la indemnización por perjuicios apoyada tal condena por hechos que se dan por probados allá, esa sentencia que así lo decida no prueba, a su vez, la verdad de esos mismos hechos, en otro juicio posterior los cuales deben por tanto ser probados en este de nuevo".

Cita un concepto doctrinal y jurisprudencias de la Corte relacionadas con el punto. Expresa más adelante que "si bien es cierto que la sentencia judicial que ha alcanzado ejecutoria hace tránsito a cosa juzgada material, y se torna por ello en obligatoria e inmutable para los jueces de los procesos futuros, no es menos importante recordar que los efectos de la autoridad de la cosa juzgada, según el principio de la relatividad de las sentencias que consagra el art. 17 del C. Civil, no se producen sino dentro de las limitaciones de ese fenómeno, dentro de los cuales está la llamada identidad personal, o sea que esa obligatoriedad solamente vincula a los sujetos contendientes en el proceso en que el fallo se dictó, y generalmente a nadie más que a ellos".

Que, expone después, "es por ello que la cosa juzgada que corresponde a las providencias de la justicia penal, referentes a la condena impuesta a Carlos Manuel Yoria Rubio a indemnizarle a Castillo Burgos los perjuicios causados con el accidente de tránsito, y su liquidación, al contrario de lo que sostiene el Tribunal de Villavicencio, no se toman obligatorias e inalterables en este proceso civil seguido contra la sociedad Warner Lambert Limited, sencillamente porque no se da el límite subjetivo de la identidad de partes; aquella se dictó en el proceso penal, en el cual no figuró como parte la sociedad aquí demandada...". Que el segundo proceso sería solamente un "...vehículo para hacer viajar en él, pero sin finalidad práctica alguna, la sentencia condenatoria penal, para luego, sin ningún otro medio de demostración aducido en el nuevo proceso con demandado diferente, repetir la condena frente a un nuevo responsable que no ha tenido oportunidad de defenderse".

5.- Reproduce criterio doctrinal y destaca cómo el Tribunal había ya rechazado la excepción de cosa juzgada, sobre la base, cabalmente, de no ser las mismas personas las involucradas en el anterior y en el actual proceso.

Y, a manera de conclusión general, reitera que "los errores de valoración probatoria... demostrados, ora el primero o ya el segundo de los dos anotados, o ya los dos a la vez condujeron al Tribunal a creer erradamente que las copias del proceso penal referido, o las providencias judiciales de condena y liquidación de perjuicios en él dictadas, acreditan idóneamente tanto al daño como la relación de causalidad para estructurar la responsabilidad civil que deduce a cargo de la demandada...".

Se considera:

1.- Tal como se acaba de ver, en este cargo la parte recurrente dirige el ataque en contra de la sentencia, por la violación de la ley sustancial, a partir de la comisión de errores de derecho "en la apreciación de las copias de la actuación en el proceso penal adelantado" y en la "de las providencias del juez penal".

En lo tocante con el primer aspecto, con toda claridad se advierte en el fallo del *ad-quem*, que este, por fuera de encontrar que estaba demostrada la dependencia del causante material del daño respecto de la sociedad demandada, apoyó su determinación, de manera exclusiva, en la sentencia de condena proferida dentro del proceso penal y en el ulterior auto de liquidación de los perjuicios, sin que entrara a examinar, y menos a adoptar, el material probatorio sobre el cual, en la correspondiente oportunidad, se asentaron las respectivas medidas.

De ahí que sea completamente inocua o irrelevante esa primera fase del ataque, la cual, en consecuencia, se desestima por la Sala.

Pero si fuera dable hacerlo, es decir, si, en verdad, el *ad-quem* hubiera fincado la decisión impugnada en las pruebas trasladadas del proceso penal, la Sala, entonces, tendría que decir que la manera de abordar la cuestión por parte del censor no se ciñe a las exigencias técnicas del recurso, pues de acuerdo con estas y conforme consta en el inciso 2 del ordinal 1 del artículo 368, es indispensable singularizar los medios probatorios que se tienen como inadecuadamente apreciados. Acerca de este punto, de manera invariable, la

jurisprudencia de la Corte tiene dicho que "*en casación no es admisible la acusación a través de planteamiento global del problema probatorio..., sino que es preciso que, cuando se haga un cargo por error de hecho evidente en la estimación probatoria, no sólo se singularice el elemento de prueba respecto del cual se pretende haberse producido el yerro, sino que se demuestre éste, haciendo la confrontación entre lo que dice el sentenciador sobre la prueba y lo que éste reza...*" (CIII, CIV, 269).

La observación precedente obedece a que, como es palmar, en el ataque no se individualizan las pruebas que se tienen como indebidamente apreciadas. De hecho, sólo se habla de "los testimonios", "los documentos", "la inspección judicial", "el dictamen pericial", y "los demás medios que en ese proceso penal se practicaron".

De modo que por el aspecto anterior, el cargo no se abre paso.

2.- Otro tanto debe decirse de la segunda parte del cargo.

Ciertamente, no obstante haberse indicado en el enunciado del mismo, como violación medio, la de los artículos 174, 183, 185, 202, 229, 238, 244, 252, 253, 264, 268, 304, 331 y 334 del C. de P.C., la verdad es que al abordar la tarea demostrativa del yerro, el impugnante se abstiene de darle cumplimiento a la parte final del inciso 2 del numeral 3 del artículo 374 del C. de P.C., de acuerdo con el cual, según la reforma que le introdujo el Decreto 2282 de 1989, *cuando se alegue que la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, no sólo deben indicarse las normas de carácter probatorio que se tengan como infringidas, sino que también se debe explicar en qué consiste la infracción.*

O sea, pues, que cuando se propone un cargo en casación con base en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., y en el mismo se le enrostra a la sentencia la comisión de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, no basta con la cita de las normas de índole probatoria que se estimen violadas, sino que es necesario aclarar o describir la forma como se ha dado esa violación, para lo cual, subsecuentemente, es indispensable llevar a cabo una comparación entre la regla legal, la prueba y lo que de esta dice la sentencia.

2.1. La parte recurrente, acá, ha objetado que las providencias judiciales, traídas en copia del proceso penal, "si bien aluden a perjuicios causados con

ocasión del accidente de tránsito que generó la investigación penal contra Yoria.... no son sin embargo en este segundo proceso pruebas idóneas del daño y de la relación de causalidad", argumento este que desenvuelve desde una doble perspectiva, como que, por un lado, afirma que la sentencia de índole penal que condena al pago de la indemnización de perjuicios, por causa de hechos allí probados, "no prueba, a su vez, la verdad de esos mismos hechos, en otro juicio posterior los cuales deben ser por tanto probados en este de nuevo"; y por el otro, manifiesta que esas providencias "no se tornan obligatorias e inalterables en este proceso civil seguido contra la sociedad Warner Lambert Limited, sencillamente porque no se da el límite subjetivo de la identidad de partes: aquella se dictó en el proceso penal, en el cual no figuró como parte la sociedad aquí demandada...".

Mas como es claro, cuando expone esas ideas no las conecta o relaciona con ninguna de las normas probatorias que tiene como transgredidas, o mejor, no establece que esos puntos de vista sean la expresión o la representación del desconocimiento de unos concretos preceptos reguladores de la petición, decreto, práctica o apreciación de las pruebas.

Esa omisión, como se ha dicho, es, por lo tanto, bastante para desestimar el cargo por este otro aspecto. Pero, por lo demás, estima la Sala que cualquier esfuerzo que hubiese desplegado la parte recurrente en el sentido que ahora se echa de menos habría sido estéril, porque la verdad es que el Juzgador no vio las cosas de una manera legalmente inadecuada, ni el recurrente está diciendo algo por cuya virtud aquel hubiera tenido que darle a las decisiones del Juez penal un alcance diferente al que de hecho les dio. Más bien, la cuestión habría asumido una perspectiva por completo distinta si el impugnador en lugar de imputarle al Tribunal supuestos yerros de apreciación probatoria, la aborda por la vía directa, pues la verdad es que la transgresión de la ley -si es que se dio- no provendría de una desacertada comprensión fáctual del caso, sino del alcance de las normas sustanciales llamadas a gobernarlo, en particular de aquellas que le dicen al juzgador civil hasta dónde queda sujeto a las determinaciones de la justicia penal, y, de modo más concreto, de las relativas al eventual acogimiento forzoso del *quantum* de los perjuicios.

2.2. Mas si la Sala, con amplitud de criterio, pudiera superar el escollo anterior, encontraría que hubo una sentencia condenatoria de carácter penal, en la cual, además, se dispuso, en abstracto, el resarcimiento de perjuicios en contra del responsable; que por medio de ulterior providencia esos perjuicios se

concretaron en una suma determinada; que el ataque a la sentencia del Tribunal proviene de "haber estimado que la sentencia penal, por sí, es plena prueba de todos los hechos sobre los cuales se monta este proceso civil"; y que, en consecuencia, ninguna censura se ha planteado a raíz de que el *ad-quem* hubiera tenido también como indiscutible la cantidad de $38.885.648.08, en que el juzgador penal liquidó los perjuicios; es decir, que no habría lugar a tratar el punto de manera separada de lo que se exponga en relación con la sentencia propiamente dicha pues el recurrente no lo ha querido así, tanto menos cuanto que, como se acaba de señalar, no acudió a la vía directa.

Por fuera de esas puntualizaciones, tampoco cabría desconocer que la jurisprudencia de la Corte ha enseñado que la copia de la decisión jurisdiccional prueba su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha, pero que no demuestra las motivaciones que le sirvieron de soporte, lo cual conduciría a observar que en esta litis se consideraron por el ad-quem una sentencia del Juzgado 3 Penal Municipal de Villavicencio que data del 9 de diciembre de 1986, y un auto emanado del mismo despacho con fecha del 14 de mayo de 1988.

Sin embargo, y aun cuando se observara que las cosas son como se acaba de señalar, tampoco sería posible olvidar que no obstante que en el momento en que el Tribunal profirió la sentencia no existía una norma similar a la del artículo 28 del derogado Código de procedimiento penal de 1971 (Decreto 409), y dejando también de lado lo relativo a las normas hoy vigentes, a la justicia civil no le es permisible cerrar los ojos ante la obvia realidad de que la aludida sentencia es de carácter sancionatorio y que conforme ella reza en su numeral primero, Carlos Yoria fue condenado "a la pena principal de nueve (9) meses y treinta y tres (33) días de prisión y multa de un mil ciento treinta y tres pesos y suspensión en el arte de conducir por seis meses, como autor responsable del delito de lesiones personales, de que hizo víctima a Marco Antonio Sánchez Burgos, según hechos registrados el día cinco (5) de junio de 1980, en esta ciudad, en las circunstancias de modo y lugar que dan cuenta los autos y que se han puesto de manifiesto en esta sentencia".

Que, por consiguiente, esa sentencia pone de manifiesto no sólo que Yoria Rubio fue castigado con una pena, sino también que lo fue por haberle causado unas lesiones personales a Marco Antonio Sánchez B., actor de este proceso, motivo por el cual, sostener lo contrario, o sea, afirmar que la sentencia sirve para establecer la condena mas no la causa de la misma, es tanto como introducir

una distinción carente de lógica, pues es palmar que la sanción no puede ser aislada de los hechos que le dieron lugar, desde luego que una separación tal conduciría al desconocimiento del hecho que, tipificado como punible, llevó la imposición de la pena, cualquiera que ésta sea, y de contragolpe, a que se olvide la fuerza de cosa juzgada con que está investida la decisión del juez penal.

Por esa razón, pues, la Sala tendría que ver que los hechos generadores de la responsabilidad del inculpado sí se encuentran definidos y que, tal como el Tribunal lo señaló, en este proceso no se podía volver sobre ellos, lo que llevaría a decir que este no cometió el yerro de derecho que, respecto de las providencias judiciales atrás mencionadas, en el cargo se le atribuye, sin que la circunstancia consistente en que la persona en la actualidad demandada no sea la misma que la hallada como penalmente responsable se erija en factor obstativo de la conclusión porque si la última era su dependiente y si, además, la suya es una responsabilidad directa -puntos no discutidos por el censor- lo natural es que, en el preciso ámbito de la responsabilidad civil, el contenido de la sentencia del juez penal, pruebe en contra suya, máxime cuando acá la parte demandada no ha desvirtuado los hechos en que se funda la imputación de responsabilidad.

En suma, aún considerada la impugnación en su fondo por el aspecto que se acaba de comentar, tampoco prosperaría.

Quedaría por verse lo referente al acogimiento de la cuantía del perjuicio, que había sido señalada por el juez penal, pero en este punto la sentencia no fue materia de un ataque específico.

El cargo no prospera.

Cargo Segundo:

1.- Se denuncia aquí la violación por la sentencia de los artículos 2, 822, 883, y 884 del C. de Co.; 1608, en sus tres ordinales, 1613, 1614, 1615 y 1617 del C. C.; 191, 331 y 334 del C. de P.C., como consecuencia del error de hecho manifiesto cometido por el Tribunal al suponer, pues no hay prueba que así lo indique, que la demandada, como empleadora material del autor del hecho culposo, incurrió en mora de pagar al demandante el monto de la indemnización deducida desde la ocurrencia del accidente de tránsito, en primer lugar, y luego a partir de la fecha en que en el proceso penal se hizo la liquidación del perjuicio a que fuera condenado Carlos Manuel Yoria y haberle impuesto a dicha

sociedad, como consecuencia, el deber de pagar intereses moratorios y además la corrección monetaria de las sumas liquidadas como monto de la indemnización.

2.- Al emprender la tarea demostrativa del error de hecho denunciado, recuerda la parte recurrente lo decidido por el Tribunal y la motivación expuesta, para señalar que a la demanda se le condenó al pago de los perjuicios materiales y morales deducidos en el proceso penal en contra de un empleado suyo, más la corrección monetaria desde la fecha del accidente de tránsito, ya incluida en la liquidación penal hasta el 14 de mayo de 1988 y los intereses del 36% causados hasta entonces; y luego, además de eso, la corrección monetaria desde el 15 de mayo hasta el momento en que se verifique el pago, e intereses al 6% desde la misma fecha.

3.- Anota que en el derecho colombiano se llama indemnización de perjuicios compensatorios la que repara la inejecución de la obligación, e indemnización de perjuicios moratorios la que indemniza el retardo injusto o ilegal de la obligación, en apoyo de lo cual cita los artículos 1615 y 1617 del C.C., así como los artículos 883 y 884 del C. de Co., para entonces sostener que "solamente a partir del momento desde el cual se constituye en mora al deudor, (es) que éste puede ser obligado a pagar a su acreedor la indemnización moratoria, ora en la faceta de intereses moratorios o ya en la desvalorización de la moneda, los unos concurrentemente con la otra cuando así se ha establecido concretamente en el contrato...".

Se refiere a los artículos 1608 y 1616-2 del C.C. y 90 del C. de P.C., lo mismo que a los artículos 331 y 334 de esta última obra, para luego recordar el petitum de la demanda incoativa de este proceso.

Expresa que "resulta de evidencia palmar que se demanda una obligación incierta, discutible y discutida y por eso se acude al proceso de cognición o declarativo...; (que) tal obligación solamente llegará a tener existencia en derecho y a ser exigible frente a la sociedad aquí demandada... cuando la jurisdicción mediante sentencia en firme, acoja la pretensión del demandante; y en ese supuesto, esa obligación sólo podrá exigirse de la Warner Lambert Limited cuanto tal pronunciamiento estimatorio de la pretensión del demandante... quede ejecutoriado; no antes". Por eso, añade, "...antes de la firmeza de la sentencia de ese contenido positivo, resulta absolutamente inconcebible hablar de que Warner Lambert Limited incurrió en mora en el cumplimiento de

una obligación, impuesta por la justicia penal a cargo de Carlos Yoria Rubio, desde junio de 1980, cuando el proceso civil de conocimiento en contra de ella se instauró muchísimo tiempo después, cerca de 8 años más tarde; y todo ello sencillamente porque de mora de dicha sociedad en el cumplimiento de ese supuesto deber pecuniario apenas podrá hablarse precisamente en el futuro".

4.- Argumenta que "al deducir en el presente caso el Tribunal... mora a cargo de la sociedad demandada, e imponerle una indemnización moratoria en su doble aspecto de corrección monetaria e intereses a la tasa del 36% anual, desde la 'fecha del insuceso' hasta el 14 de mayo de 1988, y de esta fecha hasta el día del pago 'la corrección monetaria' y además intereses aunque a rata más baja, incurrió en errores manifiestos de hecho pues no vio que, para este caso, ni legal ni convencionalmente existía plazo para que la Warner Lambert Limited satisfaciera (sic) una obligación que aún no se había reconocido judicialmente a cargo suyo; menos advirtió que por existir incertidumbre acerca de la obligación de pagar una indemnización impuesta a Carlos Yoria, así fuera este su dependiente, se adelantó muy posteriormente este proceso civil ordinario de conocimiento contra dicha entidad, que por ser esencialmente declarativo excluye la mora debitoris mientras no haya sentencia positiva firme; ni se percató el Tribunal, que no hubo reconvención judicial para constituir a esa sociedad en mora; ni que la notificación del auto admisorio de esta demanda ordinaria se surtió con ella después de 1988...": ni tuvo en cuenta que la condena del juicio penal, lo fue solamente a cargo del sindicado Carlos Yoria, según decisiones que no hacen tránsito a cosa juzgada respecto de la aquí demandada.

5.- Para corroborar su punto de vista trae a cuento lo expuesto por la Corte en su sentencia del 29 de septiembre de 1984, y agrega que con esos errores "se quebrantó el derecho de la entidad Warner Lambert Limited...", de donde resultaron quebrantados los preceptos cuya infracción se ha denunciado.

Se considera:

1.- En sentencia del 27 de septiembre de 1990 (sin publ.), la Corte, ocupándose de lo que en casación constituye el error de hecho en la apreciación de las pruebas y reproduciendo lo expuesto en torno al punto en oportunidades anteriores, dijo lo que a continuación se reproduce:

"*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 milita en los autos (error por preterición) o apreciándola tal como se presenta cercena su alcance significativo...

"...Precisando los alcances del *error de facto*, dijo la Corte en sentencia de 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*'..." (Se dest.).

De esas hipótesis, y para lo que al despacho el presente cargo incumbe, se ha de retener la destacada, o sea la consistente en la suposición total o completa de la prueba, pues ella es la que la parte recurrente le atribuye al Tribunal en relación con la mora.

2.- Con todo, si se mira la sentencia con cierto detenimiento, se encuentra que en ninguna parte menciona que la sociedad demandada se encuentre en mora, o que ésta se halle probada.

Para el Tribunal, como ya se ha visto, los hechos sobre los cuales edificó su determinación fueron, simplemente, estos:

a) Que la justicia penal encontró responsable a Carlos Yoria de los perjuicios sufridos por Castillo Burgos.

b) Que esos perjuicios fueron liquidados dentro del proceso penal, fijándolos en la suma de $38.885.648.08.

c) Que en este proceso se demostró que Yoria era dependiente de Warner Lambert Limited.

Teniendo presente esos hechos, y con apoyo en que aquí no es posible discutir sobre los dos primeros y en que como la demandada es una persona jurídica que no puede ser vinculada a un proceso penal, por lo cual su responsabilidad sólo podía decretarse en un proceso civil, entró a proferir la respectiva condena, condena donde no hizo más que acoger la resolución del juez penal, según la cuantificación ya señalada.

Los intereses del 6% anual dijo que empezaban a deberse seis días después de la ejecutoria de la sentencia. Y la corrección monetaria sobre los $38.885.648,08, a partir del 15 de mayo de 1988, entendió que no era otra cosa que la proyección de lo decidido por el juez penal.

En esas determinaciones, como es perceptible, el Tribunal ninguna incidencia le dio a la mora del deudor.

3.- De lo cual se infiere que *si la parte recurrente creía que no podía ser condenada sin que previamente se le hubiese constituido en mora, ha debido, entonces, encauzar su ataque por la vía directa, porque si algún error cometió el Tribunal en relación con el punto, no fue de tipo fáctico sino jurídico*, pues vistas las cosas desde la perspectiva de la impugnante, no habría tenido en cuenta que para poder imponerle a Warner Lambert Limited el resarcimiento de los perjuicios en favor del demandante era indispensable que esa sociedad estuviese constituida en mora, lo que el sentenciador habría olvidado.

El Tribunal, entonces, no cometió el yerro de apreciación probatoria que se le atribuye, y el cargo resulta desviado, motivos por los cuales no se abre paso.

Cargo Tercero:

1.- Por la vía directa se le enrostra a la sentencia la violación de los artículos 1626 y 1649, inc. 2, del C.C.; de los artículos 5 y 8 de la ley 153 de 1887; 1617 del C.C.; y 883 y 884 del C. de Co.

2.- Dice el censor que el cargo hállase orientado a impugnar la sentencia en cuanto condenó a la demanda al pago, además del monto de los perjuicios materiales y morales, del reajuste correspondiente a la corrección monetaria y los intereses moratorios de esa suma, desde el 5 de junio de 1980, fecha del accidente de tránsito.

3.- Tras esa advertencia, a efectos de perfilar el error juris judicando denunciado en este cargo, recuerda lo que dijeron tanto el Juzgado Penal como el Tribunal, con miras a reafirmar lo acabado de señalar, o sea, que hubo una condena tanto al pago de corrección monetaria como de intereses, aun cuando estos se discriminaron en dos tasas diferentes, a saber, 36% anual para los causados hasta el 14 de mayo de 1988, fecha de la liquidación cumplida ante el Juzgado Penal, y 6% de allí en adelante.

4.- Cita el inciso 2 del artículo 1649 del C.C., los artículos 1617 y 1626 ib. y los artículos 883 y 884 del C. de Co., y lo que la jurisprudencia de la Corte ha expuesto en relación con la corrección monetaria.

Observa que cuando el perjuicio tiene su causa "...en circunstancias atribuidas o previstas en la ley y cuando sus consecuencias o efectos jurídicos se producen contra la voluntad de su agente, que por esas especiales razones jamás ha obtenido beneficio alguno del monto de la obligación por él debida..., no puede en rigor jurídico aceptarse, sin herir gravemente a la justicia y el derecho, que en la liquidación consecuencial a la condena se tomen en cuenta simultáneamente, como factores para determinar el monto total de un perjuicio, tanto la desvalorización monetaria como los intereses moratorios, tal cual aquí ha ocurrido".

5.- Reproduce jurisprudencia de la Corte, destacando de modo particular lo expuesto en el fallo del 24 de enero de 1990, en el sentido de que no son acumulables intereses de mora y corrección monetaria, para luego insistir en que en el presente caso el Tribunal, al condenar a la sociedad demandada al pago, por fuera del perjuicio, de los intereses a la tasa del 36% y de la corrección monetaria, malinterpretó los artículos 1626 y 1649 del C.C., lo que, de contera, lo condujo a la indebida aplicación de los demás preceptos tenidos como infringidos en el cargo.

Se considera:

1.- La Sala encuentra que, en efecto, el Tribunal dijo que cuando el Juzgado 3 Penal Municipal de Villavicencio aprobó en su auto del 14 de mayo de 1988 la liquidación de los perjuicios a cuyo pago había condenado a Carlos Yoria en favor de Castillo Burgos, incluyó la corrección monetaria e intereses a la tasa del 36% anual, hallando un total de $38.885.648.08.

Asimismo encuentra que fue al pago de esta suma al que condenó a la sociedad demandada en este proceso. Y también, que dispuso que sobre la misma debían pagarse intereses a la tasa del 6% anual a partir de los 6 días siguientes a la ejecutoria del fallo.

2.- Siendo así, estima que es necesario distinguir dos situaciones: una, la considerada en el auto del Juzgado y reproducida por el Tribunal, y otra, la definida en la sentencia del Tribunal.

2.1.- En lo atañadero a la primera, es de verse cómo el *ad-quem* acogió la determinación del funcionario penal sin plantearse ningún problema al respecto. Es más, como ya se ha observado en el despacho de los cargos anteriores, juzgó que "la cuantía de los perjuicios allí liquidados no puede ser objeto de discusión en este proceso civil", lo que, en sana lógica, representa que para él esa conformidad con la determinación del juez penal era concluyente, según la inteligencia que tuvo de la cuestión.

Al conceptuar el Tribunal que lo decidido por el juez penal se colocaba para el juez civil en un plano de indisputabilidad, la parte recurrente no podía adjudicarle la infracción de las normas sustanciales que cita en el cargo sin que primero allanara el escollo dimanente de esa manera de ver las cosas. Para expresarlo en otros términos, cuando el *ad-quem*, dentro de la condena que profirió en contra de la sociedad demandada, involucró intereses a la tasa del 36% y corrección monetaria, no lo hizo propiamente por haberle atribuido un cierto sentido a las normas reguladoras del punto, sentido que le permitía proceder de esa manera, sino porque estimó que el marco dentro del cual el punto era ubicarle ya había sido trazado por la decisión del juez penal, y que el no podía hacer cosa distinta a la de acatar u obedecer lo ya resuelto, lo que pone de presente cómo el soporte legal de su medida, en este aspecto, no es, por lo menos, sólo el señalado por la impugnación, sino que también se halla en otra parte de la normatividad. Por tal causa, la censura tenía que haber comenzado por impugnar el criterio del *ad-quem*, mostrando cómo la intangilidad de la decisión del juez penal no llega hasta el punto de no poderse revisar el *quantum* del perjuicio, así como los factores configurantes del mismo.

2.2.- En lo que tiene que ver con la situación directamente definida por el Tribunal, se observa que éste, a la suma concreta de $38.885.648.08 que trasladó del proceso penal seguido en contra de Yoria para declarar acá que a su pago estaba obligada la sociedad demandada, le adicionó la corrección monetaria a partir del 15 de mayo de 1988, mas sin que, para este mismo periodo, parejamente incluyera intereses en una u otra cuantía; esto porque la imposición de intereses al 6%, conforme lo definió, es para el evento en que no se pague la suma materia de la condena dentro del término que señala, lo que le da al problema un cariz diferente del que en el cargo se expone, el cual, como se sabe, estriba en decir que no es posible mezclar dentro de la indemnización de perjuicios, corrección monetaria e intereses de mora, sobre el supuesto fáctico de que, tal como reza el cargo (v. fl. 37, cdno. de la Corte), los interés del 36% anual lo son para "los causados hasta la fecha de la liquidación, ó sea

el 14 de mayo de 1988, y luego de 1988. Esta apreciación no es cierta porque no es eso lo que dice la sentencia del Tribunal, tal como se acaba de señalar.

En cuanto a la situación futura, o sea, la que llegue a presentarse en el supuesto de que la demandada no cumpla oportunamente con la obligación que se le impone, la Sala no se ocupa de ella por no haber sido la que se describe en el cargo, el cual no se abre paso por razón de lo que se deja expresado.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), dentro del proceso ordinario instaurado por el señor MARCO ANTONIO CASTILLO BURGOS en frente de la sociedad "WARNER LAMBERT LIMITED".

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

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

TECNICA DE CASACION / MEDIO NUEVO / DERECHO DE DEFENSA

Se ataca la sentencia con base en aspectos fácticos no aducidos en las instancias, lo que constituye medios nuevos que, como tales, son esgrimibles en el recurso de casación. Se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa.

ERROR DE DERECHO

Frente al error de derecho alegado la ley requiere que se delinee la transgresión de la regla de carácter probatorio, determinadora, a su vez, de la violación de la ley sustancial.

POSESION / ERROR POSESORIO / PRESUNCION LEGAL / BUENA FE POSESORIA

El error puede referirse a un hecho determinante de la posesión, en cuyo caso su existencia no se opone a la presunción legal de buena fe, o puede en cambio, referirse al derecho, esto es, a los preceptos legales que rodean las condiciones de validez del acto del cual procede la posesión, en cuyo caso opera la presunción jure de mala fe. Cuando se incurre en error de hecho y de derecho en materia posesoria. / La buena fe en posesión sin título persiste mientras no se establezca con la debida plenitud probatoria que el poseedor en el juicio actuó con toda malicia y con pleno conocimiento de que podían existir hechos que produjeran la nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Referencia: *Expediente No. 3881* *Sentencia No. 23*

Provee la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro de este proceso ordinario seguido por MARLENE GUERRERO DE MENDOZA en frente de AVELINO OLAYA.

Antecedentes:

1. En escrito introductorio que por reparto le fue asignado al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, la actora convocó a proceso ordinario de mayor cuantía al demandado antes citado para que con su intervención se hiciesen las siguientes declaratorias:

"PRIMERA: Pertenece en dominio pleno y absoluto a la señora Marlene Guerrero de Mendoza de condiciones civiles ya conocidas el siguiente lote de terreno: el #20 de la manzana #3 de la urbanización Las Granjas en la ciudad de Cali, ubicado en la calle 15A entre carreras 47 y 48", alindado en la forma que allí se consigna (f. 8 C. #1).

"SEGUNDA: Como consecuencia de esta declaración del dominio en favor de mi poderdante, condénase al demandado Avelino Olaya, mayor de edad y residente en la casa construida sobre el lote #20 de la manzana #3 de la urbanización Las Granjas en la ciudad de Cali, a restituir, seis (6) días después de ejecutoriada esta sentencia, en favor de la señora Marlene Guerrero de Merdoza..., el lote de terreno #20 de la manzana #3 de la urbanización Las Granjas en Cali...".

"TERCERA: El demandado Avelino Olaya pagará a la demandante señora Marlene Guerrero de Mendoza, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este proceso, el valor de los frutos civiles o naturales del inmueble objeto de este litigio, y no solo los percibidos, sino los que la dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, a justa tasación de

los peritos respectivos, desde el día 1 de marzo de 1987 en que inició su posesión de mala fe; hasta que se produzca la entrega del lote reivindicado.

"CUARTA: Por ser el demandado Avelino Olaya poseedor de mala fe, la demandante no está obligada a indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el art. 965 del C.C.".

2.- Compendiados los hechos en que la actora apoyó sus pretensiones son estos:

Que la entidad Asociación Profamilia "Las Granjas", con personería jurídica #4691 de diciembre 27 de 1976, le transfirió, por conducto de su representante legal, el inmueble antes relacionado, mediante contrato de compraventa perfeccionado en la escritura pública #3449 de octubre 28 de 1987, otorgada en la Notaría 11 del Círculo de Cali, registrada el 15 de enero de 1988 en la matrícula #370-0213288, el cual, por su parte, no ha enajenado, ni prometido en venta.

Que desde la adjudicación del mencionado lote ejerció sobre él la posesión plena, siendo privada actualmente de la misma "por cuanto que (sic) esa posesión material la tiene el señor Avelino Olaya de manera injusta, inconsulta e ilegal, posesión que adquirió dolosamente y por lo tanto es poseedor de mala fe".

3.- El demandado dio respuesta oportuna a la demanda, oponiéndose a las súplicas planteadas en ella, las que fueron acogidas luego por el Juzgado del conocimiento mediante fallo que aquel recurrió en apelación.

La determinación del Juzgado fue confirmada por el Tribunal en la sentencia que hoy es materia del presente recurso de casación.

Fundamentos del fallo de segunda instancia:

Tras breve referencia a la oportuna presencia de los presupuestos procesales y a la ausencia de nulidad, el *ad-quem* transcribe la norma que define la acción reivindicatoria, para examinar luego, uno a uno, los elementos que la conforman, con citas jurisprudenciales pertinentes.

A continuación, confronta el material probatorio allegado al proceso, con cada uno de los presupuestos enunciados, para encontrar que el derecho de

propiedad en cabeza de la demandante, sobre el predio litigado, se demostró, según su dicho, con la copia de la escritura pública número 3449 de 28 de octubre de 1987 y el correspondiente certificado de tradición.

Encontró igualmente probados los restantes presupuestos, entre los cuales especificó, con relación a la posesión material del demandado, que se demostró con la confesión rendida por aquel en la contestación de la demanda y con las varias declaraciones con tal fin recibidas en la etapa probatoria.

Seguidamente el sentenciador se detiene en lo que fuera la defensa del demandado, de la cual dice que "alegó que su posesión es anterior al título aducido por el demandante", para, luego de una somera referencia jurisprudencial sobre el punto, destacar que "obran en autos las copias auténticas de las escrituras públicas Nros. 5.700 y 5.701 del 6 de agosto de 1985 otorgadas en la Notaría 2 de esta ciudad, mediante las cuales se establece que la titulación de la demandante data del año de 1985", y así concluir sobre la presencia probatoria de un derecho de dominio anterior a la época en que la posesión del demandado se inició.

Finalmente, y en cuanto a la decisión por la cual el *a-quo* apreció al demandado como poseedor de mala fe, el sentenciador arguye que tiene sustento legal, por lo cual termina confirmando en su integridad el fallo impugnado, mediante sentencia que ahora es objeto del presente recurso.

El recurso de casación:

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, sustentados ambos en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., que se despachan en el orden en que se propusieron.

Cargo primero:

En él se acusa la sentencia por ser *violatoria* de la ley sustancial, como consecuencia de errores de derecho cometidos en la estimación probatoria, denunciándose como quebrantadas las siguientes disposiciones:

Los artículos 669, 744, 745, 762, 768, 769, 946, 947, 950, 952, 964, 970, 1835 y 2170 del Código Civil; los artículos 25, 28, 85 y 99 del Decreto Ley 960 de 1970; y, los artículos 177, 179, 180, 183, 184, 228, 254, 256 y 266 del C. de P.C.

En la presentación del cargo, el recurrente asevera que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación probatoria, en razón de adoptar las siguientes determinaciones:

1.- Por haber considerado como prueba idónea para acreditar la calidad de dueña de la demandante del precio materia de la acción de dominio, la escritura pública No. 3.449 de 28 de octubre de 1987, cuando ese documento en realidad "carece de valor probatorio porque no cumplió con las exigencias de los artículos 25, 28, 85 y 99 del Decreto Ley 960 de 1970", y, además, fue agregado "oficiosamente" (sic), violándose con ello el artículo 266 del C. de P.C.

2.- Por darle valor probatorio al "autocontrato" contenido en la escritura No. 5.700 de agosto 6 de 1985, mediante el cual vio el Tribunal demostrada la cadena de títulos "que acreditaban el derecho derivativo de la demandante, anterior a la posesión material del demandado".

En la fundamentación del cargo se alude a que una fotocopia "sin autenticar y sin la firma del notario" de la escritura pública Nro. 3.449 de 28 de octubre de 1987, otorgada en la Notaría Once del Círculo de Cali, por la cual la Asociación Profamilia "Las Granjas" dijo vender a la demandante el bien objeto del litigio, fue acompañada como anexo a la demanda, inicialmente inadmitida por tal razón, corregida luego con la incorporación de nueva fotocopia "con el mismo error".

Agrega el impugnante que el Juzgado del conocimiento, en su afán de suplir las deficiencias probatorias en que incurriera la demandante, agregó una copia de la citada escritura pública, sin que en el expediente obre el oficio que ordenara tal incorporación.

Manifiesta el censor, en lo que viene a constituir el eje central del yerro denunciado, que con la copia de la escritura pública 3.449 de 18 de octubre de 1987, no se allegó el documento "que acredite la existencia de la entidad vendedora ni quien tiene su representación legal", sin que ese hecho pueda suplirse con lo expresado en el texto de la misma, donde se enuncia la incorporación de los citados documentos, siendo entonces, formalmente nula la escritura pública enunciada, "lo que indica que no es un documento idóneo para integrar un contrato de compraventa de bienes inmuebles y mucho menos para probar el derecho de dominio del bien frente a terceros".

Arguye, por ende, que para que la tradición sea válida se requiere que el título también lo sea, y que como en este caso la escritura pública es "nula formalmente", ella no tiene la virtualidad de demostrar el dominio, por lo cual "la acción reivindicatoria no puede prosperar por falta de un elemento estructural, esencial para su existencia: la prueba de calidad de dueño del demandante".

En cuanto al yerro en la apreciación probatoria de la escritura pública Nro. 5.700 de 6 de agosto de 1985, mediante la cual se dio como acreditada la cadena de títulos que probó el dominio como hecho anterior a la posesión del demandado, y el cual tilda el censor de "autocontrato", por obrar su otorgante en nombre propio y en representación de la persona jurídica que adquirió, para comprar además cosas propias sin estipulación de precio alguno, dice que tal acto unilateral es absolutamente nulo, por lo cual "en virtud del mismo no se puede operar una tradición válida de acuerdo con los artículos sobre la materia".

Para redondear el cargo, el casacionista alude a la continua actividad de oficio que desplegó el Juzgado del conocimiento, en pos de obtener el material probatorio con el cual se demostraría, finalmente, un derecho de dominio anterior a la posesión, habiéndose incorporado así al proceso pruebas decretadas de oficio cuando ya los periodos extraordinarios ordenados con tal fin se encontraban vencidos.

Pide, en conclusión, que la sentencia sea casada en su integridad y en su lugar se profiera sentencia sustitutiva que absuelva de los cargos al demandado.

Se considerá:

1.- Los errores de derecho que se denuncian en la apreciación de las escrituras públicas mencionadas en el cargo, adolecen, por igual, del mismo defecto que impide su estudio de fondo, toda vez que se ataca la sentencia con base en aspectos fácticos no aducidos en las instancias, lo que, por ende, constituye medios nuevos que, como tales, no son esgrimibles en el recurso de casación.

En efecto, con relación a la escritura pública número 3449 de 28 de octubre de 1987, de la cual se deprecа su nulidad por carecer de los anexos que acrediten, en legal forma, la existencia y representación de la asociación que actuó como

vendedora, se tiene que tal prueba fue allegada con antelación al fallo de primer grado y considerada, precisamente, por el *a-quo* para sustentar el fallo estimatorio del que apeló en su momento el demandado, sin que hubiese planteado la circunstancia que ahora alega, en la citada oportunidad.

Adujo a la sazón el apelante, ahora casacionista, que el fallo debía revocarse por haberse edificado sobre documentos escriturarios ajenos a las pretensiones de la actora, con los cuales se conformó la cadena de títulos que demostrarían, finalmente, un derecho de dominio anterior a su posesión, más nada dijo, en cambio, con relación a los varios defectos de forma respecto de los cuales edifica el yerro de apreciación probatoria en casación.

No hizo mención alguna en las instancias de la presunta nulidad del título escriturario presentado por la actora, ni de la extemporaneidad de la prueba allegada de oficio por el *a-quo*, ni tampoco de la presunta existencia de un "autocontrato" que, por tal motivo, era nulo.

Con ese proceder, el recurrente, como se ha dicho, aparece planteando un medio nuevo, el cual la Corte ha tenido oportunidad de definir en los siguientes términos: *"se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio"* (LXXXIII, pág. 76).

Agregó en aquella ocasión la Corte, que la sentencia del Tribunal no puede enjuiciarse "sino con los materiales que sirvieron para estructurarlo; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas".

2.- Más si fuese posible dejar de lado el aspecto relacionado con el medio nuevo y se pudiese analizar el fondo de la argumentación presentada por el censor desde la primera perspectiva que ofrece el cargo, la Sala enfrentaría un

nuevo escollo para la prosperidad del mismo, por cuanto en su desarrollo, el recurrente omitió señalar las explicaciones correspondientes a la violación medio de las normas de disciplina probatoria.

En efecto, por fuera de confundir la prueba documental que adujo como indebidamente apreciada, con los preceptos que consagra el decreto 960 de 1970, el casacionista dejó de lado los textos normativos que dentro de la ley procesal son los encargados de regular la producción, pertinencia y eficacia de dicho medio probatorio, para, por medio de ellos, concretar las deficiencias de orden sustantivo deprecadas.

No le bastaba por ende, al recurrente, enunciar varios de los preceptos de índole probatorio, y, de paso, dejar de motivar la censura a la luz de esas disposiciones, para edificar en cambio su ataque sobre la base de una supuesta nulidad emanada de normas que nada tienen que ver con la actividad probatoria dentro del proceso, toda vez que frente al error de derecho alegado la ley requiere que se delinee la transgresión de la regla de carácter probatorio, determinadora, a su vez, de la violación de la ley sustancial.

Por otra parte, los presuntos efectos nugatorios de la escritura pública 3449 no pueden medirse al amparo exclusivo de las copias que de ella se aportaron al proceso, porque esas reproducciones son insuficientes para demostrar la supuesta falta de requisitos necesarios para el otorgamiento de la escritura, tarea en la cual, entonces, el casacionista tenía que haberse orientado hacia el protocolo notarial; y extraer de allí las conclusiones pertinentes que, de todas formas, serían ajenas a las exigencias probatorias que el Tribunal requería para efectos de demostrar la alegada propiedad por parte del reivindicador.

Por último, los planteamientos que se esgrimen frente a la escritura 5.700, que junto con la número 5.701 llevaron al *ad-quem* a probar una titulación sobre el inmueble en litigio anterior a la posesión, y los cuales sirven de base al censor para calificarla de "autocontrato", por fuera de configurar medio nuevo en casación, no encajan dentro de lo que es el error de derecho, como quiera que ellos tienden, no a desvirtuar la idoneidad hallada en el medio, sino la eficacia del negocio en él consignado. Es decir, aquí también el impugnador dejó de explicar cómo se transgredieron las normas de disciplina probatoria que tiene como violadas.

Cargo segundo:

En él se denuncia la sentencia por violación de los artículos 713, 738, 739, 762, 764, 768, 769, 964, 965. 966 y 970 del C.C., artículo 8 de la ley 153 de 1988; artículo 831 del C. de Co., y, los artículos 187, 197, 228, 241 y 244 del C. de P.C., en razón de los errores de hecho que el impugnante discrimina en la forma que a continuación se relaciona:

1.- El tribunal no se percató de los testimonios rendidos por Carlos Alirio Erazo Chantre (f. 1 C. #2), Germán Delgado (f. 2), José Holmes Soto Pabón (f. 3) y Joaquín Herrera (f. 6), con los cuales habría advertido que el demandado no ocupó el terreno mediante despojo "sino en razón de la entrega que del mismo le hizo el señor Mendoza", quien "es el esposo de la demandante", en virtud de un contrato de permuta por el cual a cambio del lote de terreno entregó un predio rural.

Esa negociación sobre permuta de bienes inmuebles "mediante acuerdo verbal", configuró un error del demandado, del cual no puede derivarse la mala fe, ni puede servir de causa para destruir la presunción de buena fe que le ampara.

Por otra parte, no es lógico que de haber existido un despojo, presuntamente violento, la demandante, a la postre, no hubiese promovido alguna de las acciones judiciales tendientes a recuperar en forma inmediata la posesión, cuando, por otra parte, se alega que el poseedor detenta el bien desde octubre de 1986 y la demandante adquirió tan solo hasta el 28 de octubre de 1987, según secuencia cronológica que destruye de paso el aludido despojo.

Censura el impugnante la estimación hecha por el Tribunal en el sentido de que quien carece de título traslaticio de dominio es, entonces, poseedor de mala fe, por cuanto para llegar a calificar en tal sentido al poseedor, agrega el censor, debe averiguarse por "la causa o el motivo en virtud del cual el demandado ocupó materialmente el bien. Y si no existió violencia, ni clandestinidad, no puede sostenerse que es poseedor de mala fe".

2.- Un nuevo yerro del Tribunal se aprecia al decir del impugnante, en el hecho de no tener en cuenta la inspección judicial practicada al inmueble en disputa, mediante la cual se describe una construcción de dos pisos y la ocupación de la misma por parte de una hija del demandado. Como igualmente,

por no percatarse del experticio mediante el cual se avaluaron las mejoras existentes en el inmueble.

Con ese error manifiesto y evidente de hecho, según palabras del recurrente, el Tribunal violó principios que, como el de equidad, "tiene categoría de una superlegalidad", negándole al demandado el derecho que tiene de reclamar mejoras y de retener el inmueble mientras se le cancele su valor.

Insiste, por ende, en que el error en que a su vez incurrió el demandado, "al creer que por acuerdo verbal podía efectuar un contrato de permuta sobre bienes inmuebles", no puede generar las consecuencias adversas que le endilgó el sentenciador, por cuanto ello no es motivo para considerarlo de mala fe. En el punto fueron sus palabras textuales, las siguientes: "Ese error excusable no destruye el principio consagrado en el artículo 768 del C.C., ni destruye la presunción legal consagrada en el artículo 769 ibidem".

Se considera:

Presenta el recurrente como error de hecho del Tribunal la omisión de la prueba que demostraba la buena fe del poseedor y, por ende, la que tasó las mejoras levantadas por éste en el inmueble reivindicado, por coincidir el sentenciador en el punto con la posición del *a-quo*, quien hizo radicar en la ausencia total de título por parte del demandado su condición de poseedor de mala fe, con base en lo dispuesto en el artículo 768 del Código Civil, el cual, sobre el particular, dice que "*La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude o de todo otro vicio... Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario*".

Para apreciar en toda su extensión el alcance jurídico de la norma anterior, debe recordarse que el error puede referirse a un hecho determinante de la posesión, en cuyo caso su existencia no se opone a la presunción legal de buena fe, o puede en cambio, referirse al derecho, esto es, a los preceptos legales que rodean las condiciones de validez del acto del cual procede la posesión, en cuyo caso opera la presunción de jure de mala fe.

En esas condiciones, *el error de hecho proviene de la equivocada concepción que el poseedor tenga sobre el bien detentado, o sobre la persona que le otorga tal posesión, o sobre el título mismo que lo llevó al goce de un determinado bien.*

Incurre, en cambio, en error de derecho el poseedor cuando omite los formalismos legales indispensables en el acto constitutivo de la aprehensión material del cual hace surgir sus pretensiones posesorias, siendo por ello el ejemplo más reiterado dentro de la doctrina el de la persona que compra un bien a un menor sin la autorización previa.

Podrá concluirse, entonces, que la falta de título configura, per se, un error de derecho? La respuesta a tal interrogante, está dada en un primer aspecto con la premisa por la cual se tiene ese hecho como generador de la posesión irregular, por carecerse en ella, precisamente, de un justo título. De otro lado, su ubicación legislativa la determina el primer inciso del citado art. 768, cuando, al indicar los elementos que constituyen la buena fe, señala el haberse adquirido el dominio de la cosa "por medios legítimos", lo que, a contrario sensu, enseña que cuando se pretende el dominio sin esos medios legítimos, la persona que así actúa, se convierte en poseedor de mala fe.

Más, por fuera de haber incurrido en una causal que puede llevar a desvirtuar la presunción legal de buena fe, habrá incurrido en un error de derecho ese poseedor que inicia el goce de la cosa con la conciencia de haber adquirido el dominio, pero sin título y que carece, por ende, de un medio legítimo respecto del modo de adquisición que prevé la ley?

Dice el recurrente en la sustentación del cargo, como así también se desprende del caudal probatorio pertinente, que el demandado adquirió el bien objeto de la acción reivindicatoria, en virtud de la celebración de un contrato de permuta sobre bienes inmuebles, el cual se hizo "mediante acuerdo verbal", forma esta que, como se sabe, no se adecua a la prevista para la adquisición de bienes raíces, los cuales, cuando se trata de actos entre vivos, se transmiten todos, por medio de actos solemnes insustituibles.

Frente a esas circunstancias, habría de afirmarse que el demandado incurrió en error de derecho cuando pretermitió las formas propias del contrato de permuta, al canjear un lote rural por el que es ahora objeto del litigio, mediante acuerdo verbal.

Los anteriores asertos permiten concluir que cuando se omite el título en los específicos casos en que éste es requisito sine qua non para la validez del contrato, se incurre en un error de derecho que, entonces, presume de derecho la mala fe, como así lo sostuvo la jurisprudencia de esta Corporación, la cual, sin embargo, en reiteradas sentencias posteriores ha tendido a suavizar su alcance.

En efecto, no obstante haber afirmado que "*no se puede ser poseedor de buena fe sin tener un título constitutivo o traslaticio de dominio*", posteriormente ha considerado, "*con criterio puramente subjetivo, que puede haber buena fe aun en la posesión sin título alguno* (16 de julio de 1931, XXXIX, pág. 185)".

Dentro de la última línea de análisis, la Corte ha afirmado también, que la buena fe en la posesión sin título persiste "mientras no se establezca con la debida plenitud probatoria que el poseedor en el juicio actuó con toda malicia y con pleno conocimiento de que podían existir hechos que produjeran la nulidad (14 de diciembre de 1944, LVIII, página 580)".

Fiel a ese criterio, en posteriores fallos agregó: "*Con acierto ha expuesto Josserand: 'a pesar del tenor del artículo 550, inciso 1, según el cual, el poseedor es de buena fe cuando posee como propietario, en virtud de un título traslaticio de propiedad cuyos vicios ignora, la buena fe es concebible y funda el derecho a los frutos aunquando el poseedor esté desprovisto de título alguno; bastará que él haya creído en su existencia; un título imaginario, un título putativo tiene aquí el mismo valor que un título efectivo, porque como éste, es constitutivo de la buena fe. El título no se exige como condición distinta de la buena fe, sino como elemento o sostén de esta buena fe*' (Gaceta Judicial T. LXXVII, 771 y 772, y sentencias de 12 de diciembre de 1979 y 18 de diciembre de 1984)".

Aplicando así, los anteriores conceptos doctrinarios al caso *sub-judice*, ha de concluirse que el cargo se abre paso, por cuanto el poseedor demandado tuvo conciencia de haber adquirido el inmueble de buena fe puesto que a cambio de él entregó otro predio. Por otra parte, la demandante no desvirtuó, en momento alguno, esas especiales condiciones que lo señalan como poseedor de buena fe.

Dijeron en efecto los testigos citados por la parte demandada, entre ellos Germán Valencia Delgado (f. 2 Cdnos. 2 y 3), José Holmes Soto Pabón (f. 3), y Joaquín Herrera (f. 5), que Avelino Olaya entró en posesión del lote reivindicado desde finales del año de 1986, en virtud de un negocio verbal que había celebrado con Carlos Mendoza, por medio del cual lo permutó por una finca rural ubicada en Zaragoza, "en la vía a Buenaventura" (f. 3), y que a partir de entonces, inició la construcción en el mismo, por cuanto cuando lo recibió era un lote "enmontado".

El cargo por consiguiente, se abre paso. Más antes de dictar sentencia sustitutiva, la Corte, con apoyo en la facultad que le confiere el artículo 375 del C. de P.C., en su inciso 3, dispondrá la práctica de un dictamen pericial tendiente a establecer el valor

de los frutos civiles percibidos a partir del 2 de junio de 1988, fecha en que se notificó la demanda (f. 25 vto. Cdno. ppal.) hasta el día en que se realice el peritazgo, con proyección hacia los dos años siguientes para efectos de concretar tal aspecto en el fallo sustitutivo.

Para el propósito indicado, se dispondrá comisionar al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, despacho que gozará de las facultades a señalarse en la parte resolutiva de esta sentencia.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia de 26 de noviembre de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso seguido por MARLENE GUERRERO DE MENDOZA en frente de Avelino Olaya.

Mas antes de dictar la sentencia que sustitutivamente corresponda, a cargo de ambas partes por igual, SE ORDENA la práctica de un dictamen pericial orientado a fijar el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble reivindicado desde el 2 de junio de 1988 hasta la fecha en que se realice el peritazgo y con proyección hasta los dos años siguientes.

Para el propósito indicado, SE COMISIONA, por un lapso de treinta (30) días, al Juzgado Séptimo Civil del Círculo de Cali, el cual queda autorizado para designar los peritos, darles posesión, señalarles el término para la rendición del dictamen y recibirles el respectivo informe. Hecho esto remitirá la actuación a la Corte.

Líbrese el despacho comisorio con inserción de las copias relacionadas con la inspección judicial decretada al inmueble y el segundo dictamen pericial practicado durante el trámite de la primera instancia, así como copia de la presente sentencia.

Término para la práctica de la prueba: cuarenta (40) días.

Sin costas en el recurso de casación.

Copiése y Notifíquese.

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

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta

La causal primera en su segunda fase, reglamentada en términos de normatividad positiva por el segundo inciso del numeral primero del art. 368 del C. de P.C., es restringida por definición pues debe entenderse que son firmes las conclusiones de hecho sentadas por los jueces de instancia en sus fallos a menos que, por circunstancias particulares alegadas y demostradas con la debida precisión técnica, tales conclusiones aparezcan como violatorias de las leyes reguladoras de la prueba o sean producto del absurdo evidente en tanto hacen de lado pruebas incontrovertibles, las deforman en su realidad objetiva o las suponen cuando en realidad no existen.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / POSESION NOTORIA - Prueba

El art. 6o. de la Ley 75 de 1968, en su numeral sexto, alude sin duda alguna a una posesión de estado debidamente acreditada, es decir aquella que mediante una pluralidad más numerosa que la ordinaria de testimonios dignos de la mayor credibilidad denote fehacientemente y por lo tanto sin forma posible de ser contrarrestado, el estado aparente de familia que al menos durante cinco años y respecto del presunto padre, ha ostentado quien reclama la filiación extramatrimonial en disputa.

VALORACION PROBATORIA / AUTONOMIA DEL JUZGADOR / INDICIO

El estimar la gravedad de los indicios y las relaciones que guardan entre sí, y el saber hasta qué punto el elemento conocido hace verosímil la existencia del hecho desconocido de que se trata de probar, son operaciones que por naturaleza pertenecen a la inteligencia y a la conciencia del juez, y que escapan por lo común a la revisión de la Sala de Casación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: *Expediente No. 4119* *Sentencia No. 24*

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de 1992, proferida en grado de consulta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar para ponerle fin al proceso ordinario seguido por XIOMARA ELVIRA CASTRO contra SUSANA HOLGUIN DE CELEDON, MARIA ALEXANDRA CELEDON DE MATTOS, MARIA LORETTA, JOSE CARLOS, MARIA ELVIRA y JAIME ELIAS CELEDON HOLGUIN, mayores los primeros y menor de edad el último.

I. Antecedentes:

1. Mediante demanda presentada el veintiocho (28) de mayo de 1987, adicionada el veintiocho (28) de julio del mismo año y cuyo conocimiento le correspondió en un comienzo al Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, después por redistribución de competencia al Juzgado Segundo Promíscuo de Familia de esa ciudad, XIOMARA ELVIRA CASTRO solicitó que con citación y audiencia de los demandados se declare en *sentencia definitiva que es hija extramatrimonial* de Cristóbal José Celedón Ramírez y que, como consecuencia de tal declaración, se disponga que tiene derechos herenciales absolutos sobre la masa sucesoral de su difunto padre; asimismo que MARIA ALEXANDRA CELEDON DE MATTOS, MARIA ELVIRA, JOSE CARLOS, MARIA LORETTA, JAIME ELIAS CELEDON HOLGUIN y SUSANA HOLGUIN ESCORAR deben restituirle, una vez ejecutoriada la sentencia, los bienes pertenecientes a la sucesión Cristóbal José Celedón que en su condición de hija natural le corresponden y pagarle los frutos naturales y civiles que los bienes objeto de la acción de petición de herencia le hubieren podido producir estando en su poder; tomar nota de la declaración deprecada al margen de la partida de nacimiento de la actora y comunicar al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar donde se tramita el proceso de sucesión del presunto padre con el objeto de suspender dicho proceso para los efectos de los artículos 1387 y 1388 del Código Civil y 618 del Código de Procedimiento Civil y en fin, condenar en costas a los demandados que se opongan.

Fundamenta la actora la pretensión deducida en los siguientes hechos:

En los años de 1961 y 1962 Edith Castro Carrillo hizo vida marital con Cristóbal José Celedón Ramírez, unión de la cual nació XIOMARA ELVIRA en Barranquilla el seis (6) de junio de 1962, a quien Cristóbal José dio trato público de padre, habiendo costeado los gastos de maternidad y alojamiento de su madre y haciéndole frecuentemente giros para su sostenimiento y educación, tratamiento en virtud del cual, sus deudos, amigos y los vecinos de su domicilio en general la han reputado como hija del referido padre. Cristóbal José Celedón Ramírez murió en Valledupar el 27 de noviembre de 1986 y en el sucesorio abierto en consecuencia se reconoció como herederos a MARIA ALEXANDRA CELEDON DE MATTOS, MARIA ELVIRA, JOSE CARLOS, MARIA LORETTA y JAIME ELIAS CELEDON HOLGUIN y como cónyuge supérstite a SUSANA HOLGUIN ESCOBAR.

2. Creado el lazo de instancia en virtud de la notificación del auto admisorio de la demanda personalmente a MARIA LORETTA y JOSE CARLOS CELEDON HOLGUIN, MARIA ALEXANDRA CELEDON DE MATTOS y SUSANA HOLGUIN DE CELEDON y por edicto emplazatorio a MARIA ELVIRA y JAIME ELIAS CELEDON HOLGUIN, contestaron la demanda los primeros demandados referidos, excepto JOSE CARLOS CELEDON, en escrito en el que SUSANA HOLGUIN DE CELEDON manifestó actuar a nombre propio y, aunque no se adjuntó la prueba correspondiente, dijo hacerlo también en representación de su hijo menor JAIME ELIAS CELEDON HOLGUIN, y el curador ad litem oponiéndose a las súplicas de la demanda. La primera instancia se tramitó regularmente con la práctica de pruebas solicitadas por las partes y culminó con sentencia de fecha catorce (14) de noviembre de 1991 por la cual el Juzgado Segundo Promíscuo de Familia de Valledupar declaró que XIOMARA ELVIRA CASTRO es hija extramatrimonial del causante Cristóbal José Celedón Ramírez, ordenó dar aviso de este hecho al Notario Primero del Círculo de Barranquilla para que haga la corrección al respectivo registro civil de nacimiento, declaró que la actora tiene derecho a heredar a su padre en la proporción que legalmente le corresponde y dispuso consultar la sentencia, en virtud de lo cual subió el expediente a la Sala de Familia del Tribunal Superior de dicho Distrito Judicial, donde, luego de rituado este grado especial de competencia, resolvió mediante providencia del cuatro (4) de agosto de 1992 en el sentido de revocar en su integridad el fallo objeto de revisión, para en su lugar absolver a los demandados de los cargos formulados en la demanda, denegando en consecuencia las pretensiones consignadas en dicho escrito.

II. Los fundamentos de la sentencia impugnada:

1. Basándose en que la restricción consagrada en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil le es también aplicable a la consulta y que por lo tanto el juez no puede "... recargar" la situación de la parte en cuyo favor el grado se surte, comienza el Tribunal advirtiendo que, en ausencia de apelación interpuesta por la parte actora y por cuanto el fallo objeto de consulta se limitó únicamente a estudiar la posesión de estado alegada como uno de los fundamentos de la acción deducida, a ese punto concreto debiera reducirse la materia por revisar, pero "... para mayor claridad..." se aludirá igualmente a las otras dos "causales" invocadas en la demanda y que corresponden a las presunciones de paternidad que en sus numerales 4o. y 5o. establece el artículo 6o. de la Ley 75 de 1968. Y procediendo de acuerdo con este esquema general, bien pueden dividirse las consideraciones efectuadas en tres grandes apartes temáticos cuyas conclusiones confluyen todas a sustentar la decisión revocatoria adoptada por la corporación en la providencia en examen.

2. En este orden de ideas y por lo que toca con la posesión de estado que el *a quo* tuvo por demostrada, luego de hacer una rápida alusión a los textos pertinentes de las leyes 45 de 1936 y 75 de 1968 e indicar así mismo los elementos que "... estructuran" aquél fenómeno según reiterada doctrina, pasa el Tribunal a referirse al caso que estos autos ponen de manifiesto, afirmando que del conjunto de la prueba testimonial recaudada no pueden tomarse en consideración, para tal fin, sino las declaraciones rendidas por Sixta Tulia Martínez de Montaño, Celso Camilo Castilla, Amanda Raudales de Moreno y Luis Miguel Rincones Monsalvo, ello por cuanto al resto de testigos "... no les consta absolutamente nada en relación con los factores integradores de la presunción en estudio...". Y partiendo de este supuesto, trata cada uno de los mencionados testimonios para llegar a la conclusión de que por adolecer de vaguedad, no son en manera alguna convincentes, tal vez con excepción del rendido por Luis Miguel Rincones Monsalvo el cual, a juicio de la Sala sentenciadora, no puede ser prueba suficiente de la posesión notoria alegada, habida cuenta que al tenor del artículo 399 del Código Civil, "... la posesión notoria de un estado civil (...) únicamente se acredita con un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable, y precisamente ese conjunto de testimonios no se da en la presente causa...", de donde se desprende que la decisión adoptada en primera instancia, al tener por probada esa situación posesoria sin estarlo de acuerdo con la ley, quebrantó por indebida aplicación el numeral 6o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, lo que obliga a revocarla respecto de este específico punto.

3. Tampoco encuentra mérito en el expediente el Tribunal para acoger la demanda con apoyo en las presunciones de paternidad consagradas en los numerales 4o. y 5o. del artículo 6o. de la Ley 75, puesto que los hechos en que dichas presunciones se fundan de conformidad con los textos legales citados, no quedaron demostrados con la exactitud necesaria. Del trato personal por cuya virtud pudiera inferirse la ocurrencia de relaciones sexuales entre Edith Castro y el doctor Celedón Ramírez, coincidente dicho trato como tiene que ser con la época en que de derecho se presume que debió tener lugar la concepción de la demandante, no dan fe los testimonios de Sixta Tulia Martínez de Montaño y Celso Camilo Castilla, y de otro lado, en el informativo tampoco aparece prueba de hechos concluyentes en orden a hacer suponer que entre las citadas personas, durante el embarazo y parto de Edith Castro, existió en verdad trato indicativo de la paternidad que se le atribuye a Cristóbal José Celedón Ramírez respecto de XIOMARA ELVIRA CASTRO, "... la única prueba que sobre este punto se arrimó a los autos -dice el Tribunal- fue la declaración de la señora Amanda Raudales de Moreno (...) pero su dicho resulta vago, incompleto y si se quiere de oídas, pues no se sabe cómo se enteró que a Edith Castro le escribía y le giraba precisamente el doctor Celedón Ramírez. Todo indicaba que esa información se la suministraba la misma Edith Castro. Por ello no se le puede dar credibilidad a su dicho ya que tampoco expone la razón de su conocimiento...".

4. Finalmente, hace ver la sentencia que en guarda del postulado de la indivisibilidad del estado civil de las personas y ateniéndose a la doctrina jurisprudencial que del tema se ha ocupado, la revocatoria del fallo de primera instancia y la desestimación de la acción interpuesta, surte sus efectos frente al conjunto de los demandados aun cuando el grado de consulta no se tramitó en favor de todos ellos, criterio que desde luego responde a elementales reglas de lógica ya que la filiación en disputa, frente a los demandados ajenos a la consulta y por obra de esta última circunstancia meramente adjetiva, no puede tenerse por reconocida en un proceso en que la decisión definitiva y de carácter desestimatorio que le pone término, expresa que no fueron probadas "... las causales" en que la reclamación de dicha filiación se asienta.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte:

Tomando pie en el numeral 1o. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y sosteniendo en ambos que por efecto de errores probatorios se llegó a la violación de la ley, dos cargos formula contra la sentencia de instancia la

parte recurrente en casación, cargos que la Corte estudiará y despachará conjuntamente, considerando que en buena medida coinciden los motivos para desestimarlos.

Cargo primero:

Se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, como consecuencia de yerros evidentes de hecho en la apreciación de la prueba, y en el concepto de "aplicación indebida", los artículos 1o. y 4o., nums. 4, 5 y 6, de la Ley 45 de 1936, los nums. 4, 5 y 6 del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, el artículo 399 del Código Civil, los artículos 92, 1321 y 1323 de esta misma codificación, y los artículos 95, 177, 187, 217, 228, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil, errores aquellos que al decir de la censura consistieron en la defectuosa apreciación de los testimonios tenidos en cuenta en la sentencia y en no haber apreciado la no contestación de la demanda y la falta de apelación de los demandados frente a la providencia estimatoria de primera instancia.

Imputándole al fallador el torcido propósito de mutilar en forma intencional la evidencia de origen testimonial existente en el proceso y que se desprende de las declaraciones rendidas por Sixta Tulia Martínez de Montaño, Luis Miguel Rincones Monsalvo, Celso Camilo Castilla y Amanda Raudales de Moreno, declaraciones que se da a la tarea de transcribir a espacio los apartes que juzga son de mayor importancia, dice en primer lugar el casacionista que de esos testimonios y contra lo que en sentido opuesto afirma la sentencia, se desprenden los elementos que estructuran la posesión "... de hijo natural". No lo vio de ese modo el Tribunal -prosigue- porque "... en vez de sumarlos por ser de naturaleza acumulativa o administrativa, los apreció en forma aislada y no se percató de que los testigos daban como razón o ciencia de sus dichos los propios actos realizados por ellos y los concubinarios, tales como contrato de obra de construcción, la techada de la casa donde vivía la madre de la hija extramatrimonial, pasear o dar vueltas con la pareja de amantes, buscarlo para que le enviara el dinero a la concubina, el llevarle el dinero que le remitía a la madre para el sostenimiento de la hija en Maracaibo, arrendamiento de un apartamento, pago de la clínica, el parto, son actos que en nada se contradicen entre sí y deben por lo tanto sumarse y que al mismo tiempo sirven de ciencia del dicho de los testigos ...", mientras que de otra parte el mismo Tribunal, con evidente error de hecho, dejó de apreciar el indicio grave que surge del hecho de no haber contestado la demanda el heredero José Carlos Celedón Holguín no obstante lo dispuesto en el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, así como también del

resultante de la falta de apelación por los demandados de la sentencia de primera instancia que les fue desfavorable.

Cargo segundo:

Diciendo también que la sentencia quebranta indirectamente y por indebida aplicación los numerales 4, 5 y 6 del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, los artículos 92, 399, 1321 y 1323 del Código Civil y los artículos 95, 176, 177, 1876 (sic), 217, 228, 238, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil, estos últimos por falta de aplicación, afirma el recurrente en este segundo capítulo de su escrito que se violaron estos textos al no darle valor probatorio, al no concederle eficacia demostrativa a los testimonios de Sixta Talia Martínez de Montaño, Celso Camilo Castilla Martínez, Luis Miguel Rincones Monsalvo y Amanda Raudales de Moreno, incurriendo así el juzgador en "errores de derecho" pues desconoció "... los principios normativos que regulan la valoración de los medios de prueba y específicamente de la prueba de testigos...", ello aparte de que también ignoró el indicio grave ".. que surge de la no contestación de la demanda por parte del heredero José Carlos Celedón Holguín y de haberse conformado éste con la sentencia de primer grado al no apelar de ella, y que si se considera que la sentencia de filiación natural es indivisible al aceptarse que la demanda prospera contra uno de los herederos y está ejecutoriada para él, debe considerarla igualmente en contra de los demás herederos ...".

A continuación y para darle asidero a su tesis, emplea el censor un método crítico idéntico en la práctica al que utilizó en el primer cargo en el intento de demostrar los desaciertos de apreciación que le atribuye al Tribunal en cuanto se refiere a los testimonios recién citados, testimonios que vuelve a extractar del modo que en su opinión mejor conviene a la verdad de los hechos, terminando con extensas referencias a doctrina sentada por esta corporación sobre materias de variada estirpe que vienen al caso sin duda alguna para poner de presente, como enseguida se verá, que no le asiste la razón al recurrente en su empeño por acreditar que los preceptos de derecho sustancial citados en el encabezamiento, fueron infringidos por efecto de supuestos errores de derecho "... en la apreciación de las pruebas testimoniales y de los indicios graves que resultan del completo de aquellas con dichos indicios...".

Se considera:

1. De sobra es sabido que en lo que toca con la primera de las causales previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil para abrirle paso

al recurso de casación, cuando la impugnación propone como punto de partida -cual sucede en el caso presente con los dos cargos formulados- errores acaecidos en el ámbito de la prueba y en los que se dice cayó el Tribunal al valorar algunos de los testimonios recibidos y dejar así mismo de realizar ciertas inferencias indiciarias esenciales en opinión de la censura, forzoso es no perder de vista que situadas en este plano las cosas y por imperativo que se desprende sin duda de la entidad institucional del recurso en referencia, *ha de prevalecer por norma la autonomía de aquél órgano jurisdiccional de instancia para formarse su propia convicción acerca del caso concreto materia de litigio en el cariz probatorio que lo identifica, sea en la totalidad del problema cuando dicha certeza la adquiere mediante la combinación razonada de los diferentes medios demostrativos allegados, o bien en la apreciación específica de uno cualquiera de estos. Significa ello, en otras palabras, que la causal primera en su segunda fase, reglamentada en términos de normatividad positiva por el segundo inciso del numeral primero del artículo 368 arriba citado, es restringida por definición pues debe entenderse que son firmes las conclusiones de hecho sentadas por los jueces de instancia en sus fallos a menos que, por circunstancias particulares alegadas y demostradas con la debida precisión técnica, tales conclusiones aparezcan como violatorias de las leyes reguladoras de la prueba o sean producto del absurdo evidente en tanto hacen de lado pruebas incontrovertibles, las deforman en su realidad objetiva o las suponen cuando en realidad no existen; dentro de estos límites que como se sabe corresponden a los casos de errores de derecho y de manifiesto error de hecho, ambos trascendentes, en la apreciación de la prueba, prevalecen entonces los poderes discrecionales de los falladores de instancia y, por consiguiente, no puede convertirse en motivo de casación la mera exposición de criterios subjetivos discrepantes con los adoptados por dichas autoridades en cuanto al mérito de la prueba rendida, y esto es así porque ensayos críticos de esa clase, enseña la doctrina jurisprudencial con insistencia, resultan del todo inocuos en recursos cuya sustentación, cuando montan cargos en supuestos juicios de hecho equivocados, "... fuera de tener que singularizar los medios probatorios con los que toca la censura, debe aplicarse a demostrar tanto el preciso error de derecho o de hecho evidente en que se pretende incurrió el juzgador, como que semejante error fue fundamento del fallo con que se violó la ley sustancial, lo cual nunca se logra ante la Corte trayendo críticas correspondientes a otros grados del juicio..."* (G.J. Tomo XCII, pág. 959, reiterada en Casación Civil de 7 de marzo de 1990 sin publicar), cometido que por lo mismo tampoco se puede coronar con sólo poner en guardia acerca de las conclusiones probatorias materia de impugnación, en la

medida en que se las juzga discutibles, objetables o poco convincentes, toda vez que la casación -prosigue la Corte en el segundo de los pronunciamientos acabados de citar- "... únicamente puede cimentarse en la certeza, no en que sea más o menos factible organizar un nuevo análisis de los medios demostrativos dotado de mayor profundidad, más sutil, más severo o de mayor juridicidad en opinión del recurrente, pues si así fuera, si pudiese apoyarse simplemente en que existen razonamientos quizá mejor acompasados con los dictados de la lógica, de todas maneras quedaría latente la posibilidad de que el sentenciador no haya errado y por lo tanto la acusación cae invariablemente en el vacío, se desvanecería...".

2. Pasando ahora a examinar los dos cargos formulados en la demanda que hoy ocupa la atención de la Sala, a la luz de los principios recapitulados en el párrafo precedente resultan pertinentes varias observaciones que como enseguida pasa a verse, llevan a descalificar por falta de consistencia los aludidos reproches.

a) En el mismo orden lógico en que se presenta y es desarrollada la motivación del fallo impugnado, lo primero por advertir es que el artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, en su numeral sexto, alude sin duda alguna a una posesión de estado debidamente acreditada, es decir a aquella que mediante una pluralidad "... más numerosa que la ordinaria" (G. J. Tomo LXXVI, pág. 636) de testimonios dignos de la mayor credibilidad, denote fehacientemente y por lo tanto sin forma posible de ser contrarrestada, el estado aparente de familia que al menos durante cinco años y respecto del presunto padre, ha ostentado quien reclama la filiación extramatrimonial en disputa. Su prueba se alcanza, pues, poniendo de manifiesto en forma irrefutable que este último, en respuesta si así puede expresarse a una conducta concordante observada por la persona a quien le es atribuida la paternidad, asumió de hecho y públicamente el título, las ventajas y las obligaciones anexas al estado de hijo, actitudes ambas que el propio legislador encuadra en el clásico "tractatus" según lo define el artículo 6o. de la Ley 45 de 1936 y en cuya apreciación los jueces han de ser particularmente exigentes, luego es en verdad empeño inútil pretender encontrar dicha prueba cuando el expediente, como en el caso de esta litis sucede, lejos de reflejar ese conjunto de hechos constantes, corroborantes unos de otros e inequívocos en que han de consistir los antecedentes que por virtud del precepto recién citado deben concurrir para que pueda considerarse justificada la posesión notoria del estado de hijo natural, evidencia por el contrario algunos hechos aislados y circunstancias confusas de las cuales la impugnación en

estudio no se hace cargo en la forma que es debida. En efecto, al formular los dos cargos en cuestión se limita el censor a presentar el ensayo crítico acertado que, en su opinión, merece la prueba testimonial producida en el curso de la primera instancia del proceso, reprochándole de este modo al Tribunal no haber visto aquello de los testimonios que desea fuera visto y el desconocimiento de las reglas legales de valoración aplicables, pero pasando por alto que en la formación del convencimiento del *ad quem*, según lo registra el fallo atacado, también jugó papel de importancia el grupo de testigos a los que nada les consta sobre la posesión de estado que invoca la demandante XIOMARA ELVIRA CASTRO, ello no obstante los estrechos vínculos que todos sin excepción declararon haber mantenido, en la ciudad de Valledupar y por diferentes razones, con el doctor Cristóbal José Celedón por espacio de más de veinte años hasta que le sobrevino la muerte. Frente a esta última circunstancia que por cierto no es difícil de constatar objetivamente mediante la detenida lectura de las declaraciones rendidas por Enrique Alfredo Riveira, Marco Tulio Pérez Van Leeden, Adolfo Cesar Echeverri, Edith Alicia Chasaine, Ana Elvira Torres y Tulio Enrique Luque (cfr. Actas obrantes a folios 59 a 63 vto. del cuaderno 1), es difícil en realidad aceptar, como lo pide el recurso, que en los autos obra la prueba irrefragable de aquella situación, cuando respecto de tales declaraciones, aptas por su contenido para desconocerla, guarda elocuente silencio el casacionista y, además, de los cuatro testimonios restantes tan sólo el rendido por Luis Miguel Rincones Monsalvo (folios 66 y 67 del cuaderno 1) da cuenta de la asistencia económica que entre los años de 1974 y 1976 le prestaba el doctor Celedón a la hija de su "compadre" Gonzalo Castro, de nombre Edith y residente en Venezuela, testimonio que sin embargo, por ser "singular" como con acierto lo hizo ver el juzgador *ad quem*, no puede integrar la pluralidad que exige el artículo 399 del Código Civil.

b) Y fuera de lo dicho en el apartado anterior, es necesario advertir que en cuanto a los indicios concierne, resulta también equivocado y completamente inaceptable en casación el método empleado en los dos cargos para plantear aquí el tema, lo que salta a la vista con sólo recordar que el postulado invocado al comienzo de estas consideraciones en relación con la apreciable amplitud de las facultades reconocidas a los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas del proceso, tiene su más caracterizada aplicación tratándose precisamente de la prueba indirecta, llamada también indiciaria o por presunciones judiciales, "... *ya que el estimar la gravedad de los indicios y las relaciones que guardan entre sí, y el saber hasta qué punto el elemento conocido hace verosímil la existencia del hecho desconocido que se trata de probar, son*

operaciones que por su naturaleza pertenecen a la inteligencia y a la conciencia del juez, y que escapan por lo común a la revisión de la Sala de Casación..." (G.J. Tomo XXIII, pág. 212 y CVI, pág. 123, entre muchas otras).

En efecto, el ordenamiento positivo que gobierna la materia en el campo de los litigios civiles, hoy en día compendiado en los artículos 187 y 250 del Código de Procedimiento Civil, entrega de este modo al recto entendimiento del fallador la valoración de la prueba por inferencias indiciarias, inclusive de las que se originen en la conducta desplegada por las partes en el desarrollo de la actuación, ello sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica y sin que por lo tanto tenga que ajustarse la decisión sobre el punto a una rígida y estrecha tarifa legal del estilo de la que parece insinuar la censura en el caso presente, aseverando que los hechos básicos en que se asientan las tres presunciones de paternidad aducidas por la actora en su demanda, debió tenerlos por establecidos el Tribunal porque uno de los demandados se abstuvo de replicar y todos consintieron la sentencia de primera instancia que les fue desfavorable.

Las consecuencias que una situación de esta clase acarrea son de otra índole y tal vez, de haberlas planteado por la vía adecuada, podrían llevar hasta la infirmación del fallo, pues el Tribunal no estuvo acertado al definir, frente a dicha situación, el significado y alcance que el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil tiene, leído desde luego en concordancia con las reglas procesales aplicables al grado de consulta. Pero lo cierto es que en el terreno en que viene desenvolviéndose este análisis -valga repetirlo una vez más- el juez de mérito no está sometido, ni puede estarlo desde luego, a pautas de obligatoria observancia cualesquiera que fueren las circunstancias concretas de la cuestión fáctica en examen, habida cuenta que así como en algunos supuestos pautas de ese linaje pueden representar valiosos instrumentos de análisis, en otras apenas si constituyen fuente de vacilantes conjeturas sobre las cuales nada sólido puede fundarse.

Por adolecer de manifiesta inoperancia en casación, se rechazan, pues, los dos cargos formulados.

Decisión:

Por virtud de las consideraciones anteriores, 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 cuatro (4) de agosto de 1992 y en el proceso ordinario de la referencia, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

Los costos en casación son de cargo de la parte recurrente en casación. Tásense en su oportunidad.

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

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

TENENCIA / POSESION / DOMINIO / POSESION-Elementos / PRESCRIPCION / PRESCRIPCION ADQUISITIVA / INTERVERSION DEL TITULO

En relación con las cosas, puede encontrarse la persona en una de estas tres posiciones: propiedad, tenencia y posesión. Diferencias entre éstas dos últimas instituciones. / Mecanismos de singular protección legal a quien ostenta la calidad de poseedor. / Elementos sine qua non para la existencia de la posesión. / Puede ocurrir que el simple tenedor transmute esa calidad en la de poseedor, hipótesis ésta en la cual, a efectos de la prescripción adquisitiva de dominio no puede de ninguna manera computarse como posesión el tiempo en el que detentó el bien a título de mera tenencia, pues ella no puede conducir nunca a la usucapión y, como es lógico, esta última sólo podría alcanzarse si se demuestra la interversión de la tenencia a la posesión y sólo a partir del comienzo de la segunda además, si, se tiene el bien con ánimo de señorío y de dominio por el tiempo exigido por la ley.

SENTENCIA SUSTITUTIVA / EXCEPCION / EXCEPCION DE MERITO

Siendo las excepciones de mérito, hechos nuevos de carácter impeditivo, modificatorio o extintivo frente a las pretensiones que se alegan por el demandado para enervar estas últimas, resulta apenas obvio como en forma unánime se reconoce desde antiguo por la técnica procesal, que si no existen los requisitos de estructuración de la pretensión, las excepciones pierden su punto de referencia.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: *Expediente No. 4250* *Sentencia No. 25*

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por STELLA MARQUEZ ZAWADSKY contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 27 de julio de 1992, en el proceso ordinario (*pertenencia*) promovido contra ella y personas indeterminadas por LUISA NELLY ZAWADSKY DE VASQUEZ.

I. Antecedentes:

1.- Ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, mediante demanda que obra a folios 6 a 8 del cuaderno No. 1, posteriormente reformada como aparece a folios 80 a 84 del cuaderno No. 1 Bis, Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez, convocó a Stella Márquez Zawadsky, Edgard Lenis Garrido y a personas indeterminadas, a un proceso ordinario, para que se declarase que la demandante, adquirió por prescripción extraordinaria, el derecho de dominio sobre la casa de habitación situada en la calle 8a. No. 37-39, barrio El Templete, de la ciudad de Cali y el lote de terreno sobre el cual se halla construida, cuyos linderos se especifican en la demanda, inscrito bajo el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-0143274 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali.

2.- Funda tal pretensión la actora, en los hechos que se sintetizan así:

2.1.- El inmueble que se pretende adquirir por usucapión extraordinaria, figuraba inscrito en el folio de matrícula anotado, a nombre de Stella Márquez Zawadsky a la época de la presentación de la demanda y a nombre de Edgard Lenis cuando este se reformó.

2.2.- La demandante, Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez, "desde el año 1961", ha realizado actos de señora y dueña del inmueble, en cuya virtud lo ha ocupado con su familia y en él ha llevado a cabo "mejoras tales como edificaciones y construcciones con dineros de su propio peculio", sin reconocer a otros derecho de dominio.

2.3.- Estando en curso este proceso, la demandada Stella Márquez Zawadsky, mediante escritura pública No. 6025 de 23 de septiembre de 1987, otorgada en la Notaría Décima de Cali, vendió el inmueble referido a Edgard Lenis, quien promovió un proceso de entrega del tradente al adquirente ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, por cuanto la demandada no cumplió la obligación de entregar ese inmueble dentro de los cinco (5) días

siguientes al registro de la escritura mencionada, a lo cual se obligó, "a sabiendas" de que no podría cumplir "porque no tenía como nunca la ha tenido, la posesión del bien" (folio 83, cdno. 1, Bis).

2.4.- La compañía Azucarera Colombiana S.A. -AZUCOL- pagó algunos "impuestos prediales del inmueble", hecho este que en nada puede afectar la posesión de la demandante sobre él.

3.- La demandada Stella Márquez Zawadsky, dio contestación a la demanda, en escrito visible a folios 171 a 182 del cuaderno primero, con oposición absoluta a la pretensión de la actora y negación de la posesión alegada como soporte de la misma, pues, según su afirmación la señora Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez, fue acogida junto con su marido y sus hijos en calidad de huésped en ese inmueble cuando atravesaba una muy difícil situación económica, circunstancia esta que llevó a doña Soledad Navia de Zawadsky, abuela materna de la demandada Stella Márquez, a recibir a la hoy demandante transitoriamente en su inmueble, que habitaba por haberlo recibido en comodato a título precario para vivir en él, por parte de su nieta y propietaria, hoy demandada.

4.- En tiempo oportuno, la demandada Stella Márquez Zawadsky demandó en reconvención, para que se declarase, en síntesis, que ella es la dueña del inmueble; que su abuela, Soledad Navia viuda de Zawadsky ha sido tenedora del mismo a título de comodato precario y lo será mientras viva, pues es esa la voluntad de la propietaria del bien y, por último, que Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez, ni es ni ha sido nunca poseedora del inmueble mencionado.

5.- Como fundamento de sus pretensiones, la demandante en reconvención expone, en resumen, como hechos sustentatorios de sus pretensiones, que adquirió por compra a la sociedad "Inconstrucciones Ltda." el inmueble objeto del litigio; que luego de su matrimonio contraído el 8 de septiembre de 1962 con el ciudadano filipino Jorge Araneta fijó su residencia fuera del país, desde donde viajaba periódicamente a Colombia, razón por la cual el señor Rómulo Soriano Gatilao, gerente de la sociedad "Azucarera Colombiana S.A.", ha sido y es su representante en Colombia, y, por tal motivo, atiende el pago, en su nombre, de los impuestos de ese inmueble, sus reparaciones y seguros. Añade, además, que dio ese inmueble en comodato gratuito a sus abuelos maternos, por lo que, en ese inmueble vivirá hasta que muera, la señora Soledad Navia viuda de Zawadsky, quien recibió en esa casa a Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez hacia el año de 1961, cuando esta, su esposo y sus hijos se encontraban en penosa situación económica.

6.- La demandada en reconvención, niega los hechos en que se apoya la demanda de reconvención de Stella Márquez Zawadsky y explica que, por situación de carácter familiar, ella y sus hijos atienden los gastos que demanda el sostenimiento de doña Soledad Navia de Zawadsky, madre de ella y abuela de la reconviniente, gastos a los cuales esta contribuye de lejos con una cuota igual al pago de la casa y sus impuestos, inmueble que figuraba a nombre de Stella Márquez para evitar que don Harold Zawadsky se apoderara del mismo.

7.- El demandado Edgar Lenis Garrido, dio también contestación a la demanda (fls. 138 a 143, C-1, Bis), con expresa oposición a las pretensiones de la actora, negación de los hechos que sirven de base a aquella y formulación de las excepciones que denominó "carencia de derecho y petición antes de tiempo". Además, demandó en reconvención, acto este del cual desistió en escrito de 2 de octubre de 1990, desistimiento aceptado mediante providencia de 11 de octubre del mismo año.

8.- Cumplida la tramitación que le es propia, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, le puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 6 de agosto de 1991 (folios 314 a 335, cdno. 1o. Bis), en la cual se denegaron las súplicas de la demanda y se declararon probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.

9.- Interpuesto por la actora vencida el recurso de apelación, luego de su tramitación legal el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali lo desató mediante sentencia proferida el 27 de julio de 1992 (folios 42 a 55, C-13), en la que se revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, se declaró que Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez adquirió por usucapión extraordinaria el inmueble a que se refiere la demanda, se ordenó inscribir la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, se canceló la inscripción de la demanda, se declararon no probadas las excepciones propuestas por la parte inicialmente demandada y se denegaron las pretensiones de la demanda de reconvención formulada por Stella Márquez Sawadsky.

10.- Inconforme la demandada Stella Márquez Zawadsky con la sentencia del tribunal, interpuso el recurso de casación (folio 57, C-13), de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

II. La sentencia del Tribunal:

1.- Inicia la sentencia el tribunal con una síntesis del litigio, luego de la cual, por considerar reunidos los presupuestos procesales y no advertir ninguna

nulidad de lo actuado, procede a decidir de mérito la apelación contra el fallo de primera instancia.

2.- Tras recordar el texto de los artículos 2531, 770 y 764 del Código Civil y citar algunos apartes de jurisprudencia de esta Corporación sobre la adquisición del dominio de las cosas por prescripción extraordinaria, analiza luego los testimonios rendidos por Beatriz Fernández de Cañón, Irma González de Mora, Martha Libia García de Mera, Carlos Navia Belalcázar, Mercedes Gómez Velásquez y Rómulo Soriano Gutiao, así como la inspección judicial realizada al inmueble al que se refiere el litigio, practicada el 17 de mayo de 1990, el dictamen pericial de los auxiliares de la justicia, señores Alfredo Rengifo y Roger Echeverry y de la prueba documental contenida en copias auténticas de actuaciones surtidas con ocasión de una querella de amparo y diligencias de lanzamiento por ocupación de hecho instaurada por Stella Márquez contra Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez y la sociedad Vásquez García, de un lado; y, de otro, analizada la escritura pública No. 3928 de 30 de noviembre de 1961, Notaría Tercera de Cali, junto con las números 28116/62, 3340/66 y 2150/66, pruebas todas estas de las cuales concluye el fallador de segunda instancia, que demuestran la posesión de Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez sobre el inmueble en cuestión "por más de veinte años", durante los cuales ella "dispuso libremente del bien en forma pública, reiterada", sin que en ese lapso a "la señora Márquez de Araneta -al menos no lo demostró- se le hubiera solicitado autorización para realizar todas y cada una de las reformas y mejoras efectuadas en el inmueble, o siquiera que hubiera instaurado acciones encaminadas a reclamar lo que consideraba era suyo", pues "solo ya a raíz de esta demanda inició unos procesos para privar de la posesión material a la actora, los que no tuvieron éxito" (folio 54, C-13).

3.- Así, -continúa el tribunal-, "prospera entonces la pretensión de prescripción al cumplirse los presupuestos de la misma ya que del análisis que se hace en conjunto de las pruebas, no se infiere que la cosa materia de prescripción fue entregada en calidad de comodato precario a Soledad Navia de Zawadsky y a Carlos Sawadsky abuelos maternos de la poseedora inscrita, y si quedó plenamente comprobado que la posesión material la ejerce hace más de veinte años con ánimo de señora y dueña la señora Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez" (folio 54, C-13).

4.- En tales condiciones, a juicio del sentenciador, han de ser negadas las pretensiones de la demandada de reconvención incoada por Stella Márquez

Zawadsky, revocarse la del *a-quo* y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda inicial.

III. La demanda de casación:

Dos cargos formula la recurrente a la sentencia impugnada, ambos por violación indirecta de normas sustanciales. De ellos, la Corte solo avocará el estudio del segundo, por estar llamado a prosperar.

Cargo segundo:

Con apoyo en la primera de las causales de casación consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la censura el fallo del tribunal, por cuanto violó "indirectamente, por aplicación indebida", como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, "los artículos 762, 769, 770, 775, 777, 2518, 2527, 2531, 2532 y 2534 del Código Civil, el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936 y el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil (art. 413 antes de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989)" (folio 15, cdno. Corte).

En la argumentación expuesta para sustentar el cargo así propuesto, manifiesta la recurrente que el Tribunal incurrió en "error de derecho" que "lo llevó a restarle mérito probatorio" al documento que obra a folio 44 del cuaderno primero del expediente "con violación del artículo 22 -numeral 2- del decreto 2651 de 1991 (norma de derecho probatorio quebrantada)" (folio 15, cdno. Corte).

Expresa la impugnación que, como puede verse en la sentencia, el tribunal desconoció el mérito probatorio del documento que aparece a folio 44 del cuaderno primero, bajo la consideración de que el art. 277 del Código de Procedimiento Civil impedía reconocerle eficacia probatoria por provenir de un tercero -la señora Soledad Navia de Zawadsky- y no haber sido ratificado, sin tener en cuenta que el artículo 22 del decreto 2651 de 1991, en su segundo numeral dispone que "los documentos declarativos emanados de terceros se estimarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra la cual se aduzcan solicite su ratificación de manera expresa", con la cual, en ese decreto, se establece "una importante modificación a la regla general que en esa materia consagra el artículo 277 del C.P.C." (folio 19, cdno. Corte), decreto cuya vigencia empezó el 10 de enero de 1992 y es de aplicación

inmediata. Por eso -continúa la censura-, el mismo decreto, en su artículo 62, es perentorio al ordenar que "los procesos en curso que se encuentren en período probatorio se someterán de inmediato a las normas que en materia de pruebas" se dictan en él, "en cuanto a su práctica". Por ello, con mucha mayor razón, debe dársele aplicación "al momento de su estimación o valoración por el juzgador" (folio 19, cdno. Corte). Así las cosas, a juicio de la parte recurrente en casación, "la conclusión es irrefragable: la prueba documental obrante al folio 44 del cuaderno primero, contentiva de una declaración emanada de Soledad Navia de Zawadsky, madre de la demandante, prueba no tachada de falsa por la actora, y prueba de la cual no aparece en las contestaciones a las demandas de reconvención en las cuales se adujo, solicitud alguna de ratificación expresa, debió ser apreciada dejure por el Tribunal".

De modo que su desestimación violatoria del artículo 22 del decreto 2651/91 es un "grave" error de derecho, "punto de partida, a su vez, para la consumación del quebranto de las normas sustanciales denunciadas" (folio 20, cdno. Corte), puesto que, conforme al contenido declarativo de ese documento no apreciado por el tribunal, "el inmueble vinculado al proceso fue entregado por la propietaria Stella Márquez de Araneta a sus abuelos Carlos Zawadsky y Soledad Navia de Zawadsky, a título de comodato; allí vivieron la demandante (hija de la comodataria) y su familia, obviamente no como poseedores del referido bien" (folio 20, cdno. Corte).

Asevera luego el censor, que la sentencia del tribunal incurre en error de hecho en la apreciación de los testimonios de Harold Zawadsky y Rómulo Soriano Gatilao, "categóricos en afirmar, además por conocimiento cercano y directo, el carácter de mera tenencia del inmueble en cabeza de la familia de la demandante, reconocido y exteriorizado por ella, al menos durante un lapso de tiempo considerable, suficiente, si se mirara el lente de la intervención del título, para excluir la posibilidad de configuración del tiempo necesario para usucapión" (folio 20, cdno. Corte). En pos de comprobar esta aserción, expresa la demanda de casación que, en efecto, el testigo Harold Zawadsky (fls. 1 a 6, C-5), manifestó en su declaración que, luego de recibido el inmueble a que se refiere el litigio, "el mismo día Stella entregó dicha casa a mis padres Carlos Zawadsky Colmenares para que en ella vivieran tranquilamente... A ella se trasladaron mis padres a vivir y posteriormente acogieron en su casa a la familia de mi hermana señora Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez", quien vivió allí por haber entrado "acogida" por doña Soledad Navia de Zawadsky, madre del declarante y de la demandante y abuela de la demandada (folio 20, cdno. Corte).

Por su parte, -continúa la acusación-, el testigo Soriano Gatlao, "interrogado sobre cómo le llegaban las cuentas y facturas que él cancelaba en nombre de la propietaria, expresó que quienes se las entregaban eran "la señora Soledad Navia de Zawadsky, abuela de doña Stella, o la señora Nelly Zawadsky de Vásquez o el doctor Mauricio Vásquez Zawadsky, hijo de doña Nelly", lo que ocurrió al menos hasta el año de 1981, en el cual el recibo del impuesto predial le fue entregado para su cancelación por el último de los nombrados, "doctor Mauricio Vásquez Z., que en esa época se desempeñaba como gerente de crédito del Banco de Colombia" donde la Azucarera Colombiana. que el declarante "gerenciaba tenía una solicitud pendiente de préstamo" (fls. 20 y 21, cdno. Corte).

De tal manera que este hecho, aceptado expresamente por la demandante, "en sana lógica, solo podía significar reconocimiento del dominio ajeno" y no la ejecución de un acuerdo intrafamiliar de "colaboración económica de la demandada con la familia de la demandante, versión que el *ad-quem* prohija, sin que exista dentro del proceso medio de convicción alguno que lo demuestre" (folio 21, cdno. Corte).

Igualmente incurrió el tribunal en error de hecho en la apreciación de los testimonios de Beatriz Fernández de Cañón (fls. 1 a 3, C-2), Irma Teresa González de Mora (fls. 4 a 7, C-2), Héctor Vicente Trujillo (fls. 495 y 496, C-2) y Martha Libia García de Mera (fls. 496 a 498, C-2).

De estos testimonios a juicio de la recurrente, es fácil advertir el error de hecho, por cuanto la señora Beatriz Fernández de Cañón, quien lo rindió el 25 de abril de 1990, no precisa en su declaración la época en que según ella se realizaron por la actora algunas mejoras en el inmueble y de tal declaración puede establecer que los suegros de la actora Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez vivieron allí por espacio de quince años, "o sea aproximadamente desde 1972" (folio 21, cdno. Corte), testimonio este que, en ambos aspectos, coincide con el de Irma Teresa González de Mora y adolece entonces de las mismas fallas (fl. 22, cdno. Corte).

La testigo Martha Libia García de Mera, durante la diligencia de inspección judicial practicada el 17 de mayo de 1990, manifestó que desde cuando ella empezó a vivir en casa vecina a la de la actora "hace entre quince y dieciocho años", conoció a la actora y a su familia, que por ello se enteró de que los suegros de la demandante vivieron en ese inmueble, "sin indicar época alguna" y tal

declaración, "lejos de contener prueba alguna de posesión desde la época requerida para la prosperidad de la pertenencia incoada, sirve para acreditar que la realización de mejoras en el inmueble, tenidas como actos de posesión, en ningún caso fue anterior a 1972, pues al decir de la testigo, cuando se pasó a vivir a la casa vecina (hace 15 o 18 años, es decir, entre 1972 y 1975 ... eran dos casas iguales) (fls. 22 y 23, cdno. Corte).

En cuanto al dictamen pericial "rendido el 16 de octubre de 1990 (fls. 755 a 757 del cuaderno segundo)", apunta la recurrente que da cuenta de la realización de mejoras realizadas en el inmueble como "haber suprimido el balcón '... desde hace más de doce años...', y haber modificado la entrada '... desde hace más de 14 años...', lo cual, "dicho como está, en un concepto fechado en octubre de 1990, no remite, en ningún caso mucho mas allá, a 1976" (fl. 23, cdno. Corte).

En cuanto a las pruebas documentales que obran en el expediente, expresa el recurrente que de ellas tampoco puede deducirse la posesión que fue fundamento de la prescripción adquisitiva declarada en la sentencia, ya que el contrato de arrendamiento celebrado entre Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez y la Sociedad Vásquez García y Cia. Ltda. (folios 611 a 613, del cuaderno segundo), "a lo sumo" prueba ese vínculo contractual, "con vigencia de tres años a partir del 2 de enero de 1987"; y, por lo que hace a la actuación surtida en la querella de amparo domiciliario adelantado por la señora Stella Márquez Zawadsky contra Luisa Nelly Zawadsky y la sociedad Vásquez García, así como la cumplida en el proceso de entrega promovido contra la primera por Edgard Lenis, ha de advertirse que en nada influyen para demostrar la posesión que dio base a la declaración de pertenencia, pues en ninguno de estos dos casos se controvierte aquella y, en todo caso, "cualquier alegato de posesión, vinculado a actividad posesoria posterior a la presentación de la demanda de pertenencia, nada aporta a la demostración de los requisitos de ley para la prosperidad de la acción de adquisición de dominio por prescripción extraordinaria" (folio 24, cdno. Corte).

Tales yerros en la apreciación probatoria, condujeron al tribunal a violar las normas sustanciales denunciadas como infringidas, por lo que ha de casarse la sentencia impugnada y, en su lugar, despachar en sede de instancia, desfavorablemente las pretensiones de la parte actora, "dejando a salvo, en consecuencia, el derecho de dominio o propiedad sobre el inmueble controvertido, en cabeza de la demandada Stella Márquez de Araneta" (folio 25, cdno. Corte).

Consideraciones

1.- Tal cual ha sido reconocido en forma unánime por la doctrina y la legislación, *en relación con las cosas puede encontrarse la persona en una de estas tres posiciones, cuyas consecuencias jurídicas varían en cada caso y confieren a su titular derechos subjetivos distintivos: la primera, denominada tenencia, en que simplemente se ejerce poder externo y material sobre el bien, (art. 775, C.C.); la segunda -posesión-, en la que a ese poder material se une el comportarse respecto del bien como si se fuese dueño (art. 762, C.C.) y la tercera, -propiedad-, en que se tiene efectivamente un derecho in re, con exclusión todas las demás personas y que autoriza a su titular para usar, gozar y disponer del bien dentro del marco que le señala la ley y obviamente, dando cumplimiento a la función social que a ese derecho corresponde* (art. 669, C.C.).

2.- *Como es fácilmente apreciable, el ánimo de señorío sobre el bien o su inexistencia, establece la diferenciación entre lo que es solo tenencia y la posesión, a tal punto que el propio legislador así lo consagró en el derecho positivo, al disponer que, el simple transcurso del tiempo "no muda la mera tenencia en posesión" (arts. 777 y 780, C.C.).*

3.- *Dado que el poseedor se comporta frente a la cosa, por hechos perceptibles por los sentidos, la ley ha revestido de singular protección a quien ostenta esa calidad, como puede observarse de la presunción de ser el poseedor propietario (art. 762, C.C.) y permitirle, en esa calidad, incoar acciones posesorias, ejercer la acción publiciana, inclusive, reclamar del Estado la declaración jurisdiccional de haber adquirido el dominio de un bien singular por haberlo poseído durante el tiempo señalado por la ley, con ánimo de señorío, esto es, sin reconocer dominio ajeno, efecto este último para el cual se distinguen por la ley dos especies de prescripción adquisitiva, a saber: la ordinaria, que requiere justo título, buena fe y posesión no interrumpida por diez años a lo menos si se refiere a inmuebles o de tres años si a bienes muebles (arts. 2528, 2529, 762 y 764, C.C.); y la extraordinaria, para cuya operancia no se requiere justo título, se presume la buena fe, salvo lo dispuesto la regla 3a. del artículo 2531 del Código Civil y que exige la posesión por veinte años a lo menos (arts. 2531, 2532, 762, Ley 50 de 1936, art. 1).*

4.- *La posesión, como de su propia definición normativa se desprende, comprende dos elementos sine qua non para su existencia, cuales son los actos*

materiales o externos ejecutados por una persona determinada sobre el bien singular -corpus- de un lado y, de otro, la intención de ser dueño, elemento sicológico, de carácter interno -animus domini-, o la voluntad e intención de hacerse dueño -animus rem sibi habendi-, elemento éste que, como lo dijo la Corte en sentencia de 9 de noviembre de 1956, por ser intencional, "se puede presumir de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario, así como el poseedor, a su vez, se presume dueño, mientras otro no demuestre serlo" (G. J., tomo LXXXIII, pág. 776).

4.1.- No obstante la tajante y muy clara diferencia que existe, como ya se vio, entre la mera tenencia y la posesión, puede ocurrir sin embargo que el simple tenedor transmute esa calidad en la de poseedor, hipótesis ésta en la cual, a efectos de la prescripción adquisitiva de dominio no puede de ninguna manera computarse como posesión el tiempo en que se detentó el bien a título de mera tenencia, pues ella no puede conducir nunca a la usucapión y, como es lógico, esta última solo podría alcanzarse si se demuestra la interversion de la tenencia a la posesión y solo a partir del comienzo de la segunda además, si, se tiene el bien con ánimo de señorío y de dominio por el tiempo exigido por la ley.

4.2.- Precisamente a este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 7 de diciembre de 1967, expresó: "por ello, al precisar el Código los requisitos de la prescripción extraordinaria (2531, 2532), se basta con establecimiento y uso por cierto tiempo, sin exigencia adicional alguna (casación julio 30 de 1952, LXXII, 582), pero consagra simultáneamente la posibilidad de oposición fundada en un título de mera tenencia, excluyente de la possessio ad usucapionem, revelador de la intimidad de hechos contrastantes con el concepto genuino de posesión; por lo cual, quien se hallaba asentado en las dichas apariencias equívocas (casación diciembre 13 de 1954, LXXIX, 256; casación noviembre 9 de 1956, LXXXIII, 775/776), de inmediato y por fuerza de ese traslado de las cargas, es despojado de lo que traía en su favor, compelido a demostrar la interversión de su título y, además, una real posesión de allí en adelante hasta el extremo cronológico, cumplida con actos ciertos y unívocos", sentencia en la cual, se agregó que esa mutación de mero tenedor a poseedor para alegar prescripción, exige que "en el proceso se palpe su posesión cabal posterior, en cómputo suficiente, y no se encuentre dato de nuevo reconocimiento suyo de dominio ajeno. Imperativos éstos de precisa configuración para el juego de las pretensiones dentro de un terreno restringido a tales supuestos, que exigen al tenedor la prueba de la interversio

possessionis, por medio de un acto traslaticio emanado de un tercero o del propio contendor (naturalmente titular del derecho) (casación, agosto 22 de 1957, LXXXVI, 14) o de su alzamiento o rebeldía, esto es del desconocimiento efectivo del derecho de la persona por cuya cuenta llegó a la cosa (casación marzo 27 de 1957, LXXI, 501; casación junio 23 de 1958, LXXXVIII, 203), dentro de una ubicación temporal que permita referir la medida a un punto cierto, seguido de actos "categóricos, patentes e inequívocos" de afirmación propia, autónoma. Pues, en el último caso, le es indispensable descargar indiciariamente la presunción de que las cosas continúan conforme empezaron, aplicación elemental del principio de inercia, consagrada en los artículos 777 y 780 del Código Civil, y volver a montar la construcción sobre el nuevo sustento, expuesto como siempre a los descargos de interrupción y renuncia" (G. J., tomo CXIX, números 2285 y 2286, 1967, -primera parte-, págs. 352 y 353).

5.- Aplicadas estas nociones al caso sub-lite, encuentra la Corte que el cargo propuesto está llamado a lograr el propósito de que se case la sentencia impugnada, por las razones que van a expresarse:

5.1.- Es principio universalmente aceptado, que las partes no tienen ningún derecho a que la apreciación de las pruebas se haga por el Juez con sujeción a la legislación preexistente, ni a la vigente cuando ellas se practicaron, como quiera que son actos procesales distintos el de practicar y el de valorar las pruebas, cumplido el primero en la fase de instrucción del proceso y el segundo en la de su decisión, por lo que, en cada uno de ellos ha de aplicarse la ley vigente en el momento de llevar a cabo la respectiva "actuación", (artículo 40, Ley 153 de 1887), principio éste que incorporó al Código de Procedimiento Civil a propósito del tránsito legislativo con él operado en la materia el artículo 698 de ese estatuto y que nuevamente aparece en el artículo 62 del Decreto 2651 de 1991, a cuya luz ha de interpretarse el artículo 22 del mismo decreto, en cuanto impone al juez el deber jurídico de estimar, "sin necesidad de ratificar su contenido" los documentos declarativos emanados de terceros, "salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa".

5.2.- Es igualmente cierto que, a folio 44 del cuaderno número uno, obra un documento privado, debidamente autenticado ante el Notario 10o. del Círculo de Cali, en el cual en forma categórica expresa la señora Soledad Navia viuda de Zawadsky, que desde cuando su nieta Stella Márquez Zawadsky, hoy señora de Araneta, compró la casa del barrio El Templete" de la ciudad de Cali,

"distinguida actualmente con el No. 37-39 de la calle 8a.", se la entregó a la suscriptora de ese documento y a su marido, Carlos Zawadsky, "en calidad de préstamo o comodato", sin exigirles contraprestación alguna y sin señalarles "plazo para restituírsela". Añade además, la citada señora Soledad Navia de Zawadsky que su hija Nelly (demandante inicial en este proceso), "también ha vivido y aún vive en la misma casa, en donde se criaron sus hijos; pero en su calidad de hija mía" -aclara- y "no como dueña o poseedora de la casa que habita", documento que no pudo ser ratificado por su autora por su avanzada edad (95 años) y su estado de salud (fls. 621, 622 y 623, C-2).

5.3.- Pues bien: ese documento como sostiene el recurrente en su acusación y como aparece en la sentencia impugnada (fls. 18, 19 y 20, cdno. Corte; y 53, C-13), no fue apreciado como prueba porque no fue ratificado y porque si, además, "no es auténtico" no puede ser considerado "indicio en los términos del artículo 248 del C.P.C.", a juicio del tribunal. Es clara entonces la abierta contradicción entre la negativa del sentenciador a darle eficacia probatoria a ese documento y lo preceptuado por el Decreto 2651 de 1991, artículo 22, regla segunda, que manda apreciarlo.

5.4.- Pero, si aún en gracia de discusión se dijese que ese documento no podría ser apreciado porque no fue reconocido dentro del proceso como se exige para la ratificación de los testimonios en desarrollo del principio de la contradicción de la prueba, es claro que el tribunal dejó de apreciarlo al menos como indicio, ya que está dotado de autenticidad por cuanto fue expresamente reconocido ante notario.

5.5.- Ese documento como tal, o, en últimas como indicio, guarda plena armonía con lo declarado por el señor Harold Zawadsky y por Rómulo Soriano Gatilao (fls. 1 a 6, C-5 y fls. 26 a 28, C-6) y por la propia demandante, en cuanto el primero manifiesta que Nelly Zawadsky fue "acogida" en esta casa por doña Soledad Navia de Zawadsky, madre de los dos y, en cuanto el segundo declarante y la demandante, coinciden en afirmar que Soriano Gatilao pagaba en nombre de Stella Márquez Z. y hasta el año de 1981 los impuestos predial y complementarios de ese inmueble, pese a lo cual el tribunal no vio tal hecho como reconocimiento de dominio ajeno.

5.6.- Por otra parte, asiste la razón a la recurrente en cuanto asevera que los testimonios de Beatriz Fernández de Cañón (fls. 2 y ss. C-2) e Irma Teresa González de Mora (fls. 4 a 7, C-2), nada dicen sobre la época de realización de

mejoras en el inmueble por la actora, aunque sí son coincidentes en la afirmación de que los suegros de ésta fueron a vivir con él, aproximadamente hacia 1972; e igualmente, es atinada la aserción de la recurrente en casación en el sentido de que el testimonio de Héctor Vicente Trujillo (fl. 495, C-2), rendido durante la inspección judicial practicada el 17 de mayo de 1990, no precisa cuándo se llevaron a cabo "las mejoras" realizadas en el inmueble, ni por cuenta de quien, así como su afirmación de que el testimonio de Martha Libia García de Mera (fls. 496 a 498, C-2), rendido en esa misma diligencia, no pueden probar nada distinto de su realización en ningún caso anterior al año de 1972, como quiera que la testigo declaró que empezó a vivir en su casa vecina 15 o 18 años antes de su declaración (mayo 17/90), y que, en esa época, su casa y la que es objeto de esta controversia judicial eran "iguales", luego de lo cual se ejecutaron en ella algunas obras materiales a que se refiere la declaración.

5.7.- Salta a la vista de idéntica manera, que el contrato de arrendamiento suscrito entre la actora y la sociedad Vásquez García y Cía. Ltda. el 2 de enero de 1987, prueba que este acto se realizó en tal fecha, pero no es indicativo por sí solo de posesión anterior.

5.8.- Además, si el dictamen pericial que obra a folios 755 a 757 del cuaderno 2, expresa que las mejoras llevadas a cabo en el inmueble permiten concluir luego de su examen técnico que las más antiguas se efectuaron "desde hace más de 14 años", no prueban *ánimus domini* con anterior de 20 años.

5.9.- Por último, es evidente que como en la querella policiva de amparo domiciliario promovida por Stella Márquez Z. contra Luisa Nelly Zawadsky y la sociedad Vásquez García y Cía. Ltda., y en el proceso de entrega iniciado por Edgar Lenis contra la primera, no se discutía, ni puede discutirse en manera alguna la posesión, razón por la cual no puede inferirse absolutamente nada acerca de ella.

6.- Conforme a lo dicho, es evidente que, a contrario de lo sostenido por el tribunal en este proceso no se demostró la posesión de la actora por el tiempo requerido por la ley para que operase la prescripción adquisitiva de dominio, ni mucho menos la interversión de su calidad inicial de mera tenedora a poseedora, como consecuencia de los errores de apreciación probatoria señalados por la censura, razón por la cual se infringieron las normas sustanciales cuya violación se denuncia al formular la acusación que, por lo expuesto, prospera.

Sentencia sustitutiva:

1. Dada la prosperidad del cargo así propuesto, la Corte, en sede de instancia, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia dictada en este proceso el 6 de agosto de 1991 (fls. 314 a 335, C-1Bis), cumplidos como se encuentran los presupuestos procesales y como quiera que no se advierte nulidad en la actuación.

2.- En cuanto a las pretensiones de la demandante inicial, por las razones expuestas al despachar el cargo aquí analizado, que ahora se dan por reproducidas, no pueden ser acogidas favorablemente y, en cuanto a ello, será confirmada la decisión apelada en el punto 3o., con modificación de su redacción.

3. *Siendo las excepciones de mérito según se tiene universalmente aceptado, hechos nuevos de carácter impeditivo, modificatorio o extintivo frente a las pretensiones que se alegan por el demandado para enervar estas últimas, resulta apenas obvio como en forma unánime se reconoce desde antiguo por la técnica procesal, que si no existen los requisitos de estructuración de la pretensión, las excepciones pierden su punto de referencia obligado y por sustracción de materia nada habrá de fallarse en torno a ellas, cual ocurre en este caso, razón suficiente para que entonces se revoquen los numerales primero y segundo de la sentencia apelada.*

4. En cuanto a las pretensiones, de la demanda de reconvención para que se declare que en la actualidad es tenedora del inmueble la señora Soledad Navia viuda de Zawadsky y que Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez "jamás ha sido poseedora y ni siquiera poseedora material del inmueble" en cuestión, no habrá de accederse, como quiera que, según se acreditó en el plenario, desde hace tres años la primera de las nombradas no vive allí, porque la segunda arrendó ese bien, a partir del 2 de enero de 1987 a la sociedad Vásquez García y Cía. Ltda., como lo acepta la parte reconviniente en este proceso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 27 de julio de 1992 en el proceso ordinario promovido por Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez contra Stella Márquez Zawadsky y, en sede de instancia, RESUELVE:

1.- Revócanse los numerales primero y segundo de la sentencia dictada en este proceso por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, y en lugar, declárase que no es del caso hacer pronunciamiento sobre las excepciones.

2.- Modificanse la redacción del numeral 3 de la sentencia aludida, así: "3 no se accede a las pretensiones de la demanda promovida por Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez en este proceso contra Stella Márquez Zawadsky.

3.- Confírmase la sentencia, en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / TRIBUNAL SUPERIOR

Si ciertamente la ley no le atribuye a la Corte en pleno competencia para dirimir conflictos de jurisdicción o de competencia que se susciten entre dos juzgados pertenecientes a un mismo distrito judicial, deberá abstenerse de decidirlo, y consecuencialmente, disponer el envío de la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial, a fin de que haga el pronunciamiento que en derecho corresponda. Porque si a juicio de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el caso a estudio configura conflicto de competencia, por tratarse de los litigios (verbigracia civil-laboral: civil-familia) de dos especialidades de la jurisdicción ordinaria y no de diferentes jurisdicciones, ello se traduce en que del mismo debe conocer el Tribunal Superior, en Sala Plena, por presentarse la colisión entre dos juzgados pertenecientes a un mismo distrito.

SALVAMENTO DE VOTO: CONFLICTO DE JURISDICCION (SALVAMENTO DE VOTO)

El asunto debió ser asumido y resuelto directamente por la Corte. El conflicto que surge entre un juez civil y uno de familia, no puede concebirse como de competencia, sino de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: *Expediente No. 4715* *Auto No. 051*

Procede la Corte a decidir lo pertinente respecto del *conflicto* surgido entre los Juzgados Tercero Civil del Circuito y Diecisiete de Familia, ambos de Santafé de Bogotá, en torno al conocimiento de la demanda ordinaria instaurada por Ana Belén Murillo Alvarado contra Flor María Gómez Marín, Javier Antonio Triana Murillo y herederos indeterminados de José Antonio Triana García.

Antecedentes:

1. La demandante solicitó "*Declaratoria de la existencia de sociedad de hecho*", y presentó su demanda ante el Juzgado Civil del Circuito de esta ciudad y repartida que fue, correspondió al *Juzgado Tercero Civil del Circuito*, quien la rechazó por falta de jurisdicción y ordenó enviarla a los juzgados de familia.

2. Recibida la demanda por el Juzgado Diecisiete de Familia, decidió "...plantear el respectivo conflicto de competencia..." al considerar que carecía de ella, dada la naturaleza del asunto, y en tal virtud, se abstuvo de asumir el conocimiento y dispuso enviar el expediente a esta Sala para dirimir aquél.

Consideraciones:

Por guardar similitud el caso en comento con el que desató la Sala Plena de esta Corporación mediante providencia del 7 de octubre del año pasado, es pertinente traer a colación apartes de lo que allí se consiguió:

"*1.- Prioritariamente le corresponde a la corporación determinar si dentro de sus atribuciones legales está la de definir los conflictos de jurisdicción o de competencia que se presenten, entre un Juzgado laboral y uno civil pertenecientes a un mismo Distrito, y de entrada se observa que no existe disposición o precepto legal alguno que le asigne tal competencia.*

"*2.- Lo anterior resulta ser así, porque los diversos estatutos que se han ocupado de regular los conflictos, ya de jurisdicción, ora de competencia entre dos Juzgados de un mismo Distrito, no le han atribuido a la Sala Plena de la Corte Suprema el conocimiento de tales situaciones, pues así se desprende de la legislación constitucional y legal pertinente (arts. 256 Const. Nal., Decreto 2652 de 1991, 28 del C. de P.C. 68, 70 y 72 del C. de P.P., 152 del C. de P. del T. y Decreto 528 de 1964), que indica a qué juzgadores les corresponde decidir los conflictos de uno u otro linaje.*

"*3.- Si ciertamente la ley no le atribuye a la Corte en pleno competencia para dirimir conflictos de jurisdicción o de competencia que se susciten entre dos juzgados pertenecientes a un mismo distrito judicial, deberá abstenerse de decidirlo, y consecuencialmente, disponer el envío de la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, a fin de que haga el pronunciamiento que en derecho corresponda. Porque si a juicio de la Sala*

Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, tal como lo ha exteriorizado de manera reiterada y uniforme en múltiples pronunciamientos, el caso a estudio configura un conflicto de competencia, por tratarse los litigios civiles y laborales de dos especialidades de la jurisdicción ordinaria y no de diferentes jurisdicciones, ello se traduce en que del mismo debe conocer el Tribunal Superior, en Sala Plena, por presentarse la colisión entre dos juzgados (civil y laboral) pertenecientes a un mismo distrito, y según los alcances del inciso 2° del artículo 28 del C. de P.C.".

Como el anterior criterio doctrinal es aplicable al caso en estudio, por cuanto se trata de un conflicto suscitado entre dos jueces de la jurisdicción ordinaria -Juez civil del Circuito y Juez de Familia-, ambos del mismo Distrito Judicial, infiérese que se está frente aun conflicto que debe dirimirlo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y no la Corte.

Decisión:

En virtud a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, SE ABSTIENE de conocer del conflicto suscitado entre los Juzgados Tercero Civil del Circuito y Diecisiete de Familia, ambos del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Consecuentemente, se dispone remitir el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, para que decida lo conducente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Pedro Lafont Pianetta (con salvamento de voto), Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss (con salvamento de voto), Héctor Marín Naranjo (con salvamento de voto), Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra (conjuez), Pablo Cárdenas Pérez.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LOS MAGISTRADOS: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO, PEDRO LAFONT PIANETTA Y HECTOR MARIN NARANJO.

Con la consideración y respeto debidos al criterio que resultó mayoritario en la Sala, debemos separarnos de la decisión adoptada por ésta en razón de que estimamos que el asunto debió ser asumido y resuelto directamente por la Corte.

En efecto, como lo venía sosteniendo la Corte, el conflicto que surge entre un juez civil y uno de familia, con respecto al límite de sus atribuciones, no puede concebirse como de competencia, sino, de jurisdicción.

No es acertado decir, para contradecir tal aserto, que la Carta política de los colombianos solo acogió la noción orgánica de la jurisdicción puesto que también alude inequívocamente al aspecto funcional de la misma en los artículos 116 (atribución de funciones jurisdiccionales al congreso, a autoridades administrativas o a particulares), 246 (asignación a las autoridades indígenas), 247 (jueces de paz), 221 (en concordancia con el artículo 116 ibidem en torno a los jueces penales militares).

En este orden de ideas, resulta posible sostener que jurisdicciones no son solo las que ahora se han creado, sino también las que existían antes, razón por la cual es dable concluir que coexisten dentro del marco constitucional, una jurisdicción penal militar, una jurisdicción disciplinaria o determinadas entidades administrativas, el congreso, o particulares con jurisdicción para conocer de ciertos asuntos, muy a pesar de que a ellos no se haga alusión en el título VIII de la Constitución.

Vale decir, entonces, que la Carta Política no acogió con rigor conceptual el vocablo jurisdicción para circunscribirlo exclusivamente a su aspecto orgánico, al cual se acude, más bien, como una metodología -no muy afortunada por cierto- para abordar la configuración de la estructura orgánica de la rama judicial, sino, por el contrario, aludió al mismo -al término jurisdicción- con innegable amplitud para acoger allí, también, el aspecto funcional de la misma.

Si ello es así, no puede decirse que por mandato constitucional desaparecieron como tales las "jurisdicciones" civil, penal o laboral, especialidades de la

administroción de justicia que, no obstante estar comprendidas dentro de la "ordinaria", han tenido la referida connotación dentro del sistema jurídico colombiano, y que, por tal motivo, los conflictos que se presentan entre los respectivos jueces por la atribución para conocer de los diversos asuntos lo son únicamente de competencia.

En este orden de ideas, cuando dispone el artículo 256 idem, que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, "... 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones...", entendidas estas, como ha quedado demostrado, no sólo desde el punto de vista orgánico, sino también el funcional, no hace cosa distinta que atribuir a aquella Corporación la facultad que sobre la materia recaía anteriormente en el extinto Tribunal Disciplinario.

En efecto, revisados los antecedentes históricos del precepto en comento, se tiene que el decreto 528 de 1964 creo un Tribunal de Conflictos al cual le asignó la atribución de "dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre la jurisdicción común y la administrativa". A su vez, atribuyó a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia la facultad de dirimir "... las colisiones de competencia que se susciten entre dos Salas de la misma Corte, entre dos o más tribunales de distrito o entre las salas de un mismo tribunal, entre un tribunal y un juez de distinto distrito, o entre jueces de distinto distrito, cuando el conflicto surja sobre materia en que se discuta su naturaleza civil, penal o laboral..."

Dispuso, así mismo, que correspondía a la sala plena de los tribunales "dirimir las colisiones de competencia que se susciten entre los jueces penales y civiles, o entre los jueces penales y laborales, o entre los jueces civiles y laborales que actúen en el territorio de su jurisdicción".

Posteriormente, el artículo 73 del Acto Legislativo 1 de 1968, que reformó el artículo 217 de la Constitución anterior, preceptuó que correspondía al Tribunal Disciplinario dirimir "los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa", disposición que, como se ve, es coherente con la estructura vigente para la época.

Empero, el decreto 1400 de 1970, modificó sustancialmente las atribuciones previstas en el decreto 528 de 1964 puesto que suprimió las facultades otorgadas a las Salas Plenas de la Corte y los Tribunales para dirimir los conflictos de "competencia" entre jueces de distinta especialidad, los que pasaron a denomi-

narse de "jurisdicción". Con todo, la vigencia del susodicho decreto 528 perduró algunos meses después, hasta la expedición de la ley 20 de 1972, por medio de la cual se facultó al Tribunal Disciplinario para "dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones" y que, consecuentemente, fijó de manera definitiva el campo de aplicación del artículo 28 del Código de Procedimiento Civil a la colisión de atribuciones entre los jueces civiles.

A partir de este momento, y en el entendido de que las controversias suscitadas entre jueces civiles y laborales, o entre estos y los penales, o entre estos y los civiles para determinar el competente para conocer de un determinado asunto era un conflicto de jurisdicción y no de competencia, asumió el Tribunal Disciplinario su solución.

Tal criterio se mantuvo invariable, inclusive, en la frustrada reforma constitucional de 1979, toda vez que, al crearse el Consejo Superior de la Judicatura se le asignó la atribución de dirimir los conflictos de jurisdicción en los mismos términos que contiene la ley 20 de 1972 y que son absolutamente iguales a los que contiene el citado artículo 256 de la Constitución de 1991, lo cual pone en evidencia el querer del constituyente de trasladar tal función del Tribunal Disciplinario a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en las mismas condiciones en que se venía ejerciendo, como, además, sin reticencias lo asientan las actas de la Asamblea Constituyente.

Así las cosas, resulta obvio inferir que corresponde al susodicho organismo resolver los conflictos de jurisdicción suscitados entre los jueces de distinta especialidad por expresa atribución constitucional.

En consecuencia, con la ya bien conocida negativa de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a cumplir con las funciones que la Constitución le impone, so pretexto de que la Carta de 1991 varió el concepto de jurisdicción, se ha creado una verdadera situación de hecho, que por su propia naturaleza, no constituye el supuesto fáctico de precepto legal alguno y que en la práctica se traduce en que carecerían los susodichos conflictos de juez que los resuelva, perspectiva contraria no solo al ordenamiento jurídico, sino que socava la misma soberanía nacional que encuentra en el sometimiento a la jurisdicción del Estado colombiano la solución de toda controversia jurídica acaecida en su territorio, una de sus más significativas manifestaciones.

Evidentemente, si la Constitución asignó la solución de tales conflictos a la

mencionada corporación en los mismos términos que lo hacía la ley 20 de 1972 al Tribunal Disciplinario, como lo demuestran tanto su tenor literal como sus antecedes históricos, no existiría otra autoridad judicial con la atribución para resolverlos, generándose una caótica situación cuya solución se infiere, por mandato del artículo 5 del C. de P.C., de la aplicación de los principios constitucionales.

El artículo 234 de la Constitución consagra que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, principio que lejos de constituir un enunciado vacío, está llamado a producir trascendentes repercusiones fácticas. Ciertamente, si la autoridad judicial a quien el Constituyente confió la solución de los conflictos de jurisdicción se niega a hacerlo cuando se trata de controversias suscitadas entre los jueces de las distintas especialidades que conforman la "jurisdicción ordinaria", corresponde a la Corte, como su máximo tribunal y, por ende, juez natural para el referido efecto, entrar a dirimirlos.

Es inocuo, pues: indagar sobre norma de ante legal que atribuya a la Corte tan significativa función, o que la atribuya a los tribunales de cada Distrito Judicial, puesto que la negativa de la Sala Disciplinaria ha generado una situación que norma alguna hubiese podido prever y que conmina a acudir a los principios constitucionales para su solución.

No es acertado encontrar una definición a la cuestión debatida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, porque tal precepto, se insiste aún a riesgo de fatigar, solo tiene el alcance de asignar al Tribunal los conflictos de competencia, y solo estos, entre los diversos jueces de la jurisdicción civil, sin ocuparse de los conflictos de jurisdicción pues da por descontado que es autoridad distinta la encargada de dirimirlos.

Una determinación en el sentido que se propone, por fuera de tener sólido soporte constitucional, le permite a la Corte brindarle a un problema de tan delicadas aristas un coherente discernimiento, por cuya virtud se evitarían las decisiones en sentidos divergentes que se ven venir y que más que enmendar el problema, se constituirán en un agravante del mismo.

En consecuencia, se concluye, correspondía a la Corte dirimir el conflicto, en lugar de remitirlo a la Sala Plena del Tribunal...

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo A

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / CONTRATOS / FUERO CONCURRENTE / CARGA DE LA PRUEBA / DOMICILIO / CERTIFICACION / CAMARA DE COMERCIO

Cuando el proceso tiene por hontanar un contrato, despunta en materia de competencia territorial un fuero concurrente, toda vez que amén de tener cabida el principio general que se rige por el lugar del domicilio del demandado, también la tiene el del cumplimiento -no celebración- del contrato, uno de los cuales puede escoger, ad libitum, el actor. / El demandante que invoque un fuero concurrente, tiene la carga de probar el supuesto fáctico de la norma que lo consagra. / Lo determinante es el domicilio que aparezca expresado en el certificado de la Cámara de Comercio pertinente, careciendo de trascendencia, lo que sobre el particular simplemente se afirme.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 4805 *Auto No. 056*

Decídese el conflicto de competencia que enfrenta a los juzgados promiscuo civil del circuito de Soacha y diecisiete civil del circuito de Santafé de Bogotá, en torno al conocimiento del proceso ejecutivo promovido por Aquilino Cruz Pulido contra Transportes Multigranel Limitada.

I. Antecedentes:

1. Mediante demanda presentada en el juzgado promiscuo del circuito de Soacha, solicitó el actor que se ordene a la demandada, sociedad "con domicilio

social en Santafé de Bogotá D.C. y sede principal en la carrera 4a. No. 9D-10S (soacha)", pagar, además de los intereses correspondientes, la suma de $3.500.000.oo "que le adeuda por concepto de siete (7) cánones de arrendamiento, según lo pactado en un contrato de arrendamiento escrito celebrado entre las partes, el día primero de noviembre de 1990, en Soacha...". Dicho convenio se adjuntó al libelo demandatorio.

2. La razón para haber demandado allí, la expresó el demandante así:

"Por el lugar de la celebración del contrato de arrendamiento, del lugar donde debía pagarse los cánones de arrendamiento, lugar donde se encuentra el inmueble materia de la demanda, la sede principal de la sociedad demandada, la cuantía y la naturaleza del asunto, es usted señor juez el competente para conocer del caso".

3. El juzgado inadmitió la demanda para que fuesen subsanadas las deficiencias que anotó en auto de 14 de mayo de 1993; el actor dijo acatar lo ordenado mediante memorial que oportunamente presentó.

Empero, en proveído de 31 del mismo mes se rechazó la demanda, "por falta de competencia", y se ordenó remitirla al juzgado civil del circuito de Santafé de Bogotá, aduciéndose que en ésta tiene su domicilio la sociedad demandada. Resolución que se impugnó mediante reposición, alegándose que también el juzgado de Bogotá habíase declarado incompetente para conocer del asunto y que la sociedad demandada tiene su centro principal de operaciones en Soacha; pero el juzgado la mantuvo diciendo que estos dos argumentos carecen de virtualidad para infirmar su providencia inicial.

4. El juzgado diecisiete civil del circuito de Bogotá, al que se repartió el asunto, igualmente diciéndose incompetente, abstúvose de avocar el conocimiento del mismo, provocando así la presente colisión de competencias. Sustancialmente se apoyó en que si bien el domicilio de la sociedad es Bogotá, "también lo es que del contexto de la demanda se observa que el asiento principal de sus negocios es el municipio de Soacha (Cundinamarca), como también lo es el cumplimiento del contrato de arrendamiento aportado como fuente del recaudo y el domicilio del represente (sic) legal de la demandada".

5. Tramitado el conflicto, corresponde ahora desatarlo.

II. Consideraciones:

1. Visto que el conflicto se suscita entre juzgados de diverso distrito judicial, ciertamente corresponde a esta corporación desatarlo, según lo previene al art. 28, inciso 1o., del Código de Procedimiento Civil: en efecto, uno de ellos, el de Soacha, pertenece al distrito judicial de Cundinamarca, y, el otro, al de Santafé de Bogotá.

2. Es verdad que cuando el proceso tiene por hontanar un contrato, despunta en materia de competencia territorial un fuero concurrente, toda vez que amén de tener cabida el principio general que se rige por el lugar del domicilio del demandado, también la tiene el del cumplimiento del contrato, uno de los cuales puede escoger, ad libitum, el actor. Es lo que preceptúa, en suma, el numeral 5 del artículo 23 ejusdem.

3. En la especie de esta *litis* dice el actor acogerse, entre otros factores que mencionó para determinar la competencia, al lugar de cumplimiento contractual. Sin embargo, no demostró que este lugar resulte ser la ciudad de Soacha, desde luego que en el contrato que adjuntó no se descubre, en manera alguna, que se hubiese pactado que la renta, obligación por la que justamente se ejecuta, la debiese cancelar allí el arrendatario: en el convenio, antes bien, se guardó silencio al respecto.

4. Es obvio que el demandante que invoque un fuero concurrente, tiene la carga de probar el supuesto fáctico de la norma que lo consagra, desde luego que en tal supuesto quiere apartarse del principio general, reconocido desde el fondo de las edades, según el cual al demandado se convoca a juicio en el lugar de su domicilio; y como la elección que entonces surge, la debe manifestar desde la demanda misma, es patente que el asunto ha de estar plenamente determinado desde allí.

5. Si, pues, el acá demandante no demostró que tenía derecho a optar por el fuero concurrente, forzosamente está atado al principio general de competencia territorial, en este caso demandando en la ciudad de Santafé de Bogotá, lugar que indicó como domicilio de la sociedad demandada, y que de hecho lo es según se lee en el certificado que de la Cámara de Comercio adjuntó con la demanda. Ha de añadirse que para los efectos inquiridos lo determinante es el domicilio que aparezca expresado en tal certificado (art. 117 del C. de Comercio), careciendo de trascendencia, por lo mismo, lo que sobre el

particular simplemente se afirme; comentario que se hace porque el demandante expresó en la demanda que la sociedad tenía el asiento principal de sus negocios en Soacha.

7. De conformidad con lo dicho, el competente para conocer de la demanda es el juzgado de Bogotá. Conclusión que no la enerva ninguno de los otros factores que en el punto invocó el demandante; porque el fuero concurrente de que se viene hablando se presenta es con el lugar de cumplimiento del contrato, y no con el de celebración como se sugiere en el lugar pertinente de la demanda: de otra parte, en este caso tampoco juega el lugar de ubicación del inmueble, pues que no se da ninguna de las hipótesis previstas en los numerales 9 y 10 del artículo 23 del C. de P.C., memorándose a este propósito que de lo que aquí se trata es de un proceso ejecutivo.

III. Decisión:

En armonía con lo explanado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, resuelve el conflicto en el sentido de indicar que el competente para conocer del aludido proceso lo es el juzgado diecisiete civil del circuito de Santafé de Bogotá, al que se enviará inmediatamente el expediente contentivo del mismo, al tiempo que se enterará de esta decisión al otro juzgado inmerso en el asunto.

Notifíquese

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

DICTAMEN PERICIAL / PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLOGICA / INDICIO / LEALTAD PROCESAL

Importancia de la prueba pericial antropohereodobiológica. Prueba indiciaria como consecuencia de la renuencia a su práctica. Doctrina del Congreso. / Eventos en que el juez podrá deducir indicios por la conducta procesal de las partes. / El legislador, ante la falta de lealtad o conducta antiprocesal de una de las partes, así como ante la renuencia o falta de colaboración en la práctica de las pruebas que han sido decretadas, erige tal conducta en indicio en contra de dicha parte, porque los litigantes, fuera de estar obligados a ser honestos o leales en la contienda, deben colaborar en la realización de los elementos de convicción, y en manera alguna asumir posiciones orientadas a perturbar o impedir la ocurrencia de las pruebas.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / TESTIMONIO

Respetabilidad y modificación de la función legal de análisis probatorio realizado por el sentenciador, en tratándose de la prueba testimonial. / Una declaración no puede tratarse en manera alguna de una precisión matemática, estereotipada y precisa en sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiere de exigirse, al testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia.

PRESUNCION DE ACIERTO / AUTONOMIA DEL JUZGADOR

Cuando las sentencias suben a la Corte como consecuencia de la formulación del recurso extraordinario de casación, llegan amparadas en su integridad por la presunción de acierto, tanto en la apreciación de los hechos como en las consideraciones jurídicas o legales que de la situación litigiosa haya hecho el juzgador en

segundo grado. Y como éste goza de una discreta autonomía en la estimación de los elementos de convicción incorporados al proceso, sus conclusiones al respecto asumen la singular característica de ser intocables en casación, en la medida en que por la parte impugnante no se demuestre con certeza que el ad quem, al efectuar tal apreciación incurrió en yerro evidente de hecho o en uno de valoración.

ERROR DE HECHO

El yerro de hecho debe aparecer de modo manifiesto, lo cual se traduce en que debe ser tan notorio y grave que a simple vista se imponga a la mente sin complicados o esforzados raciocinios.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: *Expediente No. 4110* *Sentencia No. 26*

Procede la Corte a decidir el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de julio de 1992, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el proceso ordinario adelantado por Rogelio Alberto Palacio Jaramillo contra el menor Julián Andrés González, representado por su madre María Nelly González Marín.

Antecedentes:

1.- Por demanda presentada el 3 de junio de 1986, solicitó la Defensora de Menores que con audiencia de Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, se declare que el menor Julián Andrés, nacido en Sevilla el 29 de julio de 1985, es hijo extramatrimonial del mencionado Rogelio Alberto; que éste tiene la obligación legal de proporcionarle al menor asistencia moral y alimentaria; que los derechos de patria potestad y cuidado del menor "sean ejercidos por su progenitora"; que se hagan las correcciones pertinentes al margen del registro del nacimiento del menor; y que se dispongan las demás declaraciones que consagra la ley.

II.- Las pretensiones las apoya la parte demandante en los hechos que a continuación se compendian:

a) María Nelly González Marín inició y sostuvo relaciones sexuales extramatrimoniales con Rogelio Alberto Palacio Jaramillo desde el 20 de julio de 1984 hasta el mes de febrero de 1985, lo que dió lugar al embarazo de aquélla y al nacimiento de Julio Andrés el 29 de julio del año antes citado, en la ciudad de Sevilla, habiéndose registrado el nacimiento del menor en la Notaría Primera de Sevilla, con el apellido materno, porque Rogelio Alberto se negó a reconocerlo como a su hijo extramatrimonial.

b) Que el Juzgado Promiscuo de Menores, mediante solicitud que le formulara la Defensora de Menores el 11 de febrero de 1986, citó entonces a Rogelio Alberto para que rindiera declaración de paternidad en la forma establecida por el artículo 1o. de la ley 75 de 1968, pero éste "negó en su declaración ser el padre del menor Julián Andrés".

c) Durante la época de concepción y nacimiento del menor Julián Andrés, María Nelly González Jaramillo estaba soltera y aún conserva ese estado.

III.- Adelantado el litigio con oposición del demandado, el extinguido Juzgado Promiscuo de Menores de Sevilla ultimó la instancia con sentencia de 27 de septiembre de 1986, despachando favorablemente las súplicas de la demanda.

IV.- Con fundamento en el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, ante el Juzgado Civil del Circuito de Sevilla, mediante demanda presentada el 20 de febrero de 1987 y corregida luego, solicitó que con audiencia del menor Julián Andrés González se declarase que él "no es padre natural del menor Julián Andrés González", apoyando tal pretensión en la inexistencia de relaciones sexuales entre aquél y María Nelly González, ya que "el 11 de noviembre día hábil para la concepción" se encontraba en Puerto Boyacá, como quedó demostrado en el proceso; y además, porque no tuvo "amores continuos ni reiterados con la madre del menor". Añade que el Juzgador de Menores desacertó en la apreciación de la prueba y en la cuestión de derecho.

V.- Enterado el menor demandado de las pretensiones del demandante en revisión, contestó en el sentido de oponerse a las súplicas de la demanda y de

aclarar algunos hechos y expresar que el sentenciador no desacertó en sus apreciaciones de hecho y de derecho. Por su parte, el curador *ad-litem* designado al menor respondió negando la mayoría de los hechos y oponiéndose a la pretensión de revisión.

VI.- Enviado el proceso al Juzgado Promiscuo de Familia de Sevilla y por impedimento de éste, le correspondió al Juzgado Civil del Circuito de la misma ciudad ultimar la primera instancia, lo cual hizo con sentencia de 13 de diciembre de 1991, mediante la cual declaró que el demandante Rogelio Alberto Palacio Jaramillo "no es el padre extramatrimonial del menor Julián Andrés González", lo que dio origen a que éste y su curador *ad-litem* interpusieran el recurso de apelación contra lo así decidido, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 22 de julio de 1992, por el cual se revocó el proferido por el *a-quo*, se denegaron las súplicas de la demanda y se adicionó la sentencia de 27 de septiembre de 1986, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia en el sentido de fijar, como cuota alimentaria, a cargo de Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, el 35% del salario mínimo legal.

VII.- Inconforme el demandante Rogelio Alberto Palacio Jaramillo con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del tribunal:

Referidos los antecedentes del litigio y definido por el Tribunal que es el Juez de Familia el competente para conocer de la acción de revisión y que si este presupuesto no se configura en el presente proceso, se debe al impedimento expresado por el Juez Promiscuo de Sevilla, que aceptado por el Tribunal, dio lugar a la designación del Juez Civil del Circuito de esa misma ciudad para que conociera del asunto.

Explicado lo anterior, pasa el *ad-quem* a expresar que la acción de revisión a que se refiere el artículo 18 de la ley 75 de 1968, si bien tiene como tema central la decisión adoptada por el Juez de Menores (hoy de Familia) respecto de la filiación extramatrimonial, tiene además la especialísima connotación de permitir discutir la situación en toda su dimensión.

Siendo así las cosas, añade el *ad-quem*, es claro que el punto de partida natural debe ser la sentencia proferida por el Juez de Menores y el respaldo

probatorio en que ésta se fundó, y al efecto se tiene que se apoyó en los siguientes razonamientos:

a) Que el demandado, aquí demandante, confesó haber sostenido relaciones sexuales con la madre del menor.

b) Que si bien el demandado Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, demandante en acción de revisión, ubicó tales relaciones en los meses de junio y julio de 1984, (lapso que no coincide con el de la concepción) este punto se supera con los indicios que contra dicho reo procesal emergen de una serie de conductas, que permiten concluir que el trato sexual acaeció no solamente en los meses y año antes referido, como lo reconoce el presunto padre, sino que se prolongó, por lo menos, durante el resto de ese año.

c) Que los indicios a que se refiere el Juez de Menores, son los siguientes: La no comparecencia de Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, como demandado, a la audiencia de conciliación; la no presentación de éste en las diferentes oportunidades en que se dispuso la práctica de exámenes sanguíneos y cotejos genéticos entre el menor, su madre y el presunto padre; el no pronunciamiento expreso, por parte del demandado Palacio Jaramillo, sobre los hechos de la demanda.

Enseguida el sentenciador de segundo grado expresa que en lo que tiene que ver con la reflexión que hizo el Juez de Menores de privar a la prueba testimonial del todo, porque en verdad, cuando existe en un conjunto de pruebas de este linaje tal grado de antagonismo, y no es posible determinar con certeza quién o quiénes dice la verdad, lo correcto es prescindir de valorar un medio probatorio que dista mucho de constituir fundamento confiable de una decisión judicial, máxime, si como aquí acontece, se presentan evidentes motivos de sospecha por razón de parentesco, amistad o dependencia con las partes, fuera de que sus versiones son de oídas.

Aclarado lo anterior, el Tribunal sienta las reflexiones siguientes:

1a.) Está fuera de discusión que Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, en el primero y segundo procesos, admite haber sostenido trato carnal con la madre del menor Julián Andrés; lo controvertido por aquel es la época en que el referido trato se desarrolló, como quiera que desde un principio ha afirmado que las relaciones sexuales ocurrieron en los meses de junio y julio de 1984 y el

Juzgador de Menores concluye que se prolongaron, por lo menos hasta finales de ese año.

2a.) Que en sentir del Tribunal, cualquier duda que sobre el particular pueda surgir, se diluye con la conducta asumida por el presunto padre en el proceso contentivo de la acción de revisión, ya que "una vez más, y sin motivo justificado alguno, evade someterse a la práctica de la prueba antropoheredobiológica ordenada por el *a-quo*, comportamiento éste que por ser reiterativo (ocurrió en ambos procesos), deja de constituir un mero indicio (art. 7o. Ley 75 de 1968) para erigirse en una prueba más de la paternidad a él enrostrada.

3a.) Que si bien la prueba de linaje testimonial incorporada a este proceso igualmente presenta perfiles de antagonismo que imposibilitan determinar cuál de las versiones es la ajustada a la realidad, es claro que esa contradicción se centra fundamentalmente en lo atinente al hecho del eventual encuentro de la pareja Palacio González la noche del 11 de noviembre de 1984 en la finca "Campoalegre".

4a.) Que en los que atañe al trato personal y social de la pareja, por la época de la concepción del menor Julián Andrés, comportamiento éste que constituye uno de los elementos indicadores de la existencia de relaciones sexuales, "el antagonismo testimonial no es tan evidente, y, por el contrario serias como responsivas atestaciones se orientan en el sentido de señalar que Rogelio Alberto Palacio y María Nelly González sostuvieron un trato personal claramente indicativo de la existencia de comunidad sexual, que se prolongó hasta el nacimiento mismo del hijo de ésta, como lo relata nítida y responsivamente Lilia Vélez de Lugo cuando afirma que '...Desde que empezaron las relaciones Nelly y Rogelio yo me di cuenta de ellas hasta que el niño nació, me di cuenta de las relaciones porque cuando Rogelio Alberto iba al almacén por Nelly, yo me quedaba reemplazándola para que ella se fuera con él; eso ocurría únicamente por días lo referente al reemplazo, y también (sic) me consta que el niño sea de Rogelio Alberto porque Nelly no salía con nadie más...' ".

5a.) Que si bien es cierto que la declaración antes referida acusa inconsistencias menores de tiempo, modo y lugar, frente a lo manifestado por otros declarantes y frente a lo declarado en el proceso seguido ante el Juez de menores, lo cierto es que tales inconsistencias no tienen el vigor suficiente para negarle su eficacia probatoria, según la jurisprudencia de la Corte que cita y

transcribe. Y continuando el *ad-quem* en la ponderación del referido testimonio, sostiene que esa "sola declaración responsiva, más o menos exacta y completa, con adecuada razón de la ciencia del dicho, sometida a las reglas de contradicción propias de la prueba testimonial, apreciada a la luz de la sana crítica, permite holgadamente hallar la prueba que el *a-quo* echo de menos acerca de la época en la que se desarrollaron las relaciones sexuales entre ROGELIO ALBERTO PALACIO JARAMILLO Y MARIA NELLY GONZALEZ. Recuérdese que en nuestro ordenamiento procesal civil actual, no campea el sistema tarifario de la prueba que traía el anterior código judicial, a virtud del cual, en materia de testimonios, un solo declarante no formaba jamás plena prueba".

6a.) Que si "a la declaración examinada en este acápite del fallo se le suman los restantes elementos de convicción que se han dejado puntualizados párrafos atrás (confesión del demandado acerca de las relaciones sexuales y su reiterada e injustificada reticencia a la práctica de la prueba antropohereodobiológica), prontamente se concluye que la paternidad extramatrimonial a él atribuida por el señor Juez Promiscuo de Menores de Sevilla, mediante sentencia de fecha septiembre 27 de 1986, es decisión que debe ser prohijada por este Tribunal, lo cual comporta la revocatoria del fallo que, por vía de acción de revisión, determinó lo contrario".

7a.) Que "no sobra agregar, -finalmente- en obsequio de la claridad, que aunque las relaciones sexuales entre la pareja tantas veces citada no tienen, en modo alguno perfiles de estabilidad y notoriedad (la propia madre del menor advierte que sólo existieron 4 ó 5 relaciones entre ellos -folio 29 fte. cdno. 1ó.), ello no constituye escollo alguno para la atribución judicial de la paternidad, dado que, como es suficientemente conocido, desde 1968, el legislador de ese año, a través de la Ley 75, suprimió la exigencia que, al punto, traía la Ley 45 de 1936 en torno a que las únicas relaciones sexuales con virtualidad de servir de apoyo a una declaración de esta connotación, eran las que reunieran las características de 'Estables y Notorias'.

"De ahí que no le asista razón alguna al actor de la demanda de revisión que dio génesis al presente debate, cuando, para procurar la infirmación del fallo del Juez de Menores alega que ROGELIO ALBERTO PALACIO JARAMILLO '...nunca tuvo amores continuos ni reiterados con la madre del menor...' (Folio 185 fte. cdno. 1)".

8a.) Que en "el registro civil de nacimiento del menor JULIAN ANDRES GONZALEZ (folio 2 cdno. 1o.) claramente se advierte que el Notario de Sevilla certifica que su nacimiento ocurrió en ese mismo Municipio (Sevilla), y por tanto, el que la madre de dicho menor haya expresado en uno de los apartes de su declaración en este proceso que dicho nacimiento acaeció en Caicedonia, es circunstancia que no infirma, por sí sola, la atestación del Notario Público, ni tiene la virtualidad de poner de manifiesto, a simple brillo de ojo, la nulidad absoluta del preindicado documento público.

"Diferente sería la hipótesis de que en el cuerpo mismo del aludido certificado notarial constara que, nacido el menor en Caicedonia, su registro se verificó en Sevilla, pues, frente a éste supuesto, indudablemente estaríamos de cara a una nulidad formal observable de manifiesto en dicho documento, que daría lugar, siempre que coexistan los restantes requisitos axiológicos que demanda la Ley, a la declaración de nulidad pertinente".

9a.) Que, por último, "es pertinente adicionar la sentencia objeto de *REVISION* con el pronunciamiento *CONSECUENCIAL* de alimentos que en favor del menor apareja una declaración judicial de paternidad extramatrimonial como la efectuada por el funcionario de menores: así las cosas, y atendiendo las previsiones del artículo 155 del Código del Menor, habrá de señalarse el 35% del salario mínimo legal como suma que, mensualmente deberá suministrar ROGELIO ALBERTO PALACIO JARAMILLO a su hijo JULIAN ANDRES, dado que no aparece acreditado en el plenario la capacidad económica de aquél. (Sin perjuicio, claro está, de la acción de reajuste pertinente)".

El recurso de casación:

Un único cargo, dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en el quebranto de los artículos 6o. numeral 4 y 31 de la Ley 75 de 1968, 1o., 8o. y 25 de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

Fundado el recurrente en la transcripción de algunos pasajes del fallo atacado, comienza por advertir que al igual que en la sentencia cuya revisión se pretende en este proceso, en la del Tribunal que ahora combate no jugó papel alguno la prueba testimonial practicada para demostrar las relaciones extramatrimoniales entre Nelly González y Rogelio Alberto Palacio Jaramillo

ocurridas el 11 de noviembre de 1984, señaladas por la madre como las últimas que hubo en la concepción del menor Julián Andrés. Por tanto, añade, el cargo nada tiene que ver con dicha prueba.

Más adelante sostiene el recurrente, que del fiel trasunto del fallo del *ad-quem*, la decisión se apoya en estas pruebas: a) En la declaración de Lilia Vélez de Lugo; b) En la confesión de Rogelio Alberto Palacio Jaramillo; y, c) En la reiterada reticencia a la práctica de la prueba antropoheredobiológica.

Ocupándose prioritariamente la censura del testimonio de Lilia Vélez y de la ponderación que de él hizo el Tribunal, que transcribe, expresa:

"A texto tan parco y escueto como el que se deja transcrito, que si algo lo caracteriza es su generalidad, imprecisión y el ser absolutamente equívoco, es al que el Tribunal le atribuye las calidades propias de un testimonio perfecto, entre ellas las que exigen que sea responsivo, exacto y completo. Es muy fácil y cómodo decir, sin consideración alguna por la realidad, que esté adornado por estas virtudes lo que manifiestamente carece de ellas. Mirado en sus propios términos, el texto destacado por el Tribunal no dice absolutamente nada que permite razonablemente deducir un trato sexual entre una pareja. Decir que una mujer salga con un hombre, como se lee en este texto, es circunstancia completamente insuficiente para deducir de ahí la existencia de un trato sexual entre ellos. Y muchísimo menos lo es el hecho, indefinidamente negativo, y por ello sólo desprovisto de credibilidad, de que NELLY GONZALEZ tenía trato social con ROGELIO ALBERTO únicamente como que nadie puede seguir los pasos de otro con continuidad y constancia tales como para poder afirmar qué hace o qué no hace a cada momento de su actividad ordinaria. Y es a todas luces más desproporcionado todavía, y contraevidente por lo tanto, que el Tribunal haya hallado en el texto comentado huella de trato personal o social indicativo de relaciones sexuales, es decir, la hipótesis que para el efecto contempla el inciso segundo del numeral 4o. del art. 6o. de la ley 75 de 1968, máxime si se repara en que, conforme a ese inciso, el trato personal y social requiere, para alcanzar a tener aquélla significación, que se le aprecie 'dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad', condiciones que en este caso el Tribunal tuvo por satisfechas sin estarlo, y las vio en la declaración de Lilia Vélez de Lugo, sin aparecer en ella, especialmente en el espacio de tiempo que aquí era fundamental y decisivo, o sea el que abarcaba el período en que conforme a la ley debió tener lugar la concepción de Julián Andrés González. Lo dicho por

Lilia Vélez de Lugo en el pasaje comentado de su declaración, o sea que se dio cuenta de las relaciones entre Nelly y Rogelio 'desde que empezaron hasta que el niño nació', no suministran ni aún el más tenue apoyo para deducir de allí, como lo deduce el Tribunal, que durante el segundo semestre de 1984 y a lo largo del mismo, es decir, abarcando el período de la concepción de Julián Andrés, que es lo que aquí importa, hubieran tenido lugar relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre. Y no se diga a propósito de esto que la soberanía del sentenciador de segundo grado en la apreciación libre de la prueba hace intocable en casación aquella premisa, porque la discrecionalidad que preside la valoración de la prueba testimonial no puede llevarse a extremos que coincidan con la arbitrariedad, donde la discrecionalidad se confunda con la tiranía mental, como ocurriría en el punto comentado si se dijese que si el Tribunal estimó que la declaración de Lilia Vélez de Lugo, en el pasaje comentado, era bastante por sí sola, para demostrar la paternidad de Rogelio Alberto Palacio J., tal estimación es hoy intangible. Porque, se repite, basta leer el texto que inexplicablemente tanto impresionó al Tribunal, para advertir la protuberante contraevidencia de aquélla deducción.

"Y no es que, como pudiera pensarse, el texto transcrito de la declaración de Lilia Vélez de Lugo constituye apenas una síntesis o prontuario que condense lo expresado por ella en el contexto de su testimonio total, de modo que la imprecisión y generalidad de aquél pasaje encuentren explicación satisfactoria en otros apartes de la declaración. Porque en verdad, para lo de interés en el tema, que sería la prueba de relaciones en la época en que se presume la concepción, los datos que da en otros sectores de su testimonio la Sra. Vélez de Lugo se concretan, a ese respecto, a las fechas del 20 de julio y del 11 de noviembre de 1984, de las cuales la primera no importa por estar fuera de la época de la concepción de Andrés González. En cuanto a la del 11 de noviembre, que sí tendría interés aquí, sucede que el Tribunal fue explícito, siguiendo en eso el criterio adoptado por el Juzgado Promiscuo de Menores de Sevilla y por el Juzgado *a-quo*, en desechar en su totalidad la prueba testimonial recaudada para probar que Nelly y Rogelio Alberto estuvieron juntos en ese día, por ser antagónica con otra, también testimonial, según la cual Rogelio Alberto estuvo ese día en otro sitio, y tal reunión, por tanto, fue absolutamente imposible. El propio Tribunal, al acoger la declaración de la Sra. Vélez de Lugo, pone de presente que lo hace en vista de que la parte acogida de ella está sustraída el antagonismo testimonial aludido".

"Es de ver, por otra parte, que si bien en el cuerpo de su misma declaración la testigo Vélez de Lugo alude a otros encuentros ocurridos entre María Nelly

y Rogelio Alberto, la verdad es que unos de ellos, que pudieran ser significativos sexualmente, no aparecen ubicados en el tiempo, de modo que pierden aquí, por eso, cualquier trascendencia; y los otros tuvieron lugar con posterioridad a la concepción de Julián Andrés, que no sólo por eso carecen también de interés en este caso, sino porque inclusive excluyen cualquier manifestación de tratamiento entre María Nelly y Rogelio Alberto que corresponde al previsto en el inciso segundo del numeral 4o. del art. 6o. de la Ley 75 de 1968, como que, según la testigo lo expresa, consistieron en intentos de María Nelly por lograr que Rogelio Alberto reconociera la paternidad, y en actitudes negativas del último a tal aceptación. No podía el Tribunal en modo alguno, entonces, sin incurrir por aquí también en manifiesto error de hecho, ver en los mencionados encuentros acreditada, como lo dijo, la hipótesis del inciso segundo del numeral 4o., art. 6 de la ley 75".

Y más adelante sostiene la censura respecto del mismo testimonio:

"Por el aspecto examinado hasta ahora, entonces, no se remite a la menor duda que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al ver en la declaración de Lilia Vélez de Lugo, o mejor, en la parte de ella a que contrajo su estimación, prueba principal, básica y definitiva de relaciones sexuales entre María Nelly González y Rogelio Alberto Palacio en la época en que debe presumirse la concepción de Julián Andrés González. Pero es que el error manifiesto de hecho no se revela únicamente por ese aspecto, sino también por otro no menos vigoroso y contundente, que por esta razón merece capítulo aparte.

"Sucede, en efecto, que según se ha dejado visto el Tribunal encuentra en la declaración de Lilia Vélez de Lugo prueba suficiente de que María Nelly González y Rogelio Alberto Palacio J. convivieron sexualmente en el lapso comprendido desde julio de 1984 hasta julio de 1985, cuando nació Julián Andrés, lapso en el cual está obviamente comprendido el período en que se presume la concepción de éste, que conforme al art. 92 del C.C. tuvo que estar comprendido entre octubre de 1984 y enero de 1985. En virtud de ello, precisamente, fue como el Tribunal concluyó que estando probado que la pareja mantuvo relaciones en el período indicado, había lugar a declarar la paternidad de Rogelio Alberto conforme al numeral 4o. del art. 6o. de la ley 75 de 1968.

"Pero resulta que la propia madre del hijo sobre cuya filiación se discute, cuyo dicho al efecto no es susceptible aquí de discusión puesto que nadie más

autorizada que ella para afirmar lo que afirmó, dice y reitera en sus diversas declaraciones que sus últimas relaciones sexuales con Rogelio Alberto Palacio J. ocurrieron el 11 de noviembre de 1984. O sea que por omisión de tener en cuenta la declaración de la madre, María Nelly González, el Tribunal incurrió en el error manifiesto de dar por probado, con la declaración de Lilia Vélez de Lugo, que hubo convivencia sexual entre María Nelly y Rogelio Alberto en la fracción del período de la concepción que va desde el 11 de noviembre en adelante. La declaración de María Nelly González a ese respecto, destructiva parcialmente del alcance que el Tribunal le dio a la declaración de Lilia Vélez de Lugo, tomando para el caso una de las varias suyas, v.gr. la visible a folios 27 del cuaderno principal, es del siguiente tenor, que viene luego de la narración de antecedentes que se remontan el 20 de julio de 1984.

"'...así seguimos saliendo. luego otra vez fuimos a la finca, no recuerdo la fecha, la última vez fue el 11 de noviembre de 1984, que estuvimos en la finca y yo estuve con él, ese día no se quedo nadie en la finca, el 11 de noviembre subimos los demás se vinieron y yo me quedé sola, iban la señora... ellas se vinieron por la tarde, yo si amanecí allá, yo me quedé con él viendo el reinado allá en la finca, *o sea que hasta el 11 de noviembre tuvimos relaciones sexuales, él y yo, hasta ahí no más*, él fue en diciembre, que no recuerdo el día, y yo le dije que no podía salir porque para ese tiempo había mucho trabajo, o sea que en diciembre no tuvimos relaciones, *yo tuve* relaciones con él hasta el 11 de noviembre del 84 nada más...'. Y más adelante (fls. 29): 'Yo inicié relaciones con él el 20 de julio de 1984. duraron hasta el 11 de noviembre del mismo año, en ese tiempo tuvimos relaciones cuatro o cinco veces... se terminaron las relaciones por el embarazo mío, hasta que él se dio cuenta que estaba embarazada...'. Preguntada acerca de por qué en la demanda se afirmaba que las relaciones habían perdurado hasta fines del mes de febrero de 1985, contestó: '*Las relaciones sexuales no fue sino hasta el 11 de noviembre pero* seguimos hablando y él yendo hasta febrero' (subrayas mías)".

Para que la declaración de Lilia Vélez de Lugo pudiera ser utilizada como prueba, era necesario que diera cuenta fehaciente de circunstancias que permitieran deducir la realización de relaciones íntimas con el breve lapso comprendido entre octubre y noviembre 11 de 1984. Pero la testigo Vélez de Lugo, cuando alude a ese tipo de relaciones entre Nelly y Rogelio Alberto, sólo habla de las fechas ciertas del 20 de julio y del 11 de noviembre, de las cuales la única relevante sería esta última, que también fue desechada por el Tribunal, coincidiendo en ello con determinación adoptada al respecto por el Juzgado

Promiscuo de Menores de Sevilla y por el Juzgado *a-quo*, como ya quedó visto atrás. Todo ello viene a significar, pues, reiterando lo que se ha venido sosteniendo en esta argumentación, que la declaración de Lilia Vélez de Lugo no da apoyo ninguno a la conclusión que de ella extrajo el Tribunal, conclusión que es contraevidente, es decir, que está afectada por el error manifiesto de hecho alegado en la proposición del presente cargo".

Posteriormente la censura aborda la denominada por el Tribunal prueba de "confesión" de Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, y en el punto afirma que, éste "ciertamente, aceptó haber tenido relaciones carnales con Nelly González, pero las limitó en el tiempo a época anterior a la en que se presume de derecho la concepción del menor Julián Andrés. Siendo ello así, como en efecto lo es, resulta irrefragablemente cierto que lo reconocido por Palacio J. no envuelve confesión, pues en nada lo perjudica, visto que de la relación que reconoce no pudo, científica y legalmente, ser fruto el menor cuya paternidad se investiga. Es auténtica contraevidencia, pues, fundar en la declaración de parte rendida por Palacio Jaramillo, prueba de su paternidad. Es tolerable, apenas, que tratando el Tribunal de ampliar las bases probatorias de su sentencia, hubiera señalado entre ellas la declaración de Palacio Jaramillo, porque ciertamente estaría acreditado con esta un antecedente concomitante con la filiación declarada, es decir, un antecedente que hacía, por lo menos, pero desde luego muy débilmente, verosímil la paternidad de Palacio J. Pero no más que eso, que es muy poco, casi nada. Con la supuesta confesión de Palacio J. no podía el Tribunal, sin incurrir en manifiesta contraevidencia, hacer la declaración de paternidad que hizo".

Por último y en lo que tiene que ver con la prueba indiciaria que tuvo en cuenta el *ad-quem*, le formula los reparos siguientes:

"Viene en seguida el indicio a que acude el Tribunal para fundar probatoriamente su decisión, o sea el consistente en la 'reiterada e injustificada reticencia (de Rogelio Alberto Palacio J.) a la práctica de la prueba antropohereodobiológica' (página 21 de la sentencia). A esta circunstancia se había referido el Tribunal en pasaje anterior de su fallo (página 19), para concederle especial importancia al decir a propósito de ella que, más que un indicio, es una prueba más de la paternidad de Palacio J., por ser reiterativo y porque 'correspondiéndole la carga de infirmar la decisión adoptada por el Juez de Menores, se resistió a la práctica del elemento de convicción que, con mayor fuerza demostrativa podía descartar la paternidad a él atribuida'.

"En las consideraciones que hace el Tribunal para estructura este indicio, hay más de un error manifiesto:

"Está, por ejemplo, el hecho de considerar que por ser reiterativa la presunta renuencia de Palacio J. a la práctica de la prueba antropoheredobiológica, tal comportamiento deja de ser un mero indicio y se erige en una prueba más de la paternidad. En lo cual hay una auténtica tautología, porque ver en esa circunstancia un indicio de paternidad, siguiendo al efecto la indicación del art. 7o., inciso segundo de la ley 75 de 1968, implica necesariamente ver una prueba más, es decir, adicional, de paternidad, no una prueba especial de ésta, diversa de la indiciaría. Afirmar eso, entonces, no pasa de ser una perogrullada. Pero si lo que el Tribunal quiso decir es que lo reiterativo de esa renuencia le da la fuerza de prueba suficiente de la paternidad, entonces cometió con ello el error manifiesto de deducir de cada ausencia de Palacio Jaramillo un indicio independiente de paternidad, multiplicando así los indicios al deducir de cada hecho indicente de la renuencia, un indicio separado. Es principio propio de la estructura lógica de la prueba indiciaría, que si al hecho indicado, que es el que constituye el indicio, se llega al través de varios hechos indicantes, no hay sino un sólo y único indicio, no tantos indicios como hechos indicantes. Por ello, aquí, la supuesta conducta reticente de Palacio Jaramillo a la práctica de la prueba en referencia, no configuraría sino un sólo y único indicio de paternidad, no tantos como veces haya supuestamente dejado aquél de asistir a citas para la práctica de la prueba. El error de hecho es, por lo tanto, ostensible. Y, todavía más es de observar que si como es sabido, la prueba antropoheredobiológica no arroja resultados absolutamente ciertos acerca de la relación de filiación paterna de una persona con respecto a otra, ya sean positivos o negativos, entonces el indicio que en contra del presunto padre autoriza deducir el inciso segundo del art. 7o. de la ley 75 de 1968, en el caso allí contemplado, que es el que me ocupa, no puede racionalmente ser tomado como prueba definitiva de la filiación. Hacerlo así, como aparentemente lo hizo en este caso el Tribunal, es incurrir en error manifiesto de hecho.

"Y en cuanto a que la no concurrencia, de que habla el Tribunal, a la práctica de la prueba científica en referencia, le da fuerza especial al indicio por cuanto Palacio Jaramillo tenía la carga de la prueba, y aquélla era el modo más seguro de demostrar la inexistencia de la paternidad, hay en ello otra confusión, que, por una parte, envuelve el error manifiesto de hecho consistente en identificar la carga de la prueba con la prueba misma llamada a ser el objeto de ella, a la vez que, por otra parte, el error también de hacer de la circunstancia

de que una parte no se desembarace de la carga de la prueba que pese sobre ella, una prueba indiciaria especial, lo que es a todas luces inadmisibles, a más de inútil.

"Pero, por encima de lo anterior, ocurre que en el evento comentado el Tribunal dio por demostrado el hecho indicante, o sea la no presentación del actor Palacio Jaramillo a la práctica de la prueba, y que fue debido a eso, exclusivamente, que tal prueba no se practicó, sin que en el proceso exista prueba que acredite lo uno y lo otro. Ciertamente, si se revisa minuciosamente la actuación relacionada con la práctica de la prueba antropoheredobiológica, no se hallará por parte alguna demostrado que hubiera dejado de practicarse por causa imputable exclusivamente a la ausencia del señor Palacio Jaramillo; es decir, prueba de que a las convocatorias para practicarla hubieran concurrido Nelly González M. y el menor Julián Andrés González, mas no el Sr. Palacio Jaramillo. Respecto a estos dos últimos, ningún documento reza que Julián Andrés hubiera sido llevado en las oportunidades señaladas al Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ni que Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, identificado así, por sus nombres y apellidos, o con su cédula de ciudadanía, hubiera dejado de comparecer. Esto era esencial y necesario para que el Tribunal pudiera montar el indicio comentado; y si, no obstante faltar la prueba de lo uno y lo otro, el Tribunal dedujo tal indicio, fue suponiendo prueba inexistente en el proceso, forma la más elemental de incurrir en error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba.

"Pero es que, inclusive, tampoco media en el proceso prueba admisible de que Nelly González M. hubiera concurrido a las citas a que se viene haciendo referencia. Porque aunque a folios 61, 103 y 217 del cuaderno principal obran constancias aparentemente expedidas por el Laboratorio de Genética del ICBF de que en las distintas fechas allí señaladas la Sra. Nelly González estuvo presente en esa dependencia con el fin de practicar un examen (no se indica cuál, ni se alude para nada a Julián Andrés González, ni se nombra a Rogelio Alberto Palacio J.), lo cierto es que esas constancias carecen en absoluto de todo valor probatorio, de suerte que si el Tribunal las tuvo en cuenta para apoyar en ellas el indicio que se impugna, en lo que toca con la comparecencia de la mencionada Sra. González M., lo hizo incurriendo en error de derecho en su apreciación, por infracción de los artículos 262 y 264 del Código de Procedimiento Civil. Del art. 262, porque conforme al mismo el documento público consistente en certificación no es admisible como tal documento probatorio sino en los casos allí expresamente previstos, en ninguno de los cuales encajan certificaciones

como las de que se viene hablando. Por ahí no más, pues, ya las constancias aludidas, expedidas por el ICBF, carecen aquí de toda significación probatoria por cuanto no eran instrumentos adecuados para acreditar lo que en ellas se expresa. Y el art. 264, porque si por lo que acaba de decirse tales constancias no pueden catalogarse como documentos públicos, tampoco hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de lo declarado en ellos por quien los suscribe, que no es ni siquiera el Director o Jefe de la dependencia oficial que los expide, sino de persona subalterna. El error de derecho afirmado, pues, es indudable que existe".

Se considera:

1.- Cuando las sentencias suben a la Corte como consecuencia de la formulación del recurso extraordinario de casación, llegan amparadas en su integridad por la presunción de acierto, tanto en la apreciación de los hechos como en las consideraciones jurídicas o legales que de la situación litigiosa haya hecho el Juzgador de segundo grado. Y como éste goza de una discreta autonomía en la estimación de los elementos de convicción incorporados al proceso, sus conclusiones al respecto asumen la singular característica de ser intocables en casación, en la medida en que por la parte impugnante no se demuestre con certeza que el ad-quem, al efectuar tal apreciación incurrió en yerro evidente de hecho o en uno de valoración, puesto que la distinta estimación que de la prueba haga el impugnante mediante el referido recurso extraordinario no sirve para desquiciar e invalidar el fallo combativo, ni siquiera en el eventual caso o situación en que la Corte pueda diferir del criterio que haya tenido el Juzgador para llegar a la conclusión motivo del ataque.

2.- En efecto, cuando la acusación a la sentencia del Tribunal viene centrada por la causal primera de casación, por vía indirecta, concretamente por error de hecho en la apreciación de las pruebas, la doctrina de la Corte, con apoyo en las normas que disciplinan la referida causal y vía, ha sostenido de manera reiterada y uniforme, que el yerro de dicho linaje debe aparecer de modo manifiesto, lo cual indiscutiblemente se traduce en que debe ser tan notorio y grave que a simple vista se imponga a la mente sin complicados o esforzados raciocinios, o en otros términos, que sea de tal entidad que resulte contrario a la evidencia que el proceso exterioriza, porque en el recurso de casación los únicos errores fácticos que pueden tener el vigor suficiente para quebrar la sentencia atacada, son, según el criterio de la Corporación, "los que al conjuro de su sola enunciación se presentan al entendimiento con toda

claridad, sin que para descubrirlos sea menester transitar el camino más o menos largo y más o menos complicado de un proceso dialéctico" (Cas. Civ. de 21 de noviembre de 1971; 4 de septiembre de 1975 y, 14 de diciembre de 1977).

Abordando la Corte el preciso punto que se viene analizando, ha sostenido en decisiones numerosas, que cuando cumple su fundamental misión de actuar como Tribunal de casación únicamente puede ocuparse de los precisos temas que le proponga el recurrente y sólo puede aplicar las apreciaciones del fallador atinentes a puntos de hecho, "cuando formulando un ataque en esa órbita se muestra la comisión de un error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, yerro que emerja con esplendor bajo su sola circunstancia de su enunciación. De modo pues que las conclusiones de la sentencia requrrida mientras no sean contrarias a la lógica o no contradigan la realidad procesal, se imponen a la corte. Tal la razón para que la doctrina jurisprudencial haya dicho reiteradamente que para que los juicios del sentenciador de instancia no admiten 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. Y aún en el evento de que un nuevo estudio del haz probatorio produjera vacilaciones más o menos intensas sobre el acierto o desatino del sentenciador en las conclusiones fácticas, mientras no aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda" (Cas. Civ. de 17 de junio de 1964, Nro. 107, pág. 288). De ahí que la Corte haya sostenido, en pos del criterio que se acaba de sentar, que el yerro de facto se configura cuando la única ponderación y conclusión que admite la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que propone el recurrente; por el contrario, si dentro del campo de la lógica o de lo razonable puede abrirse paso la conclusión que en el examen del material probatorio y de los hechos hizo el ad-quem, en contraposición con la que saca y propone la censura en el cargo, no se da el yerro de facto en la modalidad de evidente o manifiesto, porque en tal evento no hay certeza del desacierto cometido por el Juzgador en la sentencia atacada.

3.- Hechas las anteriores precisiones y ya en la órbita de la prueba testimonial, la jurisprudencia se ha ocupado de señalar algunas pautas, entre ellas la de que el sentenciador goza de poderes para una conclusión propia, dentro de las varias realmente posibles, de tal manera que si el Tribunal

encuentra que si unos testimonios son vagos, imprecisos o contradictorios o, por el contrario, resultan ser responsivos, suficientes y sólidos, luego de reseñarlos, ponderarlos y encuadrarlos dentro de la integridad del problema litigioso, ejerciendo su función legal de análisis de la prueba, tal criterio, de suyo respetable, no puede ser modificado por la Corte sino cuando a ésta se le demuestre inequívocamente por la censura que ese recorrido discursivo es verdaderamente ilógico, se halla desvirtuando por otras pruebas prevalentes o, carece de respaldo en los mismos datos, en cuanto hubieran sido apreciados "contrariamente a su propio ser o tergiversados, o se opone a hechos que otros o los mismos factores ostentan, al extremo de que la conclusión resulta contraevidente" (Cas. Civ. de 7 de mayo de 1968). Así mismo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, como aplicable a estas causas de investigación del estado de hijo extramatrimonial, que debe desatenderse la prueba testimonial cuando ésta no venga revestida de una absoluta precisión, diafanidad y coordinación, de tal manera que por un desacierto en un detalle se pueda inferir, igualmente, que el testigo también se equivocó en los otros hechos narrados, sobre todo cuando relata episodios acaecidos hace varios años, puesto que lo natural y, por ende, aceptable, es que incurra en algunas imprecisiones y lo sospechoso es que haga gala de una exagerada memoria y fidelidad en lo afirmado. Por ello, advirtiendo esta circunstancia, se ha sentado por la doctrina de la Corte que una "declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiere de exigirse al testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia" (Cas. Civ. de 2 de junio de 1958, T. LXXXVIII, 121).

4 - En lo que concierne con la prueba de indicios, también se ha sostenido que la calificación que les conceda el Juzgador, atinentes a la gravedad, precisión, conexidad, pluralidad, relación con otras pruebas, constituye una tarea que le pertenece a la ponderada autonomía del sentenciador de instancia, cuyo dictamen o criterio se mantiene intocable en casación, mientras a través del ataque pertinente no se demuestre contraevidencia, como sacar deducciones de hechos no probados, o preterir los acreditados que son suficientes por sí mismos para determinar decisiones contrarias al fallo. Por tanto, si en el proceso de inteligencia o mental realizado por el Juzgador, éste no resulta arbitrario o en notoria pugna con lo que la prueba indiciaria exterioriza, debe prevalecer la conclusión que sacó el fallador de tal medio de convicción, porque según la doctrina de la Corporación, aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un

análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones están revestidas de la presunción de acierto.

De suerte que en lo que toca con la prueba de indicios y la prevalencia de la convicción que de la misma saque el Juzgador de instancia, ha sostenido la Corte que la contienda sobre su fuerza demostrativa queda en principio clausurado allí, al afirmar que si "en la prueba por indicios se trata 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 clausurado 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 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... Aún en el supuesto de que surgieran dudas a través del nuevo examen de los indicios que se alegan, es bien claro que el recurso extraordinario no podría fundarse en base tan deleznable como el estado dubitativo para decretar el quiebre de la sentencia objeto de la acusación" (Cas. Civ. de 12 de junio de 1958, T. LXXXVIII, págs. 176 y 177).

5.- Sentados los criterios precedentes, se tiene que uno de los indicios que tuvo en cuenta el sentenciador de segundo grado para despachar desfavorablemente la pretensión del demandante consistió en que éste fue contumaz, tanto en el proceso adelantado ante el extinguido Juzgado de Menores, como el seguido ante el Juzgado Civil del Circuito, de la prueba pericial antropohereodobiológica, pues no se hizo presente, sin motivo justificado, a dicha prueba ordenada por el *a-quo* en ambos procesos, comportamiento que por reiterativo, deja de constituir un simple indicio.

Sobre el punto, ciertamente establece la ley que en "todos" los procesos de investigación de la paternidad o de la maternidad, el Juez, a solicitud de parte o ex officio, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendien-

tes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredobiológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, "y ordenará peritación antropoheredobiológica", con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles que valorará según su fundamentación y pertinencia. Y por la importancia de la mencionada prueba pericial en estas causas, dispuso el legislador que la "renuencia de los interesados a la práctica", será apreciada por el Juzgador "como indicio, según las circunstancias" (art. 7 de la Ley 75 de 1968).

La mencionada prueba constituye, a partir de 1968, una trascendental innovación, como en su tiempo lo señaló el Congreso cuando se discutía el proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 75 de 1968. Y sobre la renuencia de los interesados a la práctica de la misma se dijo en la ponencia para primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, lo siguiente: "Se atribuye, según las circunstancias, a 'las renuencias de los interesados a la práctica de tales exámenes' el carácter de indicio. Esta es una protección para la parte inocente... Cuando se dispone de un modo probatorio que dé esa garantía, es natural que quien se crea con derecho no eluda la prueba; y también es natural que habiéndose eludido se saquen de ellos las consecuencias lógicas. Lo importante es que se diga por la ley que ello constituye un indicio, con lo cual da al fallador una norma de conducta y se establece una garantía más para el presunto padre de que la ley cuida tan celosamente su derecho como el de la criatura y el de la madre que trata de amparar".

6.- El indicio precedente tiene por venero el comportamiento de las partes en el proceso, pues cuando una de ellas asume la posición de ser remiente o de no comportarse como lo exige la ley, en algunos eventos tal conducta la traduce el derecho probatorio en indicio en contra de quien así actúa. Así, por ejemplo, de manera genérica establece la legislación que el Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes (art. 249 del C. de P.C.), y en forma más específica dispone que determinados comportamientos, como acontece con la falta de contestación de la demanda (art. 95 del C. de P.C.); la no concurrencia de las partes a la audiencia de conciliación (art. 101 parág. 2o. num. 2o. del C. de P.C.); la renuencia a concurrir, negarse responder o a dar respuestas evasivas en el interrogatorio de parte (art. 202 y 210 ibídem); la falta de documento o de un principio de prueba por escrito en la hipótesis a que se refiere el inciso 2o. del artículo 232 del C. de P.C.;

la oposición y renuencia a la exhibición de documentos en el caso del artículo 285 del C. de P.C.; la no colaboración de una de las partes con la práctica de la prueba pericial (art. 242 inc. 2o. del C. de P.C.) y la prueba de inspección judicial (art. 246 num. 2o. del C. de P.C.), y dentro de esta última, cuando se trate de inspección de personas, la renuencia de la parte a permitir los exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza 246 num. 5 del C. de P.C.).

7.- De conformidad con lo que se acaba de reseñar, fácil es advertir que el legislador, ante la falta de lealtad o conducta antiprocesal de una de las partes, así como ante la renuencia o falta de colaboración en la práctica de las pruebas que han sido decretadas, erige tal conducta en indicio en contra de dicha parte, lo cual es apenas obvio, porque los litigantes, fuera de estar obligados a ser honestos o leales en la contienda, deben colaborar en la realización de los elementos de convicción, y en manera alguna asumir posiciones orientadas a perturbar o impedir la ocurrencia de las pruebas.

8.- Hechas las anteriores precisiones, conviene entonces, reseñar qué fue lo que aconteció con la práctica de la prueba pericial antropoheredobiológica y, al efecto, el proceso exterioriza lo siguiente:

a) El Juzgado Promiscuo de Menores de Sevilla, mediante providencia de 3 de julio de 1986, como pruebas de oficio dispone que María Nelly González Marín, el menor Julián Andrés González y Rogelio Alberto Palacio Jaramillo, presenten "sus respectivos exámenes de sangre para efectos de la clasificación hemática" y señala el 11 de dicho mes, a las 10 a.m. para que se presenten a los médicos del laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la ciudad de Cali, para que sean examinados simultáneamente y se dictamine sobre las características heredobiológicas paralelas entre el menor y el referido Rogelio Alberto y antropoheredobiológicas, con análisis de grupos y factores sanguíneos, caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles. De este decreto de pruebas, solo se aportaron los exámenes de laboratorio de sangre correspondiente a Nelly González, y Julián Andrés González. Los exámenes personales y el dictamen sobre características heredobiológicas y antropoheredobiológicas se frustraron, por no haberse citado oportunamente a las respectivas personas.

b) Ante la anterior circunstancia, el Juzgado por auto de 30 de julio de 1986, dispuso señalar de nuevo el 14 de agosto, a las 9 a.m., para que las mismas

personas se presentaran ante los médicos del Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Bogotá, para que sean examinadas y se dictamine sobre los puntos ya referidos. Y aconteció que María Nelly González se presentó al Laboratorio referido, en la fecha y hora señalada (14 de agosto de 1986) y permaneció allí desde las 9 a.m. hasta las 10:45 a.m., y el examen no se practicó, "porque el señor Rogelio Alberto Palacio Jaramillo no se presentó", según constancia expedida por la Secretaría del Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y aunque el mencionado Rogelio Alberto Palacio pretendió justificar su inasistencia alegando que el vuelo de Aces estaba programado para las 7 a.m. y por mal tiempo no pudo llegar oportunamente, lo cierto es que la referida empresa, a petición del Juez, le comunica que el vuelo donde viajó Rogelio Alberto el día 14 de agosto salió de Armenia a las 7:45 y llegó a Bogotá a las 8:45 y en el Laboratorio de Genética fue esperado hasta las 10:45 a.m.

c) Posteriormente, el Juzgado por auto de 28 de agosto de 1986, de manera oficiosa, dispone señalar el 10 de septiembre de 1986, a las 9 a.m., para que las personas ya dichas se presenten al Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la ciudad de Santafé de Bogotá, para los exámenes y prueba pericial mencionadas antes, y además requiere al demandado Rogelio Alberto para que presente el examen hemático que se le pidió en proveído anterior. De nuevo, se frustra la prueba, pues el Laboratorio de Genética informa que el 10 de septiembre de 1986 se presentó María Nelly González Marín y permaneció allí entre las 9 a.m. y las 10 a.m. y "no se practicó el examen, porque el señor Rogelio Alberto Palacio Jaramillo no se presentó". Y para esta ocasión alegó una incapacidad médica de diez (10) días a partir del 5 de septiembre, mas aconteció que el citador del Juzgado fue a enterarlo el 8 de ese mes a la casa de habitación en Calarcá y allí le comunicaron que se encontraba en la ciudad de Cali "desde hace varias semanas y que su regreso no se sabía cuando era".

d) Lo anterior se traduce en que el examen y dictamen ordenado por el Juez de Menores en las dos últimas oportunidades no se practicó, como lo dice el Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, "porque el señor Rogelio Alberto Palacio Jaramillo no se presentó", y no porque hubiese faltado otra persona. Por demás, no se puede subestimar la conducta que empleó el referido Rogelio Alberto para hacer creer que se justificaba su inasistencia. Fue entonces reiterativo en su contumacia o renuencia a la práctica de esa prueba, y la forma como actuó, constituye un indicio de entidad o grave en su contra.

Por tanto, siendo así las cosas, no pudo cometer el *ad-quem* el desacierto que se le achaca por la censura.

9.- En lo que tiene que ver con el reparo que le formula el recurrente al yerro de facto cometido por el *ad-quem* en la apreciación del testimonio rendido por Lilia Vélez de Lugo, en cuanto infiere de este testimonio que María Nelly González y Rogelio Alberto Palacio Jaramillo convivieron sexualmente en el lapso comprendido entre julio de 1984 y julio de 1985, siendo que la propia María Nelly, madre del menor, sostiene que el trato sexual duró hasta el 11 de noviembre de 1984, se tiene que si bien el dicho de la referida declarante no es expresivo, y claro en lo que afirma, lo cierto es que la madre del menor, en el proceso ordinario también rindió declaración y ésta ya no limita la afirmación de convivencia sexual con Rogelio Alberto al mes de noviembre, sino que aclara que las referidas relaciones se extendieron hasta el año de 1985.

Empero, aún en el supuesto en que el Tribunal hubiese desacertado en la apreciación del testimonio de Lilia Vélez de Lugo, lo cierto es que el fallo seguiría apoyándose en el indicio grave atrás analizado, al cual se le suman otros indicios, que impedirían llegar a un resultado diferente del obtenido por el Tribunal, como el hecho de haberse negado el demandado a presentar los exámenes de sangre y la forma como respondió el hecho segundo de la demanda. Esto releva a la Corte de abordar cualquier otro reparo formulado al fallo combatido.

Viene de todo lo dicho, que el cargo no prospera.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

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

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

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

CONTRATOS / CONTRATO BANCARIO / DEPOSITO / TITULO VALOR / CERTIFICADO DE DEPOSITO A TERMINO

Es necesario distinguir entre el contrato mismo de depósito, por un lado, contrato cuya existencia supone como únicas condiciones la entrega del dinero al banco y la obligación restitutoria a cargo de este último con arreglo a determinado plazo o según preaviso acordado, y de otro lado las posibilidades de documentación adecuada que para negocios mercantiles de este tipo suministra el ordenamiento positivo, posibilidades que van desde un recibo nominativo e intransferible semejante si se quiere a una libreta de ahorros, hasta un título valor de contenido crediticio, el Certificado de Depósito a Término (CDT), que no puede por ende equipararse nunca a una solemnidad especial de la que dependa la eficacia civil del ameritado contrato.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía indirecta / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

La violación de una norma sustancial de modo indirecto o por contragolpe se puede dar por haber incurrido el sentenciador en error de derecho o de hecho, entre los cuales existen claras diferencias. / 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, 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 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.

Corte Suprema de Justicia. --- Sala de Casación Civil. --- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: *Expediente No. 4161* *Sentencia No. 027*

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Víctor Manuel Linares Valencia contra el Banco Popular sucursal Girardot.

I. Antecedentes:

Mediante escrito presentado el primero (1o.) de marzo de 1990 ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, Víctor Manuel Linares Valencia entabló demanda ordinaria de mayor cuantía contra el Banco Popular -Agencia de Agua de Dios- para que con su citación y audiencia y en sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada, se declare que el actor constituyó a su favor en dicha institución bancaria el día dieciséis (16) de enero de 1988, un Certificado de Depósito a Término fijo distinguido con el número 0052949 por la suma de tres millones de pesos ($3.000.000); que la entidad demandada el día veintitrés (23) de enero de 1988, tomó de los fondos que el demandante tenía en cuenta corriente la suma de tres millones de pesos ($3.000.000) para constituir un Certificado de Depósito a Término; y que las sumas a que se refieren las manifestaciones anteriores, pertenecen a Víctor Manuel Linares Valencia, condenando como consecuencia de las declaraciones anteriores al Banco Popular a restituir al demandante la suma de seis millones de pesos ($6.000.000), junto con los intereses corrientes y moratorios, "conforme a la corrección monetaria y la estipulación legal"; al pago de los perjuicios de todo orden causados al demandante, y por último, al pago de las agencias en derecho, costas y gastos procesales.

A manera de soporte para las anteriores pretensiones, se aducen en la demanda varios hechos que bien pueden resumirse del siguiente modo: a) El demandante obtuvo del Banco Popular, oficina de Agua de Dios (Cundinamarca), un préstamo garantizado con hipoteca abierta hasta por la suma de cuarenta y

nueve millones seiscientos mil pesos ($49.600.000) a cambio de cuyo desembolso la entidad bancaria exigió, como contraprestación, la constitución de un Certificado de Depósito a Término fijo por la suma de tres millones de pesos ($3.000.000), operación ésta instrumentada con un documento al que le correspondió el número 052949. b) Con posterioridad a la constitución del citado título y efectuado un desembolso correspondiente al préstamo referido, el 23 de enero de 1988 la citada institución crediticia tomó "arbitrariamente" de la cuenta corriente del demandante tres millones de pesos ($3.000.000) que, según el respectivo comprobante, serían para constituir un Certificado de Depósito a Término, operación por la que, a pesar de sus requerimientos, el actor nunca obtuvo explicación lógica y aceptable, ni tampoco le ha sido devuelta dicha suma. c) Vencido el término para "cobrar" el certificado de marras que por tres millones ($3.000.000) se había otorgado el 16 de enero de 1988, el banco demandado exigió, para pagarlo, la presencia del beneficiario a sabiendas que por motivos de fuerza mayor ello no era posible. d) En total el Banco Popular debe a Linares Valencia seis millones de pesos ($6.000.000) por concepto del Certificado de Depósito constituido el 16 de enero de 1988 y el débito que se hizo a su cuenta corriente el 23 del mismo mes.

2. Notificado en legal forma el auto admisorio de la demanda, el banco demandado la contestó oportunamente para oponerse a las pretensiones en ella deducidas, argumentando básicamente que el Certificado de Depósito a Término No. 052949, extendido por tres millones de pesos ($3.000.000), aunque fue elaborado el 16 de enero de 1988, sólo tuvo vigencia el 23 de los mismos cuando el demandado efectuó el depósito correspondiente, y además, que a su vencimiento ocurrido el veintidós (22) de enero de 1989, el depósito fue aplicado legalmente a la obligación No. 1300009-8 a cargo del mismo Linares Valencia, teniendo en cuenta la función de garantía con vista en la cual el certificado había sido endosado por su titular y se encontraba en manos del banco.

3. La primera instancia se tramitó con la producción de pruebas solicitadas por ambas partes y concluyó con sentencia del 21 de noviembre de 1991 por la cual el juzgado del conocimiento negó las pretensiones de la demanda, absolviendo por lo tanto a la entidad demandada de los cargos que se le endilgaron e imponiendo la condena en costas del caso a cargo del demandante.

Inconforme con lo resuelto el actor interpuso recurso de apelación que fue tramitado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cundinamarca y resuelto mediante providencia fechada el diecinueve (19) de agosto de 1992, providencia ésta confirmatoria del fallo recurrido que además le impone al apelante la obligación de pagar las costas correspondientes.

II. Motivos de la sentencia impugnada

Luego de advertir que se hallan reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de hechos que puedan invalidar la actuación, emprende su estudio de fondo el Tribunal sosteniendo que el recurrente se fundamenta, para sustentar su posición, en la existencia de dos contratos: uno de cuenta corriente bancaria y otro de depósito a término, contratos cuya existencia fue aceptada por el establecimiento bancario, siendo la razón de ser o el antecedente causal del segundo de tales contratos, el cumplimiento de una de las exigencias impuestas para que el banco le concediera un préstamo a Linares Valencia, ello para indicar que son, entonces, dos los puntos que se deben esclarecer para decidir la cuestión: en primer lugar, si se constituyeron uno o dos certificados de Depósito a Término, y en segundo lugar si el distinguido con el No. 52949 fue cancelado o no por la entidad bancaria depositaria de los fondos respectivos.

Puestas en este punto las cosas, en torno al primer punto anota el sentenciador que está demostrado en el proceso que Víctor Manuel Linares Valencia tenía en la agencia Agua de Dios del Banco Popular la cuenta corriente No. 361-10516-6 la cual, según se deduce de los extractos y el dictamen pericial practicado luego de examinar su movimiento, inició el período anual de 1988 "en rojo", vale decir en descubierto por cuantía superior a un millón de pesos.

Considera el *ad quem* que el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la entidad demandada no aporta ninguna luz y que el testimonio de Julio César Herrera Suárez, gerente de la sucursal de Agua de Dios tiene un gran valor de convicción para la Sala, pues "aunque proviene de un dependiente de la entidad demandada, es muy claro y fue él precisamente quien protagonizó algunos de los hechos que han dado lugar a la demanda. Por otra parte su dicho lo corrobora lo constatado en la inspección judicial y el análisis y estudio que del caso hicieron los señores peritos", consideraciones éstas que lo llevan a tener por demostrado que como garantía de un crédito de fomento agropecuario, a solicitud del demandante, el 16 de enero de 1988 (o 14 de enero) el banco preparó los documentos para la expedición del CDT que fue endosado y autenticada la firma en Notaría, pero el titular sólo se presentó con el dinero el día 23 del mismo mes, quedando así realmente constituido el

Certificado de Depósito a Término en esta última oportunidad cuando el dinero efectivamente entró al banco; situación que la corporación sentenciadora juzga también confirmada con el libro de inspección y control de caja diario (control de certificados de depósito a término) donde no figura como ingresada al banco ninguna partida de tres millones de pesos ($3.000.000) con fecha 14 o 16 de enero de 1988, aunque sí aparece con fecha 23 del mismo mes "el CDT 0052949 a 360 días con vencimiento el 22-01-89 intereses al 18, beneficiario Victor Manuel Linares Valencia forma de pago T.A. por $3.000.000" libros que afirman los peritos son llevados en legal forma y que no fueron desvirtuados por el demandante por cuanto en el interrogatorio se presentó como de "profesión comerciante", pero no aportó libros de comercio, luego de conformidad con el artículo 68 del Código de Comercio, deben reconocerse en este caso la fuerza demostrativa especial que tienen esos asientos tomados de la contabilidad mercantil llevada por el establecimiento bancario demandado.

Así mismo señala el Tribunal que, según se desprende del análisis del extracto bancario del mes de enero y del dictamen pericial, el citado establecimiento acepta que elaboró una nota débito por tres millones de pesos ($3.000.000) pero nunca se hizo efectiva por cuanto fue anulada y en su lugar se registró un ingreso en efectivo por la misma cantidad, y agrega el fallador que "por otra parte en dicho mes, el cuentacorrentista no tenía disponible esa suma de dinero".

Teniendo en cuenta lo anterior y que la Superintendencia Bancaria al absolver una consulta formulada por el apoderado del demandante dijo que "para la constitución del Certificado de Depósito a Término es necesario la consignación del monto por parte del titular, excepto que se hubiese ordenado por parte de éste debitar el valor del mismo de la cuenta corriente que posee en el banco, o en su defecto de la cuenta de ahorros" concluye el juzgador *ad quem* que "solamente se constituyó un CDT, el 23 de enero de 1988. El banco no tomó ninguna suma de la cuenta corriente del demandante, en el mes de enero de 1988".

En lo que toca con el segundo punto por definir, referente al "pago" del tantas veces mencionado documento de depósito, está demostrada la existencia de la obligación No. 13-00009-9 a cargo de Victor Manuel Linares Valencia y, según aparece en la correspondiente nota crédito y en la explicación que dan los peritos, ese valor del Certificado de Depósito a Término No. 0052949 con vencimiento el 22 de enero de 1989 se abonó a la cuenta corriente del

demandante No. 361-10516-6, de donde, según lo demostró la demandada, la tomó para cubrir la ya referida obligación, vencida desde el 30 de marzo de 1988, con lo cual estima el Tribunal que el banco ejerció la facultad que le confiere el artículo 1385 del Código de Comercio, ya que el demandante no acreditó que se hubiera pactado en contrario, concluyendo que "el Banco sí canceló o pagó el valor del CDT mediante abono en la cuenta corriente del beneficiario, y en uso de facultades legales, tomó su valor para aplicarlo a una obligación vencida a cargo de Linares Valencia. Luego por este concepto nada debe el Banco al demandante" y por ende ha de recibir confirmación el fallo apelado.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Mediante un único cargo y acudiendo a la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia de haber incurrido en violación indirecta, como consecuencia de errores de hecho, de los artículos 1494, 1602, 1603, 1605, 1618, 1620 y 2221 del Código Civil; 619, 620, 621, 631, 647, 651, 656, 658, 659, 863, 864, 1383, 1393 y 1394 del Código de Comercio; 38 y 39 de la Ley 153 de 1887 y "por reflejo (...) dejó de aplicar los artículos 248, 250, 252, 254, 258, 264 y 279 del Código de Procedimiento Civil".

Se fundamenta la censura en que "el Tribunal apreció erróneamente unas pruebas y pasó por alto valorar otras". Las pruebas que señala como erróneamente valoradas son:

a) La declaración de Julio César Herrera Suárez. Aduce que debe tenerse en cuenta que "este testigo es solicitado por la parte demandada y que siendo el gerente del banco demandado para la época en que se presentaron las que llama "irregularidades", debe tenerse por obvio que el grado de responsabilidad desde todo punto de vista recae, en primer término, en el mismo deponente; por otra parte nada descarta la posibilidad de que haya recibido instrucciones concretas de cómo rendir su testimonio", más sin embargo estima que el testimonio aludido que pone en evidencia que el Certificado de Depósito a Término "una vez su original firmado por el citado Linares y autenticado (sic) su firma en Notaría, se contabilizó en la cuenta de custodia del banco ya que él quedaba como garantía". Manifiesta el recurrente que "examinado el respectivo documento es cierto que aparece con fecha 23 de enero de 1988, (...) pero es que la fecha fue adulterada como notoriamente se observa en el original. Además la autenticación hecha ante Notario de la firma de Linares Valencia,

pone al descubierto que para el día 16 de enero de 1988, fecha de aquél acto, necesariamente ya se había constituido ese título valor", porque el Tribunal se equivocó al sostener que el contrato de depósito a término se puede probar por medio de testigos y "no tuvo en cuenta que así posteriormente el CDT apareciere adulterada su fecha, esa duda relacionada con la verdadera fecha de creación la dilucidaba el acto de autenticación que constituye plena prueba mientras no sea desvirtuada como en este caso, (...) y la creación de dicho título comprende necesariamente la consignación de la respectiva suma porque esa es la esencia misma, del depósito", hecho éste que considera está demostrado con el título mismo y no puede ser desvirtuado por el ya referido testimonio de Herrera Suárez, ateniéndose al artículo 1394 del Código de Comercio.

b) La declaración de Carlos Castilla Santofimio. Respecto de esta pieza probatoria, la censura puntualiza: "En realidad este testimonio no aporta nada útil al asunto debatido. Si de él se hace referencia es para cumplir el requisito jurisprudencial que en materia de casación cuando el ataque va encaminado por la vía indirecta debe hacerse mención de todas las pruebas aportadas al proceso...".

c) El interrogatorio del demandante. En este punto específico le endilga el casacionista al Tribunal error de hecho en cuanto "omitió valorar el testimonio que a través de comisionado absolvió el demandante" argumentando, posteriormente que "la apreciación ostensiblemente errónea estriba en que el Tribunal parte de la base de que el interrogatorio hecho al demandante por la parte demandada versaba sobre la profesión del interrogado y tenía por objeto desvirtuar la validez y eficacia de los libros de contabilidad y de comercio que lleva el banco demandado, marginando su verdadero fin toda vez que el interrogatorio tiene por finalidad aclarar hechos inherentes a la sustancia materia del debate y no aclarar cosas secundarias que están al margen de la naturaleza jurídica del asunto controvertido".

d) La inspección judicial practicada en el curso de la primera instancia sobre la contabilidad del banco demandado. Al respecto opina el recurrente que esta diligencia y el dictamen pericial sirven para demostrar: "1. Que en fecha 8 de julio de 1987 el demandante Linares Valencia celebró un contrato de apertura de cuenta corriente en la agencia del banco demandado y en esa fecha registró la firma; 2. Que en la mencionada fecha se le hizo entrega de la chequera; 3. Que al finalizar 1987 el cuentacorrentista tiene saldo en rojo; 4. El movimiento de la cuenta corriente No. 361-10516-6, la cantidad de intereses devengado (sic)

año por año conforme a la corrección monetaria". Y sobre esta base, asevera el demandante que "resulta manifiestamente nítido el error del Tribunal en la apreciación de la prueba de inspección judicial y del dictamen pericial porque ese alcance probatorio que a estas pruebas les da riñen con el medio de prueba legal que se requiere para demostrar la constitución del CDT", afirmando que el Tribunal desconoció que frente a la inspección judicial y el dictamen pericial rendido, se enfrenta radicalmente el documento mismo, prueba idónea legalmente para demostrar que el depósito se constituyó en la fecha que en su materialidad aparece. Así mismo dice el actor que "la circunstancia de haber encontrado los peritos una contabilidad bien llevada por el banco demandado conforme a las normas establecidas por la Superintendencia Bancaria -organismo público que vigila esta institución- y que no hubiera aparecido registrado en los documentos contables del banco el débito de los tres millones de pesos ($3.000.000), realizado el día 14 o en su defecto el 16 de enero de 1988, en nada desvirtúa el hecho de que el CDT No. 0052949 se hubiera constituido el mencionado día 14 o 16 y tampoco le resta el valor de plena prueba al comprobante de nota débito visible al folio 25 del cuaderno 2, aceptada por el mismo banco".

c) La respuesta de la Superintendencia Bancaria contenida en el oficio 121 visible a folios 66 y 67 del cuaderno principal. Anota el censor que este documento, además de lo dicho por el Tribunal, también demuestra que "conforme a la ley, y los reglamentos que gobiernan el régimen administrativo de las entidades bancarias, no es posible que el banco pueda utilizar un formato tipo que lleva número de identificación como medio de control, para llenarlo, hacerlo autenticar y darle validez, pero sujeto a que posteriormente se entregue el dinero objeto del depósito. Es tanto como sostener que se puede hacer registrar una consignación en cuenta corriente sin haberle entregado al banco la suma de dinero a que se contrae esa consignación"; y a continuación, refiriéndose a este elemento demostrativo expresa que el 23 de enero de 1988 tuvo lugar el primero y único desembolso del crédito que dio al recurrente el Fondo Financiero Agropecuario a través de la agencia Agua de Dios del Banco Popular por lo cual, "necesariamente", la constitución del certificado de depósito debió efectuarse en fecha anterior suficiente para que la documentación surtiera todos los trámites de rigor en estos casos.

En la segunda parte de su extenso escrito, pasa el casacionista a relacionar las pruebas y hechos que considera no fueron tomados en consideración por el Tribunal, tema que bien puede resumirse del siguiente modo:

a) El Certificado de Depósito a Término No. 0052949, puesto que el Tribunal pasó por alto "el examen prolijo del título valor CDT No. 0052949 y de sus elementos coadyuvantes o concurrentes. No se detuvo un sólo instante en el fallo para exponer su criterio jurídico sobre el punto. Lo mencionó accidentalmente para otros efectos menos para valorarlo en su eficacia y validez", pasando enseguida a exponer de nuevo el que es su parecer personal sobre el punto: tanto el banco como el demandante aceptan que el 15 de enero de 1988 Linares Valencia ofreció en garantía dicho CDT que fue elaborado el 14 de enero y se autenticó la firma del depositante el 16 siguiente, debiendo notarse que la fecha de creación del mismo aparece enmendada, hecho del que a juicio del recurrente, es imputable al banco por cuanto una vez creado el documento quedó en su poder. Y con apoyo en estas apreciaciones generales, concluye: "Si el tribunal hubiese hecho el examen sobre la eficacia y validez del certificado en cuestión, había tenido que llegar a estas conclusiones: que el depósito del dinero ante el respectivo banco depositario hace parte de la esencia misma del contrato (numeral 4o. del artículo 759 del Código de Comercio); que el título que constituye el certificado de depósito es plena prueba de su creación mientras no se demuestre lo contrario; que la fecha de autenticación del título (CDT No. 0052949) es prueba coadyuvante de plena prueba de su creación"; no considera, pues, que la explicación dada por el banco sobre el certificado, elaborado el 16 de enero, sea aceptable, por cuanto sólo hasta el día 23 ingresó el dinero a la institución, de donde resulta en su sentir "absurda" dicha explicación por cuanto es una operación que estima vedada para el banco demandado, además de inadecuada a las excesivas precauciones que normalmente tienen este tipo de entidades en el giro de sus negocios.

b) El comprobante nota crédito visible a folio 31. Indica el impugnador que el tribunal no se refirió a este documento que, según dice, da cuenta del desembolso neto abonado a la cuenta corriente del demandante por diecisiete millones trescientos setenta y seis mil cuatrocientos cincuenta pesos ($17.376.450) y por lo cual afirmó en la sentencia que en enero de 1988 el actor no tenía disponibles en su cuenta corriente los tres millones de pesos ($3.000.000) que éste dice le fueron debitados de la misma.

c) La nota débito por tres millones de pesos ($3.000.000) de la cuenta corriente del actor obrante a folio 25, cuaderno No. 2, que para el demandante es plena prueba de que la entidad demandada tomó el dinero que se reclama en ese litigio; sobre el particular manifiesta el censor que por pesar sobre su mandante una orden de captura, no se acercó personalmente a la entidad

financiera el 23 de enero de 1988, sino que concurrió un representante suyo con tres millones de pesos ($3.000.000) en efectivo de los cuales sólo ingresaron a la cuenta corriente ciento veinticinco mil quinientos cincuenta pesos ($125.550). Agrega el censor que en medio de los múltiples requerimientos de Linares Valencia para que el banco aclarara las "irregularidades" que presentaba la ya referida cuenta corriente, finalmente concurrió a la institución donde, en forma accidental, llegó a sus manos el comprobante aquí referido por lo que estima el demandante que todo el "montaje" del presunto error cometido por el Banco en la constitución del CDT fue armado por quien está comprometido en el fraude para cubrir un eventual beneficio propio y no de la institución. Al efecto agrega que en los términos del artículo 1394 del Código de Comercio, dicho comprobante, al no haber sido infirmado, constituye plena prueba de la constitución del certificado de depósito tantas veces aludido.

Y en cuanto concierne al abono del valor del depósito comentado a un crédito del actor por vía de compensación, operación que en la demanda de casación se denomina "la expropiación del CDT No. 0052494", considera que el Tribunal confunde el contrato de depósito bancario a término fijo con el de cuenta corriente bancaria "o cree que ambos son jurídicamente iguales" por cuanto aludiendo al artículo 1385 del Código de Comercio que autoriza, cuando no exista estipulación en contrario, debitar de la cuenta corriente el importe de las obligaciones exigibles a cargo del cuentacorrentista, y el banco debitó lo adeudado por el actor de un título constituido a través del contrato de depósito a término. Añade el censor que "como quiera que entre las partes en conflicto no existe estipulación contractual que permita al Banco consignar el CDT No. 0052949 mencionado en la cuenta corriente del depositario, ni existe facultad legal para ello, al hacerlo como pretexto para luego debitar, incurrió en abuso de sus atribuciones" y que el documento simplemente era un "prerrequisito" del crédito agropecuario solicitado y había sido endosado al banco como garantía que el demandante califica como "de hecho" por cuanto se limitó a transferir la posesión del título al acreedor sin endosarlo como respaldo del crédito; por demás, añade el recurrente, la obligación que tiene el actor con el banco demandado es superior a dicha suma y estaba respaldada suficientemente con garantía hipotecaria, que era base de un juicio ejecutivo con título hipotecario que ya para entonces cursaba en el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Girardot, y que el banco ha debido ejercer "las acciones correspondientes si era que pretendía tomar alguna medida cautelar de aseguramiento del título que poseía mediante endoso en garantía".

De ello infiere el atacante "El desacierto que hace censurable la tesis esgrimida por el *ad quem* consiste en considerar legítima la conducta del banco en cuanto sin tener autorización ni táctica ni expresa del titular del CDT de autos para hacer o ejercer actos de disposición sobre dicho título a fin de despojar de la propiedad a su propietario aprovechando la circunstancia de ser endosatorio en garantía y ostentar la tenencia de dicho título, causando de esa manera serio perjuicio para Linares Valencia por cuanto expostfacto le fue arrebatado el dominio de un bien que hasta entonces sólo pertenecía a él".

Finalmente, en un capítulo que el escrito sustentatorio del recurso llama "Hechos no apreciados", se dice que el *ad quem* no tuvo en cuenta que el tantas veces referido certificado fue una exigencia como "prerrequisito" para aprobar y ordenar el desembolso del crédito agropecuario, circunstancia por la cual, dados los múltiples pasos que se deben dar ante las diferentes oficinas del banco intermediario y del Banco de la República entre la constitución del certificado de depósito y el desembolso del crédito pasos que la demanda se ocupa de puntualizar con la necesaria exactitud no era posible que el depósito se hubiera constituido el 23 de enero de 1988, cuando ese mismo día se entregó al actor el producto del crédito. Y termina haciendo mención a una inferencia indiciaria supuestamente omitida; "no tuvo en cuenta el Tribunal que es un indicio grave en contra del asistente administrativo del banco de Agua de Dios, el hecho de que él sea la persona que prepara, revisa y autoriza el crédito a que se refiere el documento del folio 25, cuaderno 2, cuando los reglamentos disponen que un empleado prepara, otro revisa que es el auditor y otro que es el gerente, o en su defecto el asistente administrativo, autoriza, en tratándose de créditos o débitos tramitados por el banco. Tiene especial incidencia este aspecto o sea que el asistente administrativo sea quien haya elaborado bajo su exclusiva responsabilidad dicho documento, porque es indudable que ese fraude no se hizo a beneficio del banco mismo, pero era indispensable utilizar la entidad para tal fin", evento frente al cual advierte de nuevo la impugnación que no siendo suficientes las explicaciones dadas por el banco "el banco responde por los oscuros procederes, abusos o desatinos que cometan sus dependientes en ejercicio de sus facultades, éste deberá responderle a Linares Valencia de los perjuicios ocasionados y la restitución del dinero tomado abusivamente y del mismo modo pagarle el CDT. No. 0052949 con sus intereses causados desde el día de la constitución del mismo", todo lo cual lleva al casacionista a sostener que el *ad quem*, al decidir la apelación, "... fue desdeñoso en la apreciación de los medios de prueba producidos y en la valoración de estos cayó en ostensibles errores in judicando, en algunos casos alterando la objetividad que estas (sic)

muestran, en otros omitiendo su evaluación, todo lo cual fue móvil para proferir un fallo adverso a la realidad fáctica, probatoria y jurídica (sic) del asunto puesto a su consideración...''.

Se considera:

1. Aun cuando la doctrina científica ofrece *variados criterios de clasificación para los llamados ''depósitos bancarios de numerario'', de entre ellos el que ahora importa destacar es el que divide ese tipo de contratos atendiendo a la duración del depósito, es decir al momento en que el depositante puede ejercitar su derecho a la restitución del dinero depositado, siempre en el bien entendido desde luego que en todos la función del banco respecto de dicho dinero es de uso, no de simple custodia, y que asimismo se trata de depósitos abiertos. Pueden ser, entonces, reembolsables ''a la vista'', en cuyo caso el cliente depositante puede exigir en cualquier momento la devolución total o parcial de la cantidad depositada, reembolsables mediante ''preaviso'' cuando debe darse una previa comunicación al banco con la antelación convenida y, por último, reembolsables ''a vencimiento fijo'' donde el cliente no puede pedir restitución sino después de transcurrido el plazo fijado, plazo que se reputa estipulado ''... en favor del banco...'' y que de ordinario es retribuido (Artículo 1393 y 1395 del Código de Comercio).*

En este orden de ideas, la recepción de depósitos de dinero a plazo es sin duda alguna una operación de captación de recursos muy caracterizada en la empresa bancaria y cuya fisonomía jurídica, valga subrayarlo, obedece a un esquema sencillo que bien puede ser descrito como el correspondiente a un contrato por virtud del cual una persona, el cliente, le entrega a un establecimiento crediticio una cantidad de dinero, obligándose este último, primeramente, a restituir suma equivalente después de pasado cierto tiempo y también, de no mediar cláusula especial en sentido contrario, a pagar determinado interés. Y como secuela directa de la celebración de contratos de esta naturaleza, el banco depositario puede extender un recibo que la ley toma por ''plena prueba'' del depósito realizado (Art. 1394, inc. 2o. del Código de Comercio) o, si a ello hubiere lugar, emitir un ''certificado de depósito a término'' el cual, salvo estipulación de los interesados que disponga otra cosa, ha de recibir el tratamiento de un verdadero título de crédito, negociable en los términos y del modo previstos en el Título III del Libro Tercero del Código de Comercio (Artículo 1394, inciso 1o. del Código de Comercio), lo que trae consigo la necesidad de distinguir con absoluta claridad entre el

contrato mismo de depósito, por un lado, contrato cuya existencia supone como únicas condiciones la entrega del dinero al banco y la obligación restitutoria a cargo de este último con arreglo a determinado plazo o según preaviso acordado, y de otro lado las posibilidades de documentación adecuada que para negocios mercantiles de este tipo suministra el ordenamiento positivo, posibilidades que como acaba de apuntarse van desde un recibo nominativo e intransferible semejante si se quiere a una libreta de ahorros, hasta un título valor de contenido crediticio, el Certificado de Depósito a Término (CDT), que no puede por ende equipararse nunca a una solemnidad especial de la que dependa la eficacia civil del ameritado contrato.

2. Efectuadas las precisiones que anteceden y una vez delimitados los conceptos para situarlos en el plano que corresponde de acuerdo con la ley, es de verse que la sentencia impugnada viene apoyada básicamente en dos conclusiones que aun cuando fueron ambas objeto de censura en el cargo en estudio, son independientes y en dicha providencia se les individualizó con claridad suficiente, motivo por el cual resulta aconsejable analizarlas con la debida separación. La primera atinente al número de depósitos que por la cantidad de $3.000.000 recibió por cuenta del demandante el Banco Popular de la localidad de Agua de Dios (Cundinamarca) entre los días 16 y 23 de enero de 1988 y el segundo referido a la regularidad del procedimiento de liquidación del depósito a término No. 0052949 puesto en práctica por dicha institución bancaria, procedimiento consistente en abonar el importe de ese título a la cuenta corriente del actor para luego compensarlo con obligaciones exigibles a cargo del mismo demandante.

a) Con relación al primero de los mencionados puntos, el tribunal estimó que solamente existió un sólo contrato de depósito que constituye antecedente causal de la emisión del Certificado No. 0052949 y que sólo una vez ingresó al banco el dinero por ese concepto, apreciación que sustenta en el dictamen pericial, la contabilidad y los libros del banco, el extracto del mes de enero de la cuenta corriente del actor y el dicho del testigo Julio César Herrera Suárez.

Frente a lo anterior, el impugnante aunque denunció error de hecho, lo cierto es que no atacó el juicio del fallador sobre cada una de dichas pruebas en cuanto a su escueta objetividad, sino que trató de descalificarlo apoyándose en que, según dice, frente al tenor literal del certificado tantas veces nombrado, ninguna de aquellas tiene eficacia legal para probar el depósito, habida cuenta

que encontrándose de por medio el certificado, el cual estima constituye plena y única prueba posible del contrato, asegurando para el caso que el instrumento que se analiza demuestra que el depósito inicial se efectuó el día en que la firma del depositante fue autenticada, es decir el 16 de enero de 1988, sin que se deba tener en cuenta la fecha que figura en el documento por cuanto considera que fue alterada, ni mucho menos otras pruebas que no valen frente a la literalidad del certificado.

Y planteado así el cargo, observa la Sala que como bien lo advierte el escrito de réplica, lo que se termina por denunciar es un supuesto error de derecho, no uno de hecho, en situación por demás equívoca que obliga a recordar que la violación de una norma sustancial de modo indirecto o por contragolpe se puede dar por haber incurrido el sentenciador en error de derecho o de hecho, entre los cuales existen claras diferencias que sin duda alguna el recurrente no tuvo en cuenta al plantear la tesis que se deja reseñada. La jurisprudencia ha dicho que *el primer tipo de yerro 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" (Sentencia de 20 de febrero de 1990); y en punto a imprimirle claridad a la diferencia existente entre el yerro de facto y el yerro por inobservancia de las normas reguladoras de la prueba, la doctrina 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 entre ambos 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 definir 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 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.*

Otras pruebas denunciadas como no apreciadas o apreciadas erróneamente por el *ad quem*, como son el comprobante "nota crédito" visible a folio 31 del cuaderno 1, la nota débito por tres millones de pesos ($3.000.000) referente a la cuenta corriente del actor obrante a folio 25 cuaderno dos, la opinión escrita emitida por la Superintendencia Bancaria, y el trámite de un crédito de fomento, de llegar a originar verdaderos desaciertos, no tienen la consistencia necesaria para acreditar la existencia de un juicio de hecho erróneo decisivo, además de que tampoco serían trascendentes pues aquí resulta evidente que las pruebas citadas no fueron las únicas piezas de convicción tenidas en cuenta por el tribunal en su sentencia y, aunque en verdad hubiera existido la equivocación denunciada, la resolución se sostendría en las demás, principalmente en el dictamen pericial visible a folios 21 a 24 y 58 a 61 del cuaderno 2, junto con la declaración de Julio César Herrera Suárez.

b) De otra parte y en cuanto toca con el segundo de los temas planteados, el recurrente en casación, situándose al parecer por fuerza del contexto anterior y bajo el título de "expropiación del CDT No. 0052949", expone sus puntos de vista personales acerca del procedimiento de cancelación anómalo del que a dicho título se hizo objeto, pero sin exponer con la exactitud técnica indispensable los motivos que le asisten para afirmar que también sobre este punto, la conclusión del Tribunal es efecto de un error de hecho esencial en la apreciación de las pruebas. Para la censura la sentencia en cuestión resulta absurda porque confunde el certificado de depósito con el depósito en cuenta corriente y, además supone como existente un convenio que le permitiera al banco demandado proceder en la forma en que lo hizo, es decir al vencimiento

del certificado consignar el dinero en la cuenta del depositante y luego aplicarlo a cubrir una obligación pendiente derivada de un préstamo del cual ese mismo depositante y a la vez cuentahabiente, era beneficiario, pero en el desarrollo de su tesis no alude de modo claro y preciso a prueba alguna de la que sin razón valedera se haya prescindido o que a pesar de no podérsele reconocer el carácter de tal, aparezca computada como elemento influyente en la decisión adoptada, resplandeciendo por el contrario la completa consonancia que el juicio jurisdiccional aludido guarda con los artículos 1173 y 1385 del Código de Comercio que, como es bien sabido, son el soporte normativo sobre el que descansa el sistema de garantía mobiliaria puesto de manifiesto en la pignoración de certificados de depósito a término, más aún cuando basta leer con cuidado el cúmulo de sellos, fechas y menciones que contiene en su cara posterior el documento obrante a folio 33 del cuaderno 1, para concluir que quien era su tenedor legítimo, hoy demandante en este proceso, lo endosó en garantía al Banco Popular en concluyente señal de permitirle a dicha entidad retener en su poder el certificado hasta su vencimiento un año después en que, de ser necesario, se cubre la deuda caucionada con el importe del depósito por restituir, dado que eso es igual a decir, según los términos categóricos de la segunda de las disposiciones del Código de Comercio acabadas de citar, que el depositario a quien se le entregan sumas de dinero en garantía del cumplimiento de una obligación, "... sólo está obligado a hacer la restitución en cuanto al exceso del depósito sobre lo que el deudor deba pagar en razón del crédito garantizado...".

Por ser inoperante, se rechaza entonces el cargo formulado.

Decisión:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia que en el proceso ordinario de la referencia y con fecha diecinueve (19) de agosto de 1992, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

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.

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

CASACION - Diferencias / APELACION - Diferencias / THEMA DECIDENDUM / THEMA DECISSUM

Al trazar la distinción entre la casación como recurso excepcional y la apelación como recurso ordinario, se haya dicho que mientras que en esta su materia propia es el proceso como thema decidendum, la de casación es la sentencia como thema decissum.

CARGA PROCESAL / NORMA SUSTANCIAL

Sobre el recurrente continúa gravitando la carga de indicarle a la Corte las normas sustanciales con las cuales debe compararse la sentencia para ver si, efectivamente, esta las vulnera. / Reglas que debe seguir el censor en tratándose del señalamiento de normas sustanciales que constituyen base esencial del fallo o que deban serlo. Ejemplos de tales clases de normas. En el presente caso, la parte recurrente no enunció el art. 946 del C.C.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Rad.: *Expediente No. 3905* *Sentencia No. 28*

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de 23 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario seguido por PEDRO LEON HERNANDEZ MORALES en frente de Rosa Castrillón Tabares.

Antecedentes:

En escrito introductorio presentado al Juzgado Civil del Circuito de Girardota, Antioquia, el demandante antes nombrado citó a proceso ordinario

de mayor cuantía a la señora Rosa Castrillón Tabares, para que se dijese mediante sentencia que le pertenece el inmueble ubicado en la carrera 15 No. 10-20 de Barbosa. Que en consecuencia, se condenase a la demandada a restituírselo, junto con los frutos civiles "dejados de percibir a partir de la notificación de la presente demanda".

Las pretensiones anteriores se hicieron descansar en la situación fáctica que a continuación se compendia:

a) El demandante adquirió el inmueble pretendido por compra que hizo a la señora Teresa Cataño Castrillón, según escritura pública Nro. 704 del 16 de septiembre de 1980, corrida en la Notaría Unica del Circuito de Girardota.

b) La demandada se encuentra en posesión del bien inmueble referido, desde hace cuatro años, en virtud de que en él residió su señora madre, Laura Tabares de Castrillón, quien, a su vez, había vendido el bien a la citada Teresa Cataño Castrillón por medio de la escritura pública No. 963 del 28 de diciembre de 1978, de la Notaría de Girardota.

c) Aunque la señora Laura Tabares de Castrillón falleció el 27 de diciembre de 1987, "la demandada se ha negado a entregar el inmueble", aduciendo que existió "simulación del contrato existente entre su señora madre y la señora Teresa Cataño", a pesar de que ya el proceso de simulación pertinente se falló en ambas instancias a favor de esta última.

La demandada contestó el libelo introductor oponiéndose a las súplicas del mismo, con fundamento en que su ocupación se ejerce en virtud de la adjudicación que del inmueble le hizo su madre Laura Tabares de Castrillón, a cuyo tiempo posesorio suma el suyo para que se tenga en cuenta la excepción de prescripción extintiva "merced a la posesión no interrumpida por veinte años o más".

Formuló, además, la citada contradictora, también como excepción de fondo, la de ineptitud de la demanda, arguyendo que la posesión la tiene "como heredera y albacea; y a nombre de la sucesión de la finada Laura Tabares".

El Juzgado del conocimiento dictó sentencia de primera instancia, desestimatoria de las pretensiones planteadas por el demandante. Contra ella interpuso recurso de apelación la parte demandante, el que le resultó exitoso, puesto que el tribunal revocó aquella en el fallo impugnado ahora en casación.

La sentencia del tribunal:

Luego de referirse a las incidencias procesales acaecidas durante la primera instancia, el *ad-quem* inicia la parte considerativa del fallo, señalando los efectos que se desprenden del derecho real de propiedad, para pasar inmediatamente a relacionar las características generales de la acción reivindicatoria.

A renglón seguido, el sentenciador alude a la obligación de hacer entrega de la cosa vendida que el contrato de compraventa impone al vendedor, tanto en su aspecto jurídico como material, para agregar luego, que "el vendedor demandado puede proponer la excepción de simulación absoluta del contrato fuente de su obligación de entrega", y que, fallecido el vendedor incumplido, "la obligación se transmite a sus herederos... legitimados entonces para resistir y proponer la excepción dicha".

Anota en seguida que cuando la cosa vendida la detenta una persona ajena al vendedor, con quien este "no aparece unido por vínculo jurídico... perfectamente se puede incoar la pretensión reivindicatoria contra éste".

Hipotetiza luego el fallador la situación por la cual en una "cadena de transmisiones" se tiene a un primer vendedor incumplido y, por ende, ulteriores incumplimientos por parte de los vendedores subsiguientes, para afirmar que en frente de tal circunstancia el titular del inmueble puede demandar en reivindicación al primer vendedor reticente, "pues como los dos no están atados por vínculo jurídico, no le puede exigir el cumplimiento coercitivo de la obligación de entrega material".

Agrega el sentenciador que en frente de tal caso, si el demandado propone la acción de simulación de los sucesivos contratos, requiere, para su viabilidad, de la demostración de que el demandante es subadquirente de mala fe, según actuación que bien puede ser intentada por los "causahabientes universales del vendedor inicial pero que encontrará tropiezo en la máxima preclusión que significa la cosa juzgada, porque en sentencia judicial impugnable e inmutable, ya fue dicho el derecho respecto a la pretensión de simulación incoada, en relación con el contrato primigenio, siendo desestimada".

El vendedor inicial, de otro lado, continúa afirmando el *ad-quem*, "carecerá de legitimación para controvertir la simulación de los contratos subsiguientes, dado su linaje de tercero absoluto en cuanto a los mismos", por lo cual,

entonces, se le considera como poseedor material irregular "a partir de la exigibilidad de la obligación incumplida, por carecer de justo título", mas, a su muerte, transmite a sus herederos el derecho de asumir la posesión del bien "si los mismos entran a ejercerla, pueden unir su posesión a la del causante" y así obtiene, por prescripción, la adjudicación del bien.

Pasa luego a reiterar la situación fáctica del litigio, para entonces aplicar los aspectos generales expuestos al caso concreto y concluir con la demostración del derecho de dominio por parte del demandante, quien, de otro lado, apunta el sentenciador, "nunca ha ejercido el gobierno del mismo por actos de disposición material, pues la vendedora de su causante nunca hizo entrega de ésta".

Alude, a continuación, a la excepción de simulación absoluta del contrato consignado en la escritura pública 963, para desecharla por haberse dirimido el asunto en sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada; y a la de igual naturaleza, pero relacionada con el título escriturario 704, por carecer la demandada de legitimación para impugnarla "dada su condición de tercero absoluto".

Concluye el tribunal, finalmente, que Laura Tabares detentó la posesión del inmueble desde el 28 de diciembre de 1978, cuando se hizo exigible su obligación de entrega, hasta el 28 de diciembre de 1987, cuando acaeció su deceso, momento a partir del cual la demanda lo entró a ocupar, según lo afirma, para la sucesión, "sin que haya probado adjudicación de la posesión; razón por la cual, las posesiones no aparecen vinculadas jurídicamente; en consecuencia, las causahabientes universales no pueden adicionar a la propia, la de su causante".

Encuentra, entonces, que la parte demandada demostró una posesión que data del 28 de diciembre de 1987, posterior, por lo tanto, a la titulación aportada por el actor, para acceder por ello a la pretensión reivindicatoria "porque la posesión de los mismos no ha perdurado por el tiempo necesario para adquirir el derecho por usucapión extraordinaria, por tanto, el del reivindicador no se ha extinguido por prescripción; así, infundada aparece la excepción en tal sentido propuesta".

La demanda de casación:

En ella se ataca la sentencia antes compendiada, con base en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., mediante cargo único, por violación

directa de "las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 1008 (primero y segundo inciso); 1013 (segundo inciso) y 783 (primer inciso); 115 (primer inciso); 1353 y 578, todas del Código Civil Colombiano", por aplicación indebida, que condujo a su vez a inaplicar el artículo 762 ibídem, y a inaplicar los artículos 2512, 2531 y artículo 1 de la ley 50 de 1936; 2521 (segundo inciso); 2536 (primer inciso) y 2538 del C.C.

Inicia el censor la fundamentación del cargo, destacando que está de acuerdo con la apreciación que el Tribunal hizo de la "situación fáctico-litigiosa", en especial con los apartes que se refirieron a la adquisición del inmueble por parte del demandante y el no ejercicio de la posesión por éste, como igualmente del dominio que detentó Laura Tabares del inmueble y las conclusiones sobre la posesión por parte de ésta, apartes que transcribe, para resaltar textualmente lo que aquel dijera en relación con la posesión de la demandada: "... y se estimará la pretensión, ordenando a la demandada señora Rosa Castrillón Tabares, quien ejerce el poder de dominio a nombre de la sucesión de la finada señora Laura Tabares...".

En virtud de esas consideraciones, agrega el impugnante, el Tribunal tuvo en cuenta los artículos 1008, 1013, 783, 115, 1353 y 578 del Código Civil, mas, dice, "inexplicablemente, para hacerles producir un efecto diferente al que dichas normas sustantivas contemplan".

Manifiesta, entonces el censor, que el Tribunal, a vuelta de aceptar que la demandada actuó en calidad de heredera y en representación de Laura Tabares de Castrillón, razonó sin embargo "como si dicha demandada pretendiera hacer valer la posesión alegada por sí misma y en su nombre personal", cuando dejó de ver la presunta adjudicación necesaria para vincular jurídicamente las dos posesiones, "cuando de lo que se trata es de una sola posesión". Por esa razón la sentencia violó directamente las normas contenidas en los artículos 2322, 2323 y 2017 del C.C., en lo que hacen relación con la existencia de la comunidad universal entre los herederos de la causante "y la representatividad de que aquellos se encuentran investidos, por falta de aplicación de las normas mencionadas".

Mediante ese proceder, el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 762 del C.C., al considerar desvirtuada la presunción que dicha norma prescribe, en la parte pertinente del fallo que a continuación transcribe.

Reitera, a renglón seguido, que la posesión alegada por la demandada se planteó a la luz de su condición de heredera y que, por lo tanto, se remonta a la fecha del primer título de adquisición, esto es, a septiembre 6 de 1960, por lo cual, se infiere que la titulación que ampara al demandante se remonta a la misma fecha, es decir, "que sus títulos de dominio son apenas concomitantes, que no anteriores, con la posesión de la comunidad universal que representa la demandada", no siendo suficientes, entonces, para desvirtuar la presunción de dueña que ampara a la poseedora.

En un segundo aspecto, el casacionista manifiesta que la violación directa de los varios artículos denunciados como quebrantados, se trasluce en la situación por la cual a pesar de reconocerse a la demandada como heredera y representante de la sucesión de Laura Tabares de Castrillón se concluyó con una decisión que tuvo a la poseedora como si actuara en nombre propio, confundiendo en dos posesiones "la que es una sola", iniciada por la citada causante y "continuada por su heredera y albacea con tenencia de bienes", de donde, equivocadamente, se dijo que la posesión data del 28 de diciembre de 1987.

Con ese proceder, continúa el impugnante, el tribunal inaplicó las normas sustantivas que se refieren a la prescripción adquisitiva, "y la subsecuencial prescripción extintiva del derecho del reivindicador", tras reconocer que Laura Tabares de Castrillón, primero por sí misma y luego por intermedio de sus herederos, posee el inmueble desde el año 1960, "sin violencia, clandestinidad ni interrupción", al admitir el sentenciador que aquella nunca hizo entrega del bien vendido".

Solicita, por ende, que la sentencia se case, para que la Corte, en sede de instancia, declare probada la excepción de prescripción adquisitiva y, en consecuencia, deje sin efecto los actos procesales realizados para el cumplimiento de la sentencia recurrida.

Consideraciones:

1.- El presente caso, como viene de verse, trata de la reivindicación de un predio urbano, pretensión estimada por el tribunal con base en los argumentos acabados de compendiar.

La parte recurrente, por su parte, acusa la sentencia del tribunal como violatoria de una serie de normas dentro de las cuales no se halla el artículo 946 del C.C.

2.- La cuestión, entonces, reside en determinar las consecuencias de esa omisión, habida cuenta de que el presente recurso se introdujo después de que entrara en vigor el Decreto especial No. 2651, el cual, en su artículo 51, prescribe:

"Casación. Sin perjuicio de lo dispuesto en los respectivos códigos de procedimiento acerca de los requisitos formales que deben reunir las demandas de casación, cuando mediante ellas se invoque la infracción de normas de derecho sustancial se observarán las siguientes reglas:

"1.- 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.

2.1.- De manera invariable, la jurisprudencia de la Corte venía sosteniendo que "*... cuando la sentencia del Tribunal ad-quem decide sobre una situación dependiente no de una sola norma, sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama 'proposición jurídica completa'. Lo cual se traduce -añadía la Corte- en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano. Conclusión natural y potísima del precepto (actualmente art. 368-1 C. de P.C.) que, al hablar de violación de la ley sustantiva o sustancial, como motivo de casación, no ha podido entender nada distinto de quebrantamiento de la normación suficiente a sustentar un derecho de aquella especie, normación que si en una hipótesis puede estribar en un solo texto, en otras se forma indispensablemente de varios. Y es precisamente, tratándose de este último evento, como se precisa la necesidad de que en el recurso extraordinario, la impugnación se haga sobre la base de la llamada 'proposición jurídica completa'...*" (Cas. civ. 16 de nov. de 1967, entre muchas).

2.2.- *Debe hoy, en cambio, entenderse, a raíz de la reforma introducida por la regla legal antes transcrita, que cuando la situación considerada, depende de varias normas de índole sustancial que se combinan entre sí, es suficiente con que se denuncie la violación de alguna o algunas de ellas, sin que, por consiguiente, sea indispensable la configuración de la denominada "proposición jurídica completa".*

3.- Pero, entrañará esa innovación legislativa que el impugnador puede, *ad-libitum* indicarle a la Corte las normas que tengan como violadas, y que ésta *motu proprio*, debe inquirir por las que realmente correspondan cuando aquel, al formular el cargo, no atine a individualizar las que de hecho gobiernan o deban gobernar el caso?

3.1.- Para responder el anterior interrogante debe tenerse presente, ante todo, que *la casación no es una instancia más del proceso, a la cual pueda llegarse a debatir las cuestiones fácticas y jurídicas propias del proceso en términos similares a los que son utilizables ante el Tribunal o ante el juzgado respectivo*. Mas exactamente, la casación, por su propia esencia, tiene que cumplir un papel diferente del que es propio de los recursos ordinarios, en particular del de apelación. De no ser así, casación y apelación se llegarían a confundir en sus proyecciones prácticas.

De ahí que, *al trazar la distinción entre la casación como recurso excepcional, y la apelación como recurso ordinario, se haya dicho que mientras que en esta su materia propia es el proceso como thema decidendum, la de la casación es la sentencia como thema decissum, punto en torno al cual la jurisprudencia de la Corte tiene dicho:*

"Por sabido se tiene que lo que se ventila en el recurso de casación no es el litigio mismo, lo cual haría del recurso una tercera instancia no consagrada por la ley, sino que lo enjuiciado aquí es la sentencia del tribunal en sí misma considerada, a efecto de que por la Corte se decida, dentro de los precisos límites de los cargos formulados, si la sentencia se conforma, sí o no, con la ley sustancial en lo decisorio o con determinadas garantías de orden público en lo procesal" (Cas. Civ. 7 de dic. de 1965, G. J. t. CXIV, p. 222).

En relación con lo mismo no resulta impertinente recordar que la casación, como tal, aparece expresamente erigida en la Constitución Nacional, por cuanto en el ordinal 1 de su artículo 235 tiénese como atribución de la Corte Suprema de Justicia, la de "actuar como tribunal de casación".

3.2.- Entonces, si la casación ostenta y debe ostentar unos perfiles propios, y si estos han de ser delineados a partir de observar que por la misma lo enjuiciado es la sentencia de segunda instancia (o en la casación per saltum, la de primera) como thema decisum, para, entre otros eventos, averiguar si se ajusta, o no, a la ley sustancial, se ha de volver sobre lo antes señalado, o

sea, que esa averiguación -a cumplirse mediante una confrontación entre la sentencia y la ley sustancial-, no se lleva a cabo mas que dentro del ámbito que delimite el propio impugnador de la decisión, porque pensado de otra manera, es decir, suponiendo que ella pudiera ejecutarse merced al propio impulso o iniciativa del juez de la casación, se borrarían las fronteras con la apelación pues en esta, como es sabido, la investigación de la norma llamada a servirle de medida al caso, es del resorte o de la incumbencia del juzgador.

3.3.- Ahora bien, las reglas originales del Código (arts. 368 y 371), al igual que las anteriores desde que la casación se instituyó legislativamente en Colombia, exigían irrestrictamente al recurrente que determinara las normas de naturaleza sustancial con las cuales debía cumplirse la comparación de la sentencia a fin de establecer si esta las transgredía, siendo en tal exigencia donde residía la razón de ser de la proposición jurídica completa, desde luego que se advertía la presencia de casos en los que la expresión legal del derecho que se decía conculcado por el fallo depende de mas de un precepto sustancial.

Hoy, a términos del numeral 1 del artículo 51 del Dto. 2651, esa exigencia ha sido atenuada, mas no suprimida. Es decir, sobre el recurrente continúa gravitando la carga de indicarle a la Corte las normas sustanciales con las cuales debe compararse la sentencia para ver si, efectivamente, esta las vulnera; eso está determinado con toda claridad en el texto del susodicho numeral. En consecuencia, si el recurrente desacierta radicalmente en la tarea de señalar esos preceptos, a la Corte no le es dable enmendar esa falta para acomodar el examen a los mandatos que sí son pertinentes al caso.

3.4.- Traído a este punto el problema, corresponde elucidar cuándo el recurrente no atina de un modo radical o absoluto en el señalamiento de las normas sustanciales tenidas como transgredidas.

Dejando de lado aquellas hipótesis perfectamente obvias, debe advertirse que la pauta esclarecedora de la cuestión se halla en el propio ordinal 1 cuando alude a las normas que constituyen *"base esencial del fallo"*, o *que deben serlo*, y que a juicio del recurrente, cualquiera de ellas haya sido violada.

Así, pues, *si la base esencial del fallo está -o debe estar- constituida por varias normas sustanciales, al recurrente le basta con denunciar la transgresión de cualquiera de ellas.*

Mas lo que el impugnador no puede perder de vista es que, cuando son varias, debe incluir en la denuncia por lo menos una de las reglas que constituyan -o deban constituir- la base esencial del fallo, pues de ello no lo exoneró el legislador de 1991. Y, por supuesto, mal podía exonerarlo sin desvirtuar la naturaleza propia de la casación y su raigambre constitucional.

3.5.- Pero si bien las cosas pueden ocurrir como se acaba de anotar, tampoco es posible desconocer la existencia de *casos en los cuales la base esencial de los fallos la constituyen ciertos preceptos que, por su grado de abstracción totalizadora, su inclusión dentro de las normas tenidas como violadas resulta insoslayable y, por lo mismo, irremplazable. O sea, son normas que por estar situadas en el propio centro de una determinada estructura jurídica no pueden ser remplazadas por otras, siendo entonces esa singularidad lo que tiene que llevar al recurrente a que en el cargo se ocupe de su infracción, si es que aspira a exponerlo de manera cabal y a que la Corte pueda estudiarlo en su fondo.*

A guisa de ejemplo, pueden mencionarse estas hipótesis en las que es advertible la presencia de tal clase de normas: cuando la decisión impugnada en casación recae o deba recaer sobre resolución de un contrato bilateral por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, constituye "base esencial" de la misma, y, por ende, no podría dejar de ser incluido dentro del elenco de las normas cuya transgresión por la sentencia se denuncia, el artículo 1546 del C.C., o en su caso, el artículo 870 del C. de Co. O en una determinación atinente a declaratoria de nulidad absoluta de un contrato, el artículo 2 de la ley 50 de 1936. O en una sentencia que provea o deba proveer sobre petición de herencia, el artículo 1321 del C.C. O en un fallo que estime o desestime la reivindicación de un bien, como es el caso sub-judice, el artículo 946 del C.C.

En cualquiera de los supuestos anteriores, el recurrente, por más que alegue el quebrantamiento de preceptos más o menos aledaños a los citados, si no incluye el que corresponde según el caso, no se habrá acoplado a las exigencias de la ley puesto que habrá omitido señalar la regla que, sin ningún género de dudas, representa -o debe representar- el soporte esencial del fallo.

3.6.- Circunscribiendo la atención a la acción reivindicatoria por fuera del evento previsto en el artículo 951 del C.C., el cual atañe a una hipótesis diferente, soporte medular -e insustituible- de la misma lo constituye el

artículo 946 ib., pues es él, y ningún otro de los que se ocupan de la materia, el que le atribuye al titular del dominio que se halla privado de la posesión del bien, el derecho de recuperarlo de quien lo tenga bajo su poder alegando ser dueño del mismo. Por ende, no obstante que dejen de citarse otros preceptos propios de la reivindicación dentro de la denuncia que en contra de la sentencia se plantee como transgresora de la ley sustancial, resulta inevitable o forzosa la inclusión del susodicho artículo. Es él el que define los elementos configurantes de la acción reivindicatoria; de forma que si el recurrente omite su invocación, cuando la cuestión decidida recae sobre todos o cualquiera de ellos, la confrontación de la sentencia con la norma legal para saber si aquella resulta transgresora de esta, no se podrá adelantar, y entonces el cargo estará llamado a fracasar.

4.- En el caso materia de la decisión, como se sabe, el tribunal le dio cabida a la pretensión reivindicatoria de la parte demandante por haber encontrado que la posesión de la demanda era posterior al título de dominio aportado por aquella, y, desde luego, por juzgar que militaban en el caso los restantes elementos axiológicos de la pretensión reivindicatoria.

Esa consideración toca certeramente con la aplicación del artículo 946 del C.C., precepto que, como atrás se hizo notar, no lo incluyó el recurrente dentro de las normas supuestamente violadas por la sentencia. Tal omisión no la suple ninguno de los otros artículos cuya transgresión se denuncia en el cargo pues, como resulta obvio decirlo, ninguno de ellos es el que consagra el derecho que tiene el dueño de un bien a recuperarlo de quien lo tiene bajo su poder como poseedor. Y desde luego la Corte, como Tribunal de Casación, no se encuentra facultada para llenarlo por su propia iniciativa por cuanto, por lo atrás discurrido, hasta ese extremo no alcanza la innovación legislativa introducida por el decreto 2651 en el numeral 1 de su artículo 51.

5.- Pero no es ese el único defecto que en la exposición del cargo se encuentra.

En efecto, cree el recurrente que el tribunal desacertó cuando, no obstante haber visto que la demandada concurrió al proceso como heredera y en representación de la sucesión de la señora Laura Tabares vda. de Castrillón, razonó como si esa demanda pretendiera hacer valer la posesión alegada para sí misma y en su nombre personal, cuando en realidad se trata de una sola y única posesión, a saber, la iniciada por la causante ya nombrada.

Mas ese tipo de razonamiento involucra aspectos fácticos en la cuestión, pues él significaría que el sentenciador habría visto dos posesiones -la de la causante y la de la demandada, o, por lo menos, sólo la de esta última-, cuando en realidad no se trata sino de una, lo cual, por consiguiente, presuponía que, por la vía indirecta, y no por la directa como se hizo, se denunciase la comisión del yerro probatorio cometido por el Tribunal por no haber visto que, en verdad, se trataba de una posesión única.

Pero, aún así, las cosas no hubieran resultado exitosas para la parte recurrente como quiera que el tribunal no hizo mas que adecuarse al propio planteamiento de la demanda quien, en la respuesta a la demanda, dijo con toda claridad:

"Alega también la accionada que la posesión de ella la une a la posesión de la señora Laura Tabares...".

Habiéndose invocado tal figura, era apenas natural que el sentenciador inquiriera por el eslabón que debía unirlas, hallando, como fruto de su pesquisa, que no existía prueba del mismo; conclusión ésta que la parte recurrente no impugna.

6.- Esos defectos llevan, pues, a la Sala a concluir que el cargo no puede abrirse paso. De esa manera lo decidirá a continuación.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de 23 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario seguido por Pedro León Hernández Morales en frente de Rosa Castrillón Tabares.

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

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

DEBER DEL JUEZ / PODER DEL JUEZ / PRUEBA DE OFICIO / VERDAD PROCESAL

El juez, tanto el de primera como el de segunda instancia, se encuentra investido por la ley del poder-deber de decretar pruebas de oficio cuando las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. / Esa atribución es vertebral para la búsqueda de la verdad dentro del proceso. Sin embargo, ella no es absoluta como quiera que se encuentra sujeta a las restricciones señaladas por el propio ordenamiento, las cuales no deben ser interpretadas de manera extensiva pues tal cosa conduciría a constreñir de manera injustificada el ámbito propio del ejercicio de ese poder deber.

DICTAMEN PERICIAL

En frente de un dictamen pericial insuficiente, al juzgador le es dable ordenar su ampliación, aclaración o adición, o, en vez de ello, decretar la práctica de uno nuevo con distintos peritos. Naturalmente, si opta por lo primero, tal cosa no excluye que si no lo satisface lo expuesto por los peritos, pueda luego tomar la determinación a que se acaba de aludir.

CONGRUENCIA / ULTRA PETITA

Al estarse ante una determinación que no fue pedida por el demandante, se sigue que a su respecto la sentencia resulta inconsonante por ultra petitita, pues se desconoció la pauta que el art. 305 del C. de P.C. le enseña al juzgador cuando le dice que la decisión que adopte debe guardar consonancia con la pretensión del actor, y que el demandado no puede ser condenado a más de lo pedido por aquel.

Corte Suprema de Justicia. --- Sala de Casación Civil. --- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Referencia: *Expediente No. 3925* *Sentencia No. 30*

Despacha la Corte el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 1992, proferida por la Sala de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso *ordinario de filiación extramatrimonial* y de petición de herencia, seguido por Wilmer Orlando Gómez Muñoz en frente de Liliana María del Socorro y del menor Jairo Alberto Gómez Posada, en calidad de herederos determinados de Silvio Jairo Gómez Peláez y de los herederos indeterminados del mismo.

Antecedentes:

Al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín le correspondió asumir el conocimiento de la demanda presentada por Wilmer Orlando Gómez Muñoz, mediante la cual llamó a proceso ordinario a los demandados nombrados, para que, previo el trámite respectivo, se dictase sentencia en la que se hiciesen las siguientes declaratorias y condenas:

"PRIMERA: Se declara que el señor Silvio Jairo Gómez Peláez, fallecido en la ciudad de Medellín el 28 de junio de 1987, es el padre extramatrimonial del señor Wilmer Orlando Gómez Muñoz, hijo de la señora Margarita Muñoz Gómez, nacido el 1 de octubre de 1961.

"SEGUNDA: Se declara que en virtud de la paternidad antes aludida, el señor Wilmer Orlando Gómez Muñoz tiene derecho a heredar en la sucesión de su padre extramatrimonial Silvio Jairo Gómez Peláez.

"TERCERA: Se ordena que los bienes cuya distribución se hizo en la partición realizada dentro del proceso sucesorio del fallecido Silvio Jairo Gómez Peláez sean reintegrados a la masa sucesoral con la finalidad de que se haga la distribución en la que participe el señor Wilmer Orlando Gómez Muñoz.

"CUARTA: Háganse las anotaciones pertinentes en el acta de registro civil

de nacimiento que en folio 215 del libro 2 se lleva en el municipio de Codazzi, departamento del Cesar.

Esas pretensiones las hizo descansar el actor en la situación fáctica que a continuación se compendia:

En el municipio de Codazzi, Margarita Muñoz Gómez y Silvio Jairo Gómez Peláez se conocieron e iniciaron un vínculo de amistad que transformaron luego en noviazgo dentro del cual sostuvieron relaciones sexuales, ello a partir de la segunda mitad del año de 1959 y en el transcurso de 1960.

"A finales de 1960 y principios de 1961, Margarita Muñoz Gómez quedó embarazada", originando ello serias discrepancias con sus padres, motivo por el cual Silvio Jairo Gómez la trasladó "a una finca llamada Chito, situada en el pueblito de la Jagua", donde hicieron vida marital mediante la visita que Silvio Jairo le hacía todos los fines de semana.

Durante el embarazo de Margarita Muñoz Gómez, "el señor Silvio Jairo Gómez Peláez le ayudó todo el tiempo, con naturalidad y sin ocultarlo ante nadie".

Una vez nacido el acá demandante y cuando ya contaba con 7 meses de edad, Margarita Muñoz se trasladó a residir a la ciudad de Medellín, lugar donde Silvio enviaba la ayuda económica para el niño, por intermedio de Gabriela Gómez, "según cartas en las que de puño y letra de él se encomendaba a esta señora el cuidado y vigilancia del niño".

El señor Silvio Jairo Gómez Peláez falleció en Medellín el 28 de junio de 1987, siendo recogidos sus bienes relictos por Liliana María y Jairo Alberto Gómez Posada, en virtud de sentencia aprobatoria de la partición proferida en el proceso de sucesión testada, adelantada en el Juzgado 4 Civil del Círculo de Medellín.

Los herederos determinados contestaron el libelo introductor negando la gran mayoría de los hechos y admitiendo tan sólo el relacionado con el trámite sucesorio, oponiéndose así a la totalidad de las pretensiones aducidas. Igualmente, el curador ad-litem de los herederos indeterminados compareció al proceso para manifestar que se atenía a lo que resultara probado.

Trabada la litis en la forma expuesta, a ella le puso término el Juzgado Octavo de Familia, a quien le fue asignado el proceso en virtud del nuevo reparto efectuado a raíz de la entrada en vigencia de la jurisdicción especial de familia, mediante sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que, en su parte resolutiva, fue del siguiente tenor:

"1.- Se declara que el señor Silvio Jairo Gómez Peláez, fallecido en la ciudad de Medellín el 28 de junio de 1987, es el padre extramatrimonial del señor Wilmer Orlando Gómez Muñoz, hijo de la señora Margarita Muñoz Gómez, nacido el 1 de octubre de 1961.

"2.- Se declara que en virtud de la paternidad antes aludida, el señor Wilmer Orlando Gómez Muñoz tiene derecho a heredar en la sucesión de su padre extramatrimonial Silvio Jairo Gómez Peláez.

"3.- Se ordena que los bienes cuya distribución se hizo en la partición realizada dentro del proceso sucesorio del fallecido Silvio Jairo Gómez Peláez, sean reintegrados a la masa sucesoral con la finalidad de que se haga la distribución en la que participe el señor Wilmer Orlando Gómez Muñoz, pero atendiendo a las normas de la sucesión testada.

"4.- Háganse las anotaciones pertinentes en el acta de registro civil de nacimiento que en el folio 215 del libro 2 se lleva en el municipio de Codazzi, departamento del Cesar.

"5.- El despacho no ordena la restitución de frutos por no haberse solicitado ni tampoco probado.

Interpuesto el recurso de apelación por los demandados determinados, el Tribunal confirmó y adicionó el fallo antes reseñado en el que es materia del actual recurso de casación, lo cual hizo en los siguientes términos:

"... Confirma en todas sus partes la sentencia de fecha, naturaleza y procedencia referidas en la parte motiva, con la ADICION de que el rehacimiento de la partición se realizará en este mismo proceso".

La sentencia del Tribunal:

Luego de mencionar los aspectos generales del litigio y de historiar los antecedentes del mismo, el sentenciador anota que están dados los presupuestos procesales necesarios para resolver el fondo de la cuestión debatida, tras lo cual advierte que la causal relacionada con la presunta existencia de relaciones sexuales para la época de la concepción, no fue establecida por el *a-quo*, sin ser, tampoco, motivo de inconformidad, constituyendo ese hecho, por ende, materia ajena al estudio que emprende.

Delimitando en esa forma el tema a tratar, el fallador anuncia que el mismo se circunscribe, entonces, "al estudio de la prueba documental que le sirvió de soporte a la señora juez de primera instancia para arribar a la conclusión de que partiendo de su autenticidad y de su contenido, de allí se deducía una confesión inequívoca de paternidad".

Reproduce a continuación el numeral 3 del artículo 6 de la ley 75 de 1968, como preámbulo a la transcripción de los apartes pertinentes de las cartas presentadas como sustento de la invocación de aquella causal determinada por la norma mencionada.

Alude luego a la manifestación hecha por la parte demandada en el sentido de "desconocer la autenticidad de las cartas", para destacar el trabajo pericial allegado con miras a dilucidar el punto, del cual resalta, en primer término, el dictamen que se decretó y practicó en la primera instancia, que determinó cómo las firmas que aparecían en el testamento de Silvio Jairo Gómez y en las cartas recibidas por Gabriela Gómez de Medina, eran "uniprocedentes y corresponden a una misma persona".

A renglón seguido el sentenciador anota que el dictamen pericial aportado en el curso de la primera instancia fue aclarado por solicitud de la parte demandada, mediante escrito en el cual los peritos grafólogos "procedieron a la exposición de algunas explicaciones generales, sin mayor profundidad". Recuerda, entonces, que el dictamen así aclarado no fue objetado, pero que, sin embargo, la parte demandada "insistió en su falta de fundamentación científica.

Que, para complementar su aseveración, la parte contradictoria allegó la conclusión de un experto sobre el tema, quien destacó, por su parte, los graves errores de orden técnico y metodológico en que incurrieron los respectivos peritos.

En ese orden de ideas, el fallador precisa que "en virtud de la trascendencia que para el caso debatido representa el resultado final del estudio comparativo de las firmas dubitadas, y como quiera que en verdad en el dictamen cuestionado no se hace una precisa referencia a los fundamentos técnicos, científicos o artísticos que les sirviera de soporte a los peritos para arribar a la conclusión de que en verdad todas las firmas correspondían a la misma persona, el tribunal en uso de las facultades oficiosas que en materia de pruebas le otorgan los arts. 179 y 180 del C. de P.C., dispuso la práctica de un nuevo dictamen grafológico sobre este mismo punto".

Menciona enseguida las características propias del nuevo dictamen, practicado en el curso de la segunda instancia, y concluye acogiéndolo en su integridad, en razón de que "su firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y la competencia de los peritos, así lo ameritan (art. 241 del C. de P.C.)".

A continuación, el tribunal se ocupa de la versión suministrada por Gabriela Gómez de M., en lo que respecta a su afirmación de haberse hecho cargo del demandante en razón de la serie de dificultades que se le presentaron a Margarita Muñoz, su sobrina, para resaltar lo que aquella afirmó con relación a que "durante 18 años el señor Silvio Jairo Gómez le envió ayuda económica y, además, en varias ocasiones lo visitó.

Cita luego la nueva serie de documentos que reconoció su autor, Jairo Mesa Gómez, relacionados con los varios envíos que Silvio Jairo Gómez le hacía a su hijo Wilmer Orlando, por intermedio de Gabriela Gómez.

Finalmente, el fallador alude a la crítica formulada por la parte demandada contra los testimonios de Gabriela Gómez de Medina y de Jairo Mejía Gómez, en cuanto que dichas versiones adolecen de "imprecisión (sic) y parcialidad, para aseverar, tras breve recuento de la ocupación de estos, que fue aquella la que crió al demandante y de ser éste el contador del presunto padre, así como que esas declaraciones no fueron desvirtuadas "y tampoco existen razones o motivos que lleven a dudar de su veracidad".

Agrega el sentenciador que demostrada la autenticidad de las cartas mencionadas en el proceso, y en razón de que "en ellas se encuentra contenida una confesión inequívoca de paternidad" la sentencia impugnada debe ser confirmada, mas "como se omitió señalar o indicar en qué proceso se debe realizar el rehacimiento de la partición, la sentencia será adicionada en este sentido".

La demanda de casación:

Dos cargos plantéanse en ella en contra de la sentencia anterior; el primero con apoyo en la causal segunda del artículo 368 del C. de P.C., y el segundo con fundamento en la causal primera del mismo precepto. Para el estudio de los mismos, la Sala invertirá el orden lógico y abordará en primer término el que se apoya en la causal primera y luego el que se refiere al error in procedendo, puesto que mientras que este contiene un ataque parcial a la sentencia, aquel la enjuicia de manera total.

Cargo segundo:

En él se denuncia la sentencia impugnada "por haber infringido indirectamente, por el concepto de aplicación indebida y a causa de error de derecho que más adelante precisará, los artículos 1 y 4, numerales 3 y 7 de la ley 45 de 1936, estos dos últimos que corresponden a los artículos 6 y 10 de la ley 75 de 1968, así como el artículo 1321 del C. Civil".

Igualmente, se anuncian como infringidos, como violación medio, los artículos 174, 179, 180, 233 y 240 del C. de P.C.

Adentrándose en lo que constituye la explicación del cargo, el recurrente trae a colación lo que se entiende por error de derecho, así como también la situación en que puede darse, para destacar luego, el principio que establece el artículo 233 de la ley procesal en el sentido de que "sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial; salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro".

Anota a continuación que cuando el juez o tribunal considera que el dictamen "no es suficiente" puede ordenar, de oficio, la práctica de otro. Esto indica, que se está ante una regla limitativa que le impide obrar libremente, para decretarlo con base en las amplias facultades generales que le conceden los artículos 179 y 180 del C. de P.C.

Sobre esas bases, entra a preguntar sobre cuando puede el fallador decidir que un dictamen no es suficiente, lo que responde diciendo que "parece que únicamente después de que dicho medio probatorio haya sido sometido a la contradicción de las partes y luego de que el juzgador haya hecho uso de sus facultades oficiosas para que el dictamen sea aclarado, adicionado o ampliado por iniciativa suya".

Tal idea la refuerza observando que no es dable calificar de insuficiente un dictamen, cuando aún no ha sido plenamente sometido a contradicción de las partes, o cuando el juez no ha pedido su aclaración, adición o ampliación, etapas que, precisamente, "tienden a mejorar la prueba y a completarla como tal, llenando las deficiencias que inicialmente pudiera mostrar".

Recuerda que en el presente caso, el tribunal, por medio de su auto del 24 de octubre de 1991, y "utilizando los poderes oficiosos generales que le otorgan los artículos 179 y 180 del Código de enjuiciamiento y no los específicos que con relación a la prueba de peritos le concede el artículo 233 ibídem, y sin haber hecho uso previamente de la facultad que, respecto de la peritación, le da el artículo 240 para ordenar a los grafólogos que aclararan, adicionaran y ampliaran el dictamen rendido en primera instancia... decretó un segundo dictamen grafológico simplemente porque al ya rendido 'se le hicieron serios cuestionamientos sobre los cuales el Tribunal no tiene los elementos de juicio suficientes para darles una respuesta satisfactoria' ".

Expone luego un breve relato de las incidencias procesales surgidas alrededor de la asunción del segundo dictamen, para señalar que el tribunal utilizó en su decreto, las facultades generales que le otorgan los artículos 179 y 180 del C. de P.C. "y no los específicos que con relación a la prueba de peritos le concede el artículo 233 ibídem", sin hacer uso, además, previamente, de las facultades que le concede el art. 240, "para ordenar a los grafólogos que aclararan, adicionaran y ampliaran el dictamen rendido en primera instancia", y basado únicamente en que "se le hicieron serios cuestionamientos, -se refiere al primer dictamen-, sobre los cuales el tribunal no tiene los elementos de juicio suficientes para darles una respuesta satisfactoria".

A vuelta de afirmar que con las circunstancias enunciadas se quebrantaron las normas que citó previamente, asevera que "se decretó la práctica de una segunda pericia grafológica a la que, no obstante sus defectos de producción, el H. Tribunal le concedió pleno valor probatorio de que las cartas cuestionadas sí fueron escritas por el presunto padre extramatrimonial", error de derecho que lo condujo a dar por demostrada la paternidad impetrada.

De otra parte, el recurrente subraya que de estar apoyada la decisión del tribunal en las declaraciones de Gabriela Gómez de Medina y de Jairo Mesa Gómez, habría que resaltarse el error de derecho consistente en dar por probada la causal de paternidad que contempla el numeral 3 del artículo 4 de la ley 45

de 1936, con base en prueba diferente a la documental que es la única con relievancia suficiente para acreditarla.

Hace hincapié finalmente en el supuesto quebranto del artículo 1321 del C. Civil, al disponerse rehacer una partición dentro del respectivo proceso ordinario, cuando, según anota esa partición debe practicarse nuevamente es dentro del respectivo proceso de sucesión.

Impetra, por ende, que se case la sentencia y, en sede de instancia, se revoque el fallo del Juzgado y se absuelva a los demandados de las pretensiones de la demanda.

Se considera:

1.- *El juez, tanto el de primera como el de segunda instancia, se encuentra investido por la ley del poder-deber de decretar pruebas de oficio cuando "las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes", según lo define el artículo 179 del C. de P.C.*

Esa atribución es vertebral para la búsqueda de la verdad dentro del proceso. Sin embargo, ella no es absoluta como quiera que se encuentra sujeta a las restricciones señaladas en el propio ordenamiento, las cuales, oportuno resulta decirlo, no deben ser interpretadas de manera extensiva, pues tal cosa conduciría a constreñir de manera injustificada el ámbito propio del ejercicio de ese poder-deber. Así, por ejemplo, y conforme reza el mismo artículo 179, para disponer de oficio la recepción de la declaración de testigos, es indispensable que éstos se encuentren citados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

En la regulación del dictamen pericial también se advierte otra limitación, ya que el artículo 233 ib., en su inciso 2, dice:

"Sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro. Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso con audiencia de las partes. Con todo, cuando el tribunal o el juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión".

Así, pues, *en tratándose de prueba pericial, el poder-deber del juzgador de proceder ex-officio queda sujeto a los condicionamientos establecidos en la regla anterior.*

En tal orden de ideas, si dentro del proceso obra ya uno experticio, proveniente de la iniciativa de las partes o de la propia del fallador, a este no le es permisible ordenar la práctica de una nueva, distinta a aquella que tienda a comprobar la objeción por error grave planteada en contra del informe previamente recibido.

Sin embargo, acorde con la propia regla, bien puede suceder que el sentenciador aprecie el dictamen como insuficiente, caso en el cual se le permite ordenar la práctica de otro con distintos peritos.

El punto, entonces, reside en dilucidar cual es el momento en que el juez o tribunal pueden darle al dictamen el calificativo de insuficiente para los efectos de determinar si es tempestivo o no, el decreto del adicional.

De acuerdo con el recurrente, conforme se ha visto, la suficiencia o insuficiencia del dictamen es cuestión que únicamente cabe ser avaluada una vez que haya sido sometido a la contradicción de las partes, y que, con apoyo en el artículo 240 del C. de P.C., se haya ordenado su aclaración, adición o ampliación, pues sólo después de surtida esta etapa se sabrá con certeza si la peritación, en realidad, no es suficiente.

Para la Sala ninguna discusión debe suscitarse en torno a que la orden de practicar un segundo dictamen no puede proferirse sin que el primero hubiera sido puesto en conocimiento de las partes, en razón de que este traslado (art. 238-1, C. de P.C.) es una exigencia legal de inevitable cumplimiento, como que de él depende que la prueba pueda ser controvertida. Por ello, sin quebrantar la norma acabada de citar, no es posible disponer que se realice un segundo dictamen pretextando la insuficiencia del inicialmente practicado.

Pero, agotada esa etapa, sea que las partes hayan pedido aclaración, adición o ampliación del dictamen, sea que hayan guardado silencio, si el juez o tribunal siguen considerando que el dictamen es insuficiente -no obstante, incluso, las nuevas explicaciones que hubieran podido dar los expertos-, deberán proponerle a estos los puntos correspondientes, o, sin necesidad de cumplir con ningún otro trámite, les será dable ordenar el segundo dictamen?

El artículo 240, en el que el recurrente se apoya, dice que "el juez podrá ordenar a los peritos que aclaren, completen o amplíen el dictamen, en las oportunidades señaladas en el artículo 180 para lo cual les fijará término no mayor de diez días".

Como de toda obviedad resulta decirlo, la determinación que en cualquiera de los sentidos indicados en la norma pueda tomar el sentenciador, encuentra su razón de ser en que este repute al dictamen como insuficiente.

Con todo, nótese cómo la regla legal no le está diciendo al juzgador que si tilda al informe de deficiente, tiene el deber de solicitar su aclaración, ampliación o adición, sino que deja el punto al prudente criterio de aquel, o sea que, del mismo modo como el sentenciador PUEDE disponer que sea ampliado, completado o adicionado, puede también no hacerlo.

Entonces, *si la norma autoriza al fallador para que no solicite a los peritos la ampliación, aclaración o adición del dictamen, deben examinarse las consecuencias que trae tal inhibición. Ante todo, pudiera pensarse que el precepto le está permitiendo a aquel tomar la decisión que sea del caso con prescidencia de la prueba -precisamente por tenerla como insuficiente-, y, por lo tanto, en relación con los hechos que con la misma se buscaba demostrar, aplicar el principio de la carga de la prueba.* Empero, si hacia este desenlace apuntara el artículo -en la medida en que la acción prevista en él es de carácter permisivo-, la regla que, a manera de excepción, aparece consignada en la parte final del inciso segundo del artículo 233, carecería por completo de sentido porque si en frente de un dictamen insuficiente la ley deja abierta la puerta al juzgador para que proceda según se acaba de indicar, no tendría explicación lógica posible que previamente le trazara la pauta contenida en el referido segmento normativo.

Por lo tanto, *el entendimiento racional y coherente de ambos preceptos lleva a decir que en frente de un dictamen insuficiente, al juzgador le es dable ordenar su ampliación, aclaración o adición, o, en vez de ello, decretar la práctica de uno nuevo con distintos peritos.* Naturalmente, si opta por lo primero, tal cosa no excluye que si no lo satisface lo expuesto por los peritos, pueda luego tomar la determinación a la que se acaba de aludir.

Pensadas las cosas como las esboza el recurrente es tanto como exigir un ritualismo excesivo y, por lo mismo, superfluo, porque casos hay en los cuales la fundamentación del dictamen es tan endeble que de antemano se sabe que la

orden que se de en alguno de los sentidos antes indicados es inútil puesto que las explicaciones suplementarias que eventualmente lleguen a brindarse, no alcanzarán a purgarlo de su originaria fragilidad, en razón de que esta no tiene más explicación posible que la incompetencia o ignorancia de los peritos.

2.- Dentro del anterior contexto resulta completamente claro que el Tribunal, en el presente caso, no cayó en el error de derecho que en este cargo le atribuye el recurrente. En efecto, rendido el correspondiente informe por los expertos (fls. 91 a 94, cdno. 1), el Juzgado, mediante auto, lo puso en conocimiento de las partes (fl. 95 ib.), e incluso la propia parte demandada solicitó aclaración (fls. 98 a 101 ib.), la que fue oportunamente presentada (fls. 110 a 112 ib.) y puesta en conocimiento de las partes (fl. 113 ib.). Esta vez la parte demandada dijo que pese a no haber formulado objeción por error grave, ello no significaba que estuviese de acuerdo con las conclusiones del dictamen.

Llegado el negocio al Tribunal, encontrándose las cosas en el estado acabado de describir, este dictó el auto por medio del cual, con apoyo en los artículos 179 y 180 del C. de P.C., según su propia afirmación, ordenó la práctica de un segundo dictamen.

Ese recuento, entonces, patentiza cómo el ad-quem no quebrantó los preceptos que gobiernan el decreto y la práctica del dictamen pericial. En particular, no tenía él porqué darle aplicación al artículo 240 en relación con el primer dictamen antes de ordenar la práctica del que en definitiva acogió. Si para la estimación del primero ya se habían cumplido con todas las formalidades que prevé la ley, y si, por consiguiente, aquel quedaba en libertad de acogerlo o desestimarlo, le quedaba expedito el camino para actuar como actuó, máxime cuando, por un lado, la propia parte recurrente en casación ya había solicitado aclaración de ese dictamen, del cual, además, dijo que se abstenía de objetarlo, y por el otro, esa prueba era de importancia cardinal para tomar la decisión correspondiente.

El tribunal, pues, no incurrió en el error de derecho que el casacionista le atribuye en este cargo, el cual, en consecuencia, no prospera.

Cargo primero:

Acusa la sentencia del Tribunal "por incongruencia por *ultra petita*, por cuanto sin que hubiera sido materia de las pretensiones de la demanda, el *ad-*

quem. adicionó el fallo condenatorio, para disponer que la partición a rehacerse, con la intervención del nuevo heredero, se efectuase dentro del mismo proceso ordinario, pronunciamiento que, por otra parte, disloca y trastunca las reglas dadas en el proceso de sucesión para la partición hereditaria".

Al explicar el cargo, el censor menciona la petición formulada en la demanda sobre el punto, concretada, según dice, a que los bienes partidos dentro de la sucesión de Silvio Jairo Gómez, "sean reintegrados a la masa sucesoral", con el fin de hacer la nueva distribución, para afirmar que en esos términos, el demandante pretendía que al quedar sin efecto el trabajo de partición anunciado, "elaborado a espaldas suyas", se rehiciera el proceso de sucesión, decretándose, entonces, la nueva partición.

En esos términos ha de entenderse, agrega el recurrente, que el trabajo de partición sólo puede rehacerse en el respectivo proceso de sucesión donde se hizo, "ya que, de conformidad con el artículo 586 ibídem, las sucesiones testadas, intestadas o mixtas se liquidarán por el procedimiento que señala el capítulo IV del título 29 del libro 3 del estatuto procesal, sin perjuicio del trámite notarial en su caso".

Afirma el casacionista, como corolario, que el tribunal incurrió en fallo *ultra-petita* y, en consecuencia, la sentencia que profirió no está en consonancia con las pretensiones de la demanda, "por lo cual es incongruente".

Para concluir la fundamentación de este primer cargo, el impugnante transcribe un breve aparte de lo afirmado por esta corporación en cuanto al tema de los efectos de la acción de petición de herencia, para solicitar, por ende, que se case el fallo en pos de que se revoque la adición impugnada.

Se considera:

1.- Tal como el recurrente lo señala, la pretensión tercera elevada por el demandante residió en que se ordenara "que los bienes cuya distribución se hizo en la partición realizada dentro del proceso sucesorio del fallecido Jairo Gómez Peláez sean reintegrados a la masa sucesoral con la finalidad de que se haga la distribución en la que participe el señor Wilmer Orlando Gómez Muñoz", lo que el a-quo atendió al disponer (v. fl. 156, cdno. ppal.) que "los bienes cuya distribución se hizo en la partición realizada dentro del proceso sucesorio del fallecido Silvio Jairo Gómez Peláez sean reintegrados a la masa sucesoral con

la finalidad de que se haga la distribución en la que participe el señor Wilmer Orlando Gómez Muñoz, pero atendiendo a las normas de la sucesión testada".

Pero el Tribunal, al dictar la sentencia de segundo grado, dijo que confirmaba la decisión del a-quo "... con la adición de que el rehacimiento de la partición se realizara en este mismo proceso".

2.- Es, entonces, palmar que la orden de rehacer la partición dentro de este proceso, introducida por el tribunal, constituye, como este mismo lo dice, una adición. Pero, en cuanto tal, no sólo resulta serlo respecto de la sentencia de primera instancia, sino también de la pretensión del demandante.

Al estarse ante una determinación que no fue pedida por el demandante, se sigue que a su respecto *la sentencia resulta inconsonante por ultra petita, pues se desconoció la pauta que el artículo 305 del C. de P.C. le enseña al juzgador cuando le dice que la decisión que adopte debe guardar consonancia con la pretensión del actor, y que el demandado no puede ser condenado a mas de lo pedido por aquel.*

Por lo demás, y en aras de la precisión conceptual, es conveniente anotar que no obstante que el demandante hubiera solicitado lo que acá dispuso el tribunal, legalmente tal medida no era de recibo, en atención a que no es dentro de este proceso donde cabe que la partición sea reelaborada, pues no es su objeto el llevar a cabo la distribución de los bienes relictos, materia esta que, como es obvio, es la propia del proceso sucesorio.

3.- De ahí que sea diáfano que el cargo deba prosperar. Como quiera que en este específico punto, la casación de la sentencia representa que de la misma se deba retirar lo que la hace incongruente para ajustarla a lo que bajo tal aspecto pidió el demandante, ello es lo que se hará acá al proferir la sentencia sustitutiva, la cual, por lo tanto, se limitará a reproducir la decisión confirmatoria tomada por el tribunal, con exclusión del sobredicho segmento.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, el 17 de marzo de 1992, dentro

del proceso ordinario de Wilmer Orlando Gómez Muñoz en frente de Jairo Alberto Gómez Posada, Liliana María del Socorro Gómez Posada y herederos indeterminados de Silvio Jairo Gómez Peláez, y, en su lugar, RESUELVE:

CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida dentro del mismo proceso por el Juzgado Octavo de Familia de Medellín el 15 de mayo de 1991.

Costas de la segunda instancia, a cargo de la parte apelante.

Sin costas en el recurso de casación.

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

NULIDAD SUSTANCIAL / NEGOCIO JURIDICO / SENTENCIA DE NULIDAD / PRESTACIONES MUTUAS / CORRECCION MONETARIA / CONGRUENCIA / INTERESES

El efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Por tal virtud, la sentencia de nulidad produce ciertamente efectos retroactivos y, por consiguiente, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado. /Para los eventos en que se deba restituir una suma de dinero a consecuencia de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico, su devolución debe ordenarse con ajuste monetario, aún ex officio, sin que en este último evento, el fallo que así se pronuncie, se resienta de inconsonancia. / Cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, no solo debe restituirse la parte del precio pagado, con corrección monetaria, sino los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, que siendo el contrato de naturaleza comercial, sería el bancario corriente. /

INTERESES (SALVAMENTO DE VOTO) / SENTENCIA DE NULIDAD (SALVAMENTO DE VOTO)

Por la vía de los intereses que también son exigibles cuando en sentencia judicial es declarada la nulidad de un contrato y en razón a ello deben entregarse en devolución cantidades de dinero, no pueden cambiarse los papeles e incurriendo igualmente en notoria inequidad, abrirle paso al lucro injustificado del acreedor en detrimento del deudor, resultado al que se llega con seguridad cuando para este propósito son aplicados tipo de intereses corrientes que. en cuanto son tales y no la expresión de tasas puras o netas, "...representan las condiciones reales del mercado de capitales".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: Expediente No. 4163 *Sentencia No. 31*

Procede la Corte a decidir el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de agosto de 1992, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira; en el proceso ordinario adelantado por Badih Merheg contra Laureano Gómez Botero.

Antecedentes:

I.- Por demanda que por repartimiento le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, solicitó el mencionado demandante que con audiencia del referido demandado, *se declarase nulo el contrato de promesa de compraventa* entre ellos celebrado el 24 de febrero de 1989 y se autorizase al demandante para consignar, a favor de Gómez Botero la suma de nueve millones de pesos ($9.000.000), que aquel recibió con motivo del contrato de promesa.

II.- El demandante apoyó sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) El 24 de febrero de 1989 celebraron los litigantes un contrato de promesa de compraventa, mediante el cual el demandante prometió venderle al demandado seis (6) parqueaderos dobles "que dieran a la carrera 8a." de la ciudad de Pereira, por la suma de dieciocho millones de pesos (18.000.000), de los cuales el actor recibió la suma de nueve millones de pesos ($9.000.000) y se acordó que los restantes nueve millones de pesos ($9.000.000) se pagarían a la entrega de los aparcaderos.

b) El demandante tiene como "actividad principal" la construcción, y a la celebración de la promesa de contrato referida, tenía el proyecto de construir unos parqueaderos, "proyecto que por razones que no es del caso anotar, no se pudo realizar", por lo que procuró devolverle al demandado la suma de nueve millones que había recibido con motivo de la promesa, lo que no logro ante la negativa de este último.

c) Acontece que la promesa de contrato celebrada, al no haberse ajustado a las exigencias legales, es nula, de nulidad absoluta, pues no se señaló plazo o condición para la celebración del contrato de compraventa, ni se determinó el objeto de dicho contrato, ni se señaló Notaría, ni fecha y hora para el otorgamiento de la escritura pública.

d) Que el demandante, por razón de negocio jurídico ya mencionado, no tiene más obligación para con el demandado, que devolverle a éste la cantidad de dinero ya descrita.

III.- Al enterarse el demandado de las pretensiones del demandante consignó su respuesta en el sentido de admitir como ciertos algunos hechos, de negar o desconocer otros, por lo que culminó con oposición a las súplicas de la demanda.

IV.- Así mismo el demandado Gómez Botero, en escrito presentado el 19 de diciembre de 1990, formulo demanda de reconvención, en procura de que se declarase la resolución del contrato de promesa celebrado entre los litigantes; y se condenase al contrademandado Badih Merheg a restituirle la suma de nueve millones ($9.000.000) que éste recibió anticipadamente como parte del precio de los parqueaderos prometidos en venta, "con los respectivos intereses, desde el 24 de febrero de 1989, fecha de la entrega del dinero, hasta que se haga la restitución, a razón del tres por ciento (3%) mensual", más la corrección monetaria, más la suma de dieciocho millones de pesos ($18.000.000) por concepto de perjuicios compensatorios ocasionados por el incumplimiento del contrato.

V.- El contrademandante fundo sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) El contrademandado está dedicado a la actividad comercial de la construcción, en la ciudad de Pereira, y en desarrollo de tal actividad construyó un edificio en la carrera 8a. número 20-67, con el fin de venderlo por el sistema de propiedad horizontal, y ocurrió que, el contrademandante prometió comprarle a aquel seis (6) parqueaderos dobles en dicho edificio, que a la sazón se encontraba en proceso de construcción, acuerdo que se consignó en documento suscrito el 24 de febrero de 1989, y en el que se acordó como precio la suma de dieciocho millones de pesos ($18.000.000), de los cuales canceló el contrademandante al contrademandado, en esa fecha, la suma de nueve millones ($9.000.000), y comprometiéndose el primero a pagarle al segundo,

la suma restante a finales de diciembre de 1989, fecha en que debía acontecer la entrega de los aparcaderos, habiéndose estipulado además que el prometiente comprador tiene "el derecho de abrir puerta para pasar a la oficina que da al parqueadero, y si en un futuro él desea cerrar los parqueaderos lo podrá hacer".

b) El contrademandante es comerciante en la ciudad de Pereira, y así lo certifica la Cámara de Comercio, pues tiene en dicha ciudad una empresa denominada "Distribuidora Lagobo", y en ejercicio de esa actividad comercial, realizó con el contrademandado el acto jurídico mercantil de promesa de compraventa de los parqueaderos.

El contrademandado está en mora de cumplir con su obligación de entregar los aparcaderos, materia del contrato de promesa, que debió hacer a finales del mes de diciembre de 1989, y con motivo de su incumplimiento, le ha causado al contrademandante perjuicios compensatorios, en la modalidad de daño emergente, por la suma de dieciocho millones de pesos ($18.000.000), más la corrección monetaria por envilecimiento del peso colombiano.

VI.- El contrademandado respondió en escrito de 5 de marzo de 1991, en el sentido de admitir como ciertos algunos hechos, de negar otros y de pedir pruebas para los restantes, por lo que culminó con oposición a las súplicas y con la formulación de la excepción que denominó "falta de causa para demandar".

VII.- Adelantado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 24 de marzo de 1992, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"PRIMERO. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 898 del Código de Comercio se declara inexistente el negocio celebrado entre los señores Badih Merheg y Laureano Gómez Botero, el 24 de febrero de 1989.

"SEGUNDO. Al asimilar la jurisprudencia los efectos de la inexistencia de los contratos, con la nulidad de los mismos para los fines de las prestaciones mutuas, el demandante deberá restituir y cancelar al demandado las siguientes cantidades de dinero:

"a) Restituir $9.000.000.oo de pesos recibidos el 24 de febrero de 1989.

"b) Reconocer $8.750.053.oo por concepto de corrección monetaria

sobre la suma anteriormente anotada, liquidada hasta la fecha de esta providencia.

"c) Pagar $10.103.775.oo por concepto de intereses corrientes a la tasa del 36.43% anual, sobre la suma del literal a), liquidados desde que se recibieron por el vendedor y hasta la fecha de esta sentencia.

"TERCERO. Prospera la excepción denominada Falta de Causa para Demandar, planteada para enervar la pretensión contenida en la demanda de reconvención atinente a la resolución del contrato promesa de compraventa.

"CUARTO. De conformidad con lo previsto en el art. 392-1 del C. de P.C. se condena en costas de este proceso a la parte demandada".

VIII.- Inconformes las partes con la resolución precedente, interpusieron en su oportunidad el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 12 de agosto de 1992, confirmatorio del proferido por el *a-quo*, "completando o actualizando el ordinal segundo, literales b) y c) en el sentido de que la corrección monetaria a restituir por el demandante al demandado asciende a diez millones novecientos sesenta mil ciento dos pesos ($10.960.102.oo), y los intereses once millones ciento noventa y seis mil setenta y cinco pesos ($11.196.075.oo)".

IX.- Contra lo así decidido por el Tribunal, la parte demandante principal interpuso el recurso extraordinario de casación, que por estar tramitado procede la Corte a decidir.

La sentencia impugnada:

El Tribunal, para confirmar la decisión del *a-quo*, con la complementación que hizo, sentó las reflexiones siguientes:

a) Que al haber apelado ambas partes la sentencia de primer grado, puede revisar sin límites tal fallo, añadiendo que no controvierten que el contrato celebrado sea de promesa de compraventa, pues solo distan en que para el demandante principal es de linaje civil y para el demandado de origen comercial.

b) Que el escrito contentivo del referido negocio tiene fecha 24 de febrero de 1989, y sus cláusulas refieren que la promesa versa sobre 6 parqueaderos

dobles, por un valor total de $18.000.000.oo, que se pagaría $9.000.000.oo a la fecha del contrato y $9.000.000 a la entrega de los aparcaderos, acordándose además que Laureano Gómez B. "'posee el derecho de abrir puerta para pasar a la oficina que da al parqueadero, y si en un futuro él desea cerrar los parqueaderos lo podrá hacer'".

c) Que las expresiones empleadas por los contratantes en ese documento, aunque son parcas y si se quiere inexactas, no se descarta que en realidad las partes quisieron celebrar un contrato de promesa de compraventa, en los términos antes resumidos.

d) Que no se precisa en el documento que las partes se comprometerían a perfeccionar el contrato de promesa de compraventa por escritura pública; con todo se puede inferir que el contrato prometido se produciría cuando Laureano Gómez Botero recibiera materialmente los parqueaderos, época para la cual éste saldaría el precio.

e) Que el mencionado negocio jurídico es mercantil, porque las partes figuran inscritas en la Cámara de Comercio, según la prueba pertinente, sin que interese si la adquisición pretendida por Laureano Gómez Botero de los referidos inmuebles era para revenderlos, pues apenas es suficiente que para la aplicación de la ley mercantil, "se trate de comerciantes, calidad ésta que se presume para todos los efectos legales, por la inscripción en el registro mercantil (art. 13-1 ibídem), incluso si el acto fuere de comercio para una de las partes se regirá por esa ley especial" (art. 22 ibídem).

f) Que según jurisprudencia de la Corte, deben acatarse en la promesa de contrato mercantil todos los requisitos señalados por el artículo 89 de la ley 153 de 1887, distintos de la solemnidad, añadiendo que el contrato de promesa es un contrato preparativo de orden general de carácter transitorio y temporal.

g) Que en verdad, el contrato de promesa celebrado entre los litigantes, carece de señalamiento de la época en que habría de otorgarse la escritura pública y la Notaría correspondiente. Y agrega el *ad-quem* que del interrogatorio de parte ya mencionado, se infiere que el demandante principal se comprometió a entregar los bienes negociados a fines de diciembre de 1989, siempre y cuando el tomara la determinación de construir el edificio para parqueadero, lo que no hizo, porque prefirió destinarlo únicamente para oficinas, lo que exterioriza una confesión cualificada, respecto de la cual no existe prueba en contrario; "por

consiguiente, esa condición, meramente potestativa (art. 1534 C.C.) atañadera a que Badih Merheg determinaba o no la construcción de los parqueaderos, a la luz del artículo 1535 del Código Civil, es nula (art. 822 del C. de Co.). Más, en el evento de que pudiera con certeza afirmarse que en efecto Merheg se obligó a cumplir con la elaboración de la escritura de compraventa de los parqueaderos finalizando el mes de diciembre de 1989, se arribaría a la conclusión de que al no haberse indicado la Notaría para dicho resultado, teniendo en cuenta que en Pereira existe más de una, el contrato por este aspecto tampoco podría reputarse válido", o sea, que está afectado de nulidad absoluta, que bien puede ser declarada de oficio cuando no hay querella de parte en el punto. Luego aclara que los efectos de la inexistencia y de la nulidad son similares, como quiera que conducen al regreso de las cosas al estado anterior.

h) Que al ser nulo el contrato de promesa de compraventa controvertido, impide decidir favorablemente la demanda de reconvención en cuanto en ella, se pretende "la resolución de ese convenio".

i) Que "la prestación económica a cargo del demandante principal *el a-quo* la ordenó en corrección monetaria, e intereses corrientes bancarios (art. 886 C. de Co.), lo cual se ajusta a derecho porque el pago debe hacerse completo. Respecto de lo primero, como ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, se impone por razón de la equidad y el restablecimiento del equilibrio económico, por lo que el precio pagado, que queda sin causa, debe restituirse al valor adquisitivo que tenía el dinero en la época en que se entregó: los intereses constituyen una consecuencia normal de lo que produce toda suma de dinero, con más razón en los negocios mercantiles". Y a continuación aclara que es cierto que el contrademandante reclamó el pago de intereses al 3% mensual con relación a la suma de $9.000.000.oo por restituir, es claro también que el *a-quo* desestimó la reconvención, y por demás el demandante principal calló lo relacionado con el pago de intereses. Empero, como las prestaciones mutuas operan y deben ser declaradas de oficio, el fallador de primer grado no incurrió en desarmonía con lo decidido en el punto.

j) Por último expresa el *ad-quèm* que la sentencia recurrida deberá confirmarse, extendiendo la condena por corrección monetaria e intereses a la fecha de la sentencia de segundo grado, por mandato del artículo 1307 del C. de P.C.).

La impugnación:

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal segunda y el restante por la inicial, los que serán estudiados conjuntamente por su estrecha conexidad.

Cargo primero:

For éste acúsase la sentencia del Tribunal de ser incongruente en la modalidad de *extra-petita*, por haberse reconocido en ella *ex-officio* "corrección monetaria" e intereses comerciales corrientes, sin facultades legales.

La censura, en el desarrollo del cargo, se ocupa prioritariamente de la condena oficiosa por corrección monetaria que hizo el Juzgador de segundo grado, y en procura de demostrarlo, sienta los asertos siguientes:

a) Que la condena, que oficiosamente hizo el Tribunal por corrección monetaria en procesos en donde se declare la nulidad absoluta de un contrato de promesa de compraventa, no la autoriza la ley, pues cuando la Corte la ha declarado, lo ha hecho en disposiciones que aluden a la indemnización de perjuicios, en la modalidad de daño emergente.

b) Que el artículo 1746 del C.C., que regula las restituciones que deben hacerse las partes con motivo de la declaración de una nulidad, por ninguna parte dice de manera expresa o implícita, que entre esas restituciones deba incluirse la indemnización por daño emergente o corrección monetaria, por lo que oficiosamente no puede el Juzgador imponer ajuste monetario, por no estar autorizado por la ley, por lo que no "es dable imponer la corrección monetaria por las sumas de dinero restituibles, so pena de incurrirse en la inconsonancia dicha", porque donde sí puede hacerse tal condena, aun sin querella de parte, es en los casos en que la ley autorice la indemnización de perjuicios en materia contractual, como acontece en la resolución de contrato por incumplimiento del demandado que debe restituir una suma de dinero, apoyándose la censura en doctrina de la Corte atinente a un negocio simulado.

c) Aborda la censura luego la condena oficiosa atinente a intereses comerciales corrientes, para expresar que ésta tampoco procede sin querella de parte, porque no existe norma legal para reconocerlos en procesos en donde se declare la nulidad absoluta de contratos de promesa de compraventa, por lo que

al actuar el Tribunal en sentido contrario a lo que se acaba de afirmar, incurrió en el fallo en inconsonancia. Añade la censura que solo en materia civil existe una norma genérica que autoriza la condena de oficio al pago de intereses legales, a la rata del 6% anual, que es el artículo 1617 del C.C., por lo que un fallo es incongruente, por decisión *extra-petita*, cuando se condena de oficio a pagar intereses comerciales corrientes cuando apenas procedía a pagar intereses legales civiles, y al efecto cita un pasaje de jurisprudencia de la Corte que considera aplicable al caso, por lo que concluye pidiendo el quiebre parcial de la sentencia del Tribunal con revocatoria también parcial de la del *a-quo*, y proponiendo la sustitutiva, con condena en costas en el recurso de casación para el demandado, con explicación de esta última sobre su procedencia.

Cargo segundo:

Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 1746, 1613 y 1614 del C.C.; 884 del C. Co., 1617-1a.-2a. del C.C., 1649 inc. 2o. del C.C., 307 incs. 1o. y 2o. del C. de P.C. 2o. y 822 inc. 2o. del C. Co..

Este cargo lo desarrolla en la misma forma que el precedente y sobre apreciaciones semejantes, puesto que afirma que no siempre que hayan de restituirse cantidades de dinero deben indemnizarse perjuicios; que el artículo 1746 del C.C., que regula las restituciones recíprocas con motivo de una declaración de nulidad, no expresa que deban indemnizarse perjuicios para volver al estado anterior, por lo que no es lícito al Juzgador darle al precepto un alcance que no tiene, adicionando su contenido. De suerte que en la especie de esta litis no procede la corrección monetaria, ni son aplicables los artículos que regulan la indemnización de perjuicios, que son las normas en que se ha fundado la Corte para imponer el ajuste monetario en las restituciones dinerarias, a título de daño emergente, que la Corte ha expresado que no procede condenar al demandado a pagar corrección monetaria cuando la solicita el demandante, "puesto que siendo éste partícipe del negocio simulado no puede sacar ventaja de su propia actitud, que halla incontrovertible censura en el principio *memo auditur turpitudinem allegans*".

En seguida el recurrente expresa que no procede la condena por intereses comerciales corrientes como consecuencia de la nulidad absoluta, lo cual apoya en que el Tribunal se fundó en el artículo 884 del Código de Comercio, siendo que para tal condena no basta con que el negocio sea de linaje mercantil, sino además que se trate de un negocio en que deban pagarse réditos de un capital.

ya porque lo acuerden las partes o en los casos en que la ley lo autoriza expresamente, como acontece con los negocios comerciales de que tratan los artículos 885, 946, 966, 1163, 1251 y 1388 del C. Co. Por consiguiente, no tratándose en la especie de esta litis de los casos de excepción en los que la ley mercantil impone la condena a pagar intereses comerciales cuando las partes no los han acordado, claramente se infiere que no podía el Tribunal "imponer semejante condena", con respaldo en una norma ajena a la controversia. El *ad-quem* debió condenar, conforme al artículo 1617 a intereses legales civiles que es el precepto aplicable, y no haber aplicado el 864 del C. Co., que es norma de carácter excepcional. A continuación la censura cita doctrina de la Corte y de un tratadista, que considera pertinentes.

Luego pasa el recurrente a solicitarle a la Corte el quiebre parcial de la sentencia del *ad-quem*, con revocatoria igualmente parcial de la sentencia del *a-quo*, proponiéndole la decisión sustitutiva y la condena en costas al demandado en el recurso de casación, con explicaciones en este último punto.

Por último la censura se da a la tarea de explicar el sentido del quebranto de las normas señaladas al comienzo del cargo.

Se considera:

1.- Se ha dicho por la doctrina de la Corte, de manera reiterada y uniforme, que *el efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Por tal virtud, la sentencia de nulidad ciertamente produce efectos retroactivos y, por consiguiente, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o para decirlo en otros términos, las partes quedan obligadas a devolverse lo que recíprocamente se hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula. Y lo que se acaba de afirmar, es lo que de manera diáfana señala la ley, concretamente el artículo 1746 del Código Civil, al disponer que "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de la cosa juzgada, da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo".*

2.- *Ahora bien, para los efectos del restablecimiento recíproco de las prestaciones, habrá de tenerse en cuenta si el contrato afectado de nulidad se*

cumplió en todo o en parte, puesto que si nada se ha cumplido, la cuestión únicamente se contrae a la extinción de las obligaciones.

3.- Si el contrato se ha cumplido, en todo o en parte, y lo que debe restituirse por uno de los contratantes, con motivo de la declaración judicial de nulidad, consiste en una suma de dinero, cuyo valor nominal se ha envilecido, su devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste monetario, tal como lo tiene afirmado la jurisprudencia de la Corte, al sostener en uno de los diferentes fallos, que sobre el particular ha pronunciado, que "si con motivo del fallo de nulidad, a una de las partes le corresponde devolver determinada suma de dinero y si por el tiempo transcurrido entre el recibo de dicha suma y su restitución no mantiene su valor real de cambio, por cuanto ha sido afectado por el fenómeno de la depreciación, la devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste que comprenda la desvalorización de la moneda..." (Cas. Civil de 24 de marzo de 1983). Y Esto tiene soporte en el mismo artículo 1746 del C.C., porque cuando este precepto ordena que las partes deben ser "restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, está indicando que el dinero debe restituirse con el poder de compra que tenía en ese entonces y, por ende, si entre la fecha del recibo y la fecha de devolución, se ha envilecido, se impone, por consiguiente su ajuste monetario".

4.- También tiene definido la jurisprudencia que *para los eventos en que se deba restituir una suma de dinero a consecuencia de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico, su devolución debe ordenarse con ajuste monetario, aún ex-officio, sin que en este último evento, el fallo que así se pronuncie, se resienta de inconsonancia.*

En efecto, dijo la Corte en fallo de 12 de agosto de 1988, lo siguiente:

"No obstante, para una mayor delimitación conceptual, es pertinente añadir que por ser el dinero la medida común de todas las cosas patrimonial y económicamente consideradas su función también se aprecia en otros ámbitos del derecho, y, por consiguiente, en ellos sí puede ser o es de recibo la facultad del Juez para disponer, de oficio, la revalorización de una suma de dinero, tal como sucede, vr. gr. cuando, como consecuencia de la declaratoria de una nulidad de un acto o contrato, decretada sea a instancia de parte o bien por la exclusiva iniciativa del fallador, se deben ordenar restituciones mutuas, las que, como se sabe, son del resorte o de la incumbencia del Juez. En casos como éstos, también lo ha expresado la jurisprudencia de

la Corte, 'la determinación atinente a la referida valorización, halla un nítido e incontrovertible soporte en la equidad, encausadora del régimen de las relaciones jurídicas, máxime cuando en éstos se advierte un contenido o significación patrimonial'".

El criterio doctrinal precedente ha sido reiterado por la Corte en fallos posteriores, como bien puede verse en las sentencias de 25 de agosto de 1988 y 2 de febrero de 1990.

5.- De otro lado, también ha sentado la Corte que *las disposiciones legales que gobiernan las prestaciones mutuas a que puede haber lugar, por ejemplo, en las acciones reivindicatorias y de nulidad, tienen su fundamento en evidentes y claras razones de equidad, y se trata de evitar un enriquecimiento indebido. Por tal razón, quedan incluidas en la demanda, de tal manera que el Juzgador debe siempre considerarlas en el fallo, bien a petición de parte, ora de oficio. De suerte que cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, no solo debe restituirse la parte del precio pagado, con corrección monetaria, sino los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, que siendo el contrato de naturaleza comercial, sería el bancario corriente.*

6.- Como el Tribunal, al decidir como lo hizo, se ajustó a los criterios antes sentados, no pudo producir un fallo incongruente, ni quebrantó las normas sustanciales señaladas en el segundo de los cargos.

Siendo así las cosas, los cargos no prosperan.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

SALVAMENTO DE VOTO

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.

Ref: Expediente No.4163

Con el respeto y acatamiento que siempre inspiran las decisiones de mis ilustres colegas de la Sala de Casación Civil, me permito en esta salvedad escrita de voto resumir los motivos que en mi ánimo pesan vigorosamente para no compartir algunas de las ideas en que se sustenta la sentencia anterior, de modo particular en cuanto que, para desechar el segundo de los cargos formulados en la demanda de casación, se afirma en dicha providencia que "*...cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, no solo debe restituirse la parte del precio pagado, con corrección monetaria, sino los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, que siendo el contrato de naturaleza comercial, sería el bancario corriente...*".

1. *En el entendido que la afirmación recién transcrita comprende dos partes claramente separables, referida una a la reajustabilidad de una eventual prestación dineraria y la otra atinente al tipo de interés que es de suponerse ese capital produce, ninguna duda tengo que el criterio acogido para regular la primera es acertado y obedece por cierto a orientaciones de jurisprudencia cuya autoridad evoca el fallo. En efecto, si la declaración de nulidad implica la desaparición retroactiva del negocio invalidado mediante sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, y conforme al artículo 1746 del Código Civil tiene por principio la consecuencia de que las partes sean restituidas"...al mismo estado..." en que se hallarían si ese negocio no hubiese existido, es claro que tratándose de restituciones pecuniarias que de suyo presuponen que los contratantes cumplieron de antemano total o parcialmente las obligaciones por ello contraídas, las sumas de dinero objeto de devolución deben enterarse con su respectivo reajuste por depreciación monetaria, toda vez que de no ser así las cosas y ante fenómenos inflacionarios significativos, la situación anterior a la celebración del negocio no quedaría del todo restablecida desde el punto de vista económico y la nulidad,*

contrariando la voluntad del legislador puesta de manifiesto en el precepto que acaba de citarse, se convertiría entonces en fuente de ventaja patrimonial indebida para el deudor de la restitución.

2. Pero por la vía de los intereses que también son exigibles cuando en sentencia judicial es declarada la nulidad de un contrato y en razón a ello deben entregarse en devolución cantidades de dinero, no pueden cambiarse los papeles e incurriendo igualmente en notoria inequidad, abrirle paso al lucro injustificado del acreedor en detrimento del deudor, resultado al que se llega con seguridad cuando para este propósito son aplicados tipos de intereses corrientes que, en cuanto son tales y no la expresión de tasas puras o netas, "... representan las condiciones reales del mercado de capitales..." (Ernesto Simonetto. Los Contratos de Crédito. Parte Segunda. Cap. VI, núm. 123) y por lo tanto involucran, no solamente el margen de razonable utilidad que esas sumas de dinero pueden producir en determinado lapso, sino también y entre otros factores de importancia, un componente compensatorio de la depreciación experimentada por el signo monetario durante el mismo período. Por eso, si ante supuestos de la índole del que fue ventilado en el proceso y porque así lo impone el artículo 1746 del Código Civil, ha de concederse por los jueces el reajuste del capital para fijar el alcance de la respectiva obligación restitutoria de origen legal a cargo de una de las partes, es también en guarda del justo equilibrio que aquella norma manda observar que la medida de la deuda por intereses accesoria no debe determinarse con base en tasas que tiendan de algún modo a recomponer de nuevo ese capital erosionado pues dos veces se estaría cubriendo un único concepto que, en síntesis, no es cosa distinta al deterioro por inflación del poder de compra que el hoy acreedor del reembolso pagó en su momento para cumplir los compromisos adquiridos por virtud del negocio con posterioridad invalidado. Las tasas de interés que en consecuencia pueden desempeñar una función adecuada en este ámbito son las que por ministerio de la ley rigieron en el país en épocas en que la caída progresiva del poder adquisitivo de la moneda no tuvo las dramáticas características que actualmente la identifican, es decir aquellas tasas que con apoyo en textos legales expresos como los artículos 1617 y 2232 del Código Civil, podían tenerse como expresión prudente del valor de la contraprestación del plazo, como el justo precio del uso de recursos financieros ajenos o, en fin, como el precio mesurado por el sacrificio consentido de liquidez, siempre bajo el supuesto de que todo se desenvuelve en condiciones de estabilidad económica ideales y que por lo mismo no es apreciable el efecto de influencias extrañas sobre la tasa neta de interés señalada por la ley

3. En este orden de ideas, si desde la perspectiva cuyos lineamientos generales acaban de exponerse se hubiera estudiado el segundo de los cargos formulados, habrá que concluir por fuerza que motivos de peso mediaban en verdad para aceptar que es recurrente tuvo razón al sostener en su demanda que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en cuanto acepto e hizo suya la condena a pagar un capital reajustado junto con "intereses comerciales" calculados en cuanto tales a una tasa corriente que incluye así mismo un alto coeficiente por compensación del deterioro monetario que afectó la suma objeto de restitución, quebrantó a las claras el artículo 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, el primero por falta de aplicación evidente y el segundo por hacerlo actuar en la decisión judicial no obstante ser impertinente para regular la materia controvertida, ello aparte de que tampoco tuvo para nada en cuenta que como lo ha expresado la jurisprudencia y aquí lo reitera una vez más la sentencia de mayoría en sus consideraciones iniciales, *la "revalorización" en referencia debe hallar siempre "... un nítido e incontrovertible soporte en la equidad encauzadora del régimen de las relaciones jurídicas... ", lo que obliga a no perder de vista nunca que en este ámbito ha de sobreponerse, para prevalecer naturalmente, "...esa dosis de razonable equilibrio que no le permite a ninguno de los contendientes en litigio lucrarse unilateralmente con ese elemento nocivo del orden económico-financiero que es el proceso inflacionario y el deterioro real del signo monetario... " (G.J. Tomo CC, pág. 23).*

Fecha Ut Supra.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss

NULIDAD PROCESAL / FALTA DE JURISDICCION / JURISDICCION ORDINARIA / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO

El artículo 140 del C. de P.C., consagra como causal de nulidad "cuando corresponde a distinta jurisdicción", la cual tiene el carácter de insanable, pudiéndose invocar en cualquier momento, incluso en el recurso de casación. / La jurisdicción como facultad de administrar justicia, según la organización judicial está distribuida entre otras, en jurisdicción ordinaria o común y jurisdicción contencioso-administrativa: dentro de la primera se encuentra la civil, a la que corresponde todo asunto que no esté atribuido por la ley a otra jurisdicción, y a la segunda tiene por objeto el juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados con las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas. / Régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado. Cuando se trata de actos expedidos por tales empresas en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de derecho privado y será competente para conocer de ellos la jurisdicción ordinaria. Cuando los actos se realicen para el cumplimiento de funciones administrativas a que estas entidades haya encomendado la ley, están sujetos al derecho público, son actos administrativos y contra ellos proceden los recursos gubernativos previstos en las leyes, y la competencia jurisdiccional para conocer de ellos corresponde al juez administrativo. Organización interna de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado. / La Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, es una empresa industrial y comercial del Estado, creada por la ley 165 de 1948.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / ERROR DE HECHO - Requisitos

La causal de casación consistente en la violación de la ley sustancial, por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada

prueba, se presenta por suposición o preterición de ella, y para que resulte válido se requiere que: 1) El yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en autos, e ignorando la que ciertamente existe en el proceso, o adulterando la objetividad de ésta o cercenándole su real contenido; 2) 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 3) De contener 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 lo tanto, si cualquiera de las anteriores exigencias falta, el cargo es impróspero y, por ende, el fallo acusado debe quedar en pie. Cuándo esta clase de error es manifestado o evidente?

ERROR DE DERECHO

El sentenciador incurre en error de de recho cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observación de los requisitos legales para su producción, o cuando viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las valora 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 especifica para demostrar determinado hecho o acto juridico, no le atribuye a dicho medio probatorio el mérito señalado, o lo da por demostrado por 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.

PRUEBA EXTRAJUDICIAL / INSPECCION JUDICIAL / DICTAMEN PERICIAL

El art. 300 del C. de P.C., con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989, permite la práctica extrajudicial de la inspección judicial y la peritación; la primera con el objeto de verificar los hechos susceptibles de ser apreciados directamente por el juez, y la segunda para establecer aquellos no susceptibles de ello; uno y otro medio tienen valor probatorio según lo que disponga la ley para cada caso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 3873* *Sentencia No. 32*

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha catorce de enero de mil novecientos noventa y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario promovido por Angel Miguel Duarte y otros contra la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol.

I. Antecedentes:

1. Los señores Angel Miguel Duarte Luna, Eduardo Sandoval Blanco, Daniel Tavera Torres, Miguel Antonio Rico Acevedo y Victor Manuel Higuera Amado, por medio de apoderado judicial demandaron en juicio ordinario a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, a efecto de obtener en sentencia las siguientes declaraciones y condenas:

"1o. Que la compañía Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" es civilmente responsable de todos los perjuicios y daños ocasionados a los demandantes, por el rompimiento irregular del oleoducto Caño Limón Coveñas, que provocó el represamiento y posterior desbordamiento de los caños e inundaron los predios poseídos por los actores dañándoles las plantaciones de plátano, cacao, maíz, yuca, árboles frutales, pastos artificiales, etc.

"2o.- Que como consecuencia de la anterior declaración, la entidad demandada debe pagar a los demandantes la totalidad de los perjuicios sufridos, conforme al avalúo que se haga por medio de peritos dentro del proceso.

"3o.- Que se condene a la compañía demandada al pago de las costas del proceso".

2. Los hechos se pueden compendiar así:

2.1. Los demandantes son poseedores de los predios que respecto de cada uno se determinan por sus linderos, en el hecho primero:

2.2. La posesión material que detentan los demandantes es superior a un año en cada uno de sus predios, donde han establecido mejoras y ejercido la explotación económica mediante el cultivo de plátano, cacao, yuca, maíz, pastos artificiales, árboles frutales, etc.

2.3. La demandada es una empresa industrial y comercial del Estado, creada con el fin de explorar, explotar, refinar y tratar hidrocarburos en general, en el territorio nacional.

2.4. Ecopetrol tiene como objeto la explotación de crudo en "la intendencia nacional de Arauca y la operación del oleoducto Caño Coveñas".

2.5. El oleoducto atraviesa los caños La Pica, Caño Negro y las Bancas de la vereda La Pica, jurisdicción de Arauquita, donde se hallan ubicados los predios de los demandantes.

2.6. Para evitar el descubrimiento del oleoducto a primera vista, la empresa demandada dispuso el cubrimiento de este con tierra, taponando el nacimiento de los caños Las Bancas y Caño Negro, cuyos nacimientos se originaron en los esteros aledaños a las fincas de los demandantes como también se taponó el cauce del caño de la finca.

2.7. Esos trabajos se hicieron en época de verano, sin prever los riesgos y daños que se ocasionarían en invierno. Como consecuencia del represamiento, las aguas se desbordaron e inundaron los predios de los demandantes, destruyeron la mayor parte de las plantaciones de cacao, maíz, plátano, pastos, árboles frutales, cercas, etc. inhabilitando los predios para la explotación económica.

2.8. Antes del represamiento y desbordamiento de las aguas, las tierras eran de óptima calidad para la explotación agrícola, de donde derivan los demandantes su fuente de ingresos.

2.9. Después de sucedido el desbordamiento de los caños y las inundaciones con motivo de los taponamientos, los predios quedaron transformados en un cenagal dañándose gran parte de los cultivos y exponiendo a la ruina total a los damnificados.

2.10. El taponamiento ocurrió en enero de 1988. A petición de los moradores de la vereda La Pica a las empresas que realizaron obras en el sector

y al servicio de Ecopetrol, procedieron a destapar el caño "Caranal" en octubre de 1988. En enero de 1989 se destaparon los caños La Pica, Caño Negro y las Bancas, a esfuerzos de los afectados.

2.11. El Juzgado 2o. promiscuo del circuito de Arauca con asocio de peritos practicó inspección judicial extraproceso en la que se constataron los daños, la existencia del oleoducto y los vestigios de los trabajos realizados.

2.12. Ecopetrol con su acción ha causado grandes perjuicios en los predios de los demandantes, que deben ser reparados por la demandada.

3. Admitida la demanda y notificado el auto admisorio a la entidad demandada, por medio de procurador judicial respondió oponiéndose a las pretensiones, que pidió fueran denegadas y se condenara en costas a los demandantes. no le constan los hechos 1o., 2o., 5o. y 8o., no son ciertos el 6o., 7o., 9o. y 10o., es falso el 12o. y cierto el 13o. El 3o. es cierto en términos generales; respecto del 4o. anota que la operación del oleoducto Caño Coveñas fue asumida por Ecopetrol a través del Distrito Caño Limón Coveñas y los contratos para su mantenimiento se recibieron por cesión de Occidental de Colombia Inc. a partir del 1o. de julio de 1987.

4.- Propuso excepciones previas que no prosperaron: e igualmente las que llamó de fondo: 1.- Falta de legitimación pasiva de la entidad demandada; 2.- Inexistencia de relación causal entre el supuesto daño y la actividad desplegada por Ecopetrol Distrito Caño Limón Coveñas; 3.- Fuerza mayor o caso fortuito.

5.- Llamó en garantía a las empresas Ingenieros Civiles Asociados S.A." y Coindustrial S.A., llamamiento admitido por auto del 27 de febrero de 1990, aunque no se cumplió la citación correspondiente.

Igualmente llamó en garantía a "Seguros Universal S.A.", llamamiento que no fue admitido.

6. La primera instancia culminó con sentencia de fecha 12 de marzo de 1991, la cual reza en su parte resolutiva.

"Primero. Declárase no probadas las excepciones de fondo alegadas por la parte demandada.

"Segundo.- Declárase que la Empresa Colombiana de Petróleos 'Ecopetrol'

es civilmente responsable por los daños y perjuicios ocasionados a los predios de los demandantes.

"Tercero.- Condénase a la demandada, Empresa Colombiana de Petróleos" a pagar a los demandantes que trata el proceso, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia las sumas de:

"1.- Veintidós millones doscientos cincuenta y siete mil trescientos setenta y cinco ($22.257.375), por los daños y lucro cesante de los años 1989 y 1990 de la finca denominada La Pradera" del señor Eduardo Sandoval.

"2.- Diecinueve millones cuatrocientos setenta mil ciento veinticinco ($19.470.125), por los daños y lucro cesante de los años 1989 de la finca denominada "Cupurena" del señor Eduardo Sandoval.

"3.- Catorce millones cuatrocientos cinco mil doscientos cincuenta ($14.405.250), por los daños y lucro cesante de los años 1989 y 1990 de la finca denominada "La Esmeralda" del señor Daniel Tavera.

"4.- Diez millones trescientos veinte mil ochocientos setenta y cinco ($10.320.875), por los daños y lucro cesante de los años 1989 y 1990 de la finca denominada "El Caimito", del señor Angel Miguel Duarte.

"5.- Siete millones novecientos trece mil cuatrocientos treinta y siete ($7.913.437), por los daños y lucro cesante de los años 1989 y 1990 de la finca denominada "La Esperanza" del señor Angel Miguel Duarte.

"6.- Once millones cuatrocientos treinta y seis mil sesenta y dos ($11.436.062), por los daños y lucro cesante de los años 1989 y 1990 de la finca denominada "El Cedro" del señor Miguel Antonio Pico.

"7.- Siete millones quinientos veintisiete mil seiscientos veinticinco ($7.527.625), por los daños y lucro cesante de los años 1989 y 1990 de la finca denominada "El Carmen" de Victor Manuel Higuera.

Cuarto.- Condénase a la empresa demandada a pagar las costas. Tásense.

7.- La empresa demandada interpuso recurso de apelación del cual conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, entidad que confirmó la de primer grado, mediante sentencia signada el 14 de enero de 1992.

II. La sentencia del Tribunal

8. El tribunal luego de historiar el proceso, se refiere a la jurisdicción, a la clasificación que de ésta se ha hecho y nota que al lado de la jurisdicción ordinaria o común se halla la contencioso administrativa, cuyo objeto lo constituye el juzgamiento de las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y privadas cuando cumplan funciones públicas. Seguidamente transcribe lo dispuesto por los artículos 12 y 16-1 del C. de Procedimiento Civil, 1 y 2 del C. Contencioso Administrativo y la definición que de las empresas industriales y comerciales hace el artículo 6o. del Decreto 1050 de 1968, para luego señalar que los artículos 31 y 34 del citado decreto establecen que los actos y hechos que estas empresas realizan para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetas a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme con las normas de competencia sobre la material; y que los que realizan en cumplimiento de funciones administrativas lo serán de competencia de la contenciosa administrativa; que en cuanto a los contratos por ellas celebrados no se sujetan a las exigencias que hace la ley para los del gobierno, salvo disposición al (sic) contrato y que si en ellos se pactare cláusula de caducidad, serán de competencia de la justicia administrativa y la ordinaria de los demás contratos. (fl. 57 cuaderno Tribunal).

Concluye que la competencia para conocer de este proceso está atribuida a la justicia ordinaria, puesto que la actividad desplegada por la demandada para el mantenimiento de una obra mediante la celebración de un contrato eminentemente privado, "dado que consta en autos que éste, el contrato fue celebrado por la OXY y cedido posteriormente en iguales condiciones", corresponde a actos de su actividad industrial y comercial y por ende a la jurisdicción ordinaria.

A continuación precisa que la situación fáctica señala que la normatividad es la que trata de las actividades peligrosas reguladas por el artículo 2356 del C. Civil, porque los daños reclamados se imputan a las obras realizadas por la demandada para el mantenimiento del oleoducto Caño Limón Coveñas y para el enterramiento de parte de la tubería que del mismo había quedado visible, porque de las declaraciones de José Alberto Castiblanco y de Isidro Vargas Cuenca, "se desprende que para ello fue necesario, la utilización de maquinaria pesada y el movimiento de tierras que permitiera la realización de la obra que se ejecutaba".

Después de señalar que al actor le basta demostrar la verificación del daño y la relación de causalidad entre este y la actividad peligrosa, la culpa del agente se presume y que éste se exime de responsabilidad con la demostración que el daño se ocasionó por fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un agente o culpa exclusiva de la víctima, expresa que el daño se encuentra demostrado porque en la inspección judicial anticipada practicada en 1989 "pese a no haberse hecho con citación de la demandada consta que los nacimientos de los caños Las Blancas y Caños Negros se encuentran taponados y que el caño La Pica fue destaponado y que "como consecuencia de tales destaponamientos, se represaron las aguas de los caños y del estero que quedó sin desagües produciendo inundaciones en los predios que produjeron daños en los cultivos de los actores"; y que en la practicada el 23 de noviembre de 1990 pese a no encontrarse taponamiento se constataron vestigios de "cultivos afectados y algunos de ellos aún inundados, y en todos, vestigios de las inundaciones. Y así lo testimonian Alberto Jiménez Tovar, Henry Huertas y José A. Barrera".

A renglón seguido el Tribunal encuentra probada la relación de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa, "pues de todas las probanzas aportadas se desprenden que a partir de 1988, en que se realizaron las obras, los predios se han visto perjudicados en época de invierno por las inundaciones que el represamiento causó y que indudablemente a ellas se debe esa inundación, pues pese a que en algunos meses el descenso pluviométrico fue excesivo, según se desprende del informe del Himat (fl. 287 y s.s.) en los años 1988, 1989 y 1990 la mayoría de los meses y porcentajes de precipitación fue normal y deficiente...", "además todos los testimonios aportados refuerzan lo anterior, pues a cada uno de los testigos les consta que los predios de los actores fueron inundados y los cultivos dañados, sobretodo el testimonio de Jaime Alberto Tovar y Luis Francisco Jaime Tovar, quienes como miembros del gobierno municipal y la Junta de Acción Comunal, realizaron visita en la primera inundación"; y expresa que la excepción no fue probada por la demandada, razón por la cual no comparte las conclusiones que el apoderado de aquella saca del análisis realizado en la audiencia, porque es contrario a lo que arrojan las probanzas.

Tras referirse a las fotografías allegadas en la diligencia, dice que pese a no tener el valor probatorio pleno, sí sirven como elemento de convicción al juzgador pues el estado de inundación que ellas reflejan se encuentra reafirmado por las restantes probanzas; que probado el daño y el nexo de causalidad entre éste y la obra ordenada por la demandada, en virtud de la cesión del contrato

inicialmente celebrado entre la Occidental de Colombia y "las empresas que realizaron los trabajos" que a la postre produjeron las inundaciones y los daños reclamados, es Ecopetrol quien debe responder por ellos, ya que como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia el responsable del daño está obligado a su indemnización total; que siempre que la demanda lo permita el juez tiene plenas facultades para reconocer a la víctima todos los perjuicios que aparezcan causados por la acción del demandado, sin importar que la agravación o la atenuación se haya producido con posterioridad a la presentación de la demanda y que en consecuencia la intensidad del perjuicio debe medirse como lo hizo el *a-quo* a la fecha de la sentencia o por lo menos a aquélla en que dichos perjuicios fueron valorados, por lo cual encuentra congruente la sentencia.

III. La demanda de casación:

Cuatro cargos formula la demandada-recurrente contra la sentencia, que se estudian en el orden propuesto pero agrupándose el 2o. y el 4o. por ser semejante la acusación.

Cargo primero:

9. Con fundamento en el numeral 5o. del artículo 368 del C. de Procedimiento Civil se acusa el fallo porque se incurrió en el vicio previsto en la causal 1a. del artículo 140 ibídem.

En la demostración del cargo se afirma que el *ad-quem* para decidir sobre la aptitud de la jurisdicción ordinaria en el sub-lite, hace referencia a una serie de normas del C. de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo, equivocándose en el enfoque adoptado al hacer depender la jurisdicción de la naturaleza jurídica del contrato celebrado inicialmente por Occidental de Colombia, con el consorcio contratado para la prestación de los servicios de mantenimiento del oleoducto Caño Limón, cuando el carácter de la demanda instaurado es de responsabilidad extracontractual, por lo que no es correcto concluir que por ser ejecutadas las obras que supuestamente ocasionaron los perjuicios demandados en desarrollo de un contrato privado, la actividad de la demandada "frente a terceros, encuadre en sus funciones industriales y comerciales, y por lo mismo sea la jurisdicción civil la competente para decidir el conflicto" (fl. 13 de este cuaderno).

Seguidamente expresa la censura que de acuerdo con la demanda, la pretensión busca la indemnización de unos perjuicios derivados de unas obras o trabajos de mantenimiento de un oleoducto por parte de una empresa

industrial y comercial del Estado, que conforme con las normas generales los actos y hechos que las empresas de esta categoría realicen en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, mientras que los ejecutados en cumplimiento de funciones administrativas se rigen por las normas del derecho público y las controversias que surjan se ventilan ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme se concreta por el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989 que subroga el artículo 82 del C. Contencioso Administrativo.

Continúa el censor diciendo que en virtud del Decreto 01 de 1984 (artículo 86), que no sufrió modificación por el decreto citado, se tipificaron como controversias administrativas, las dirigidas a obtener la reparación del daño derivados de un hecho administrativo o de la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos. El primer evento se presenta cuando el Estado en ejercicio de sus funciones administrativas incurre en una falta o falla del servicio", y el segundo cuando se produce un daño a una propiedad particular a causa de la construcción, reparación o conservación de un trabajo público.

Luego de citar la acusación varios fallos relacionados con lo que ha de entenderse por trabajo público, anota que el conflicto propuesto encaja en el tipo de las controversias previstas en la anterior norma, encausadas bajo la denominación de acción de reparación directa, por tratarse de una demanda dirigida en pos del reconocimiento de una indemnización por los supuestos perjuicios ocasionados a los predios particulares a causa de las obras o trabajos públicos de mantenimiento del oleoducto Caño Limón - Rio Zulia- Coveñas, contratados por la entidad estatal demandada y "en ejercicio de una función administrativa de servicio público y calificada de utilidad pública, y llama la atención de las siguientes normas:

Artículo 5o. de la Ley 165 de 1948 por la cual se promovió la creación de Ecopetrol; Decreto 062 de 1970 mediante el cual se aprobaron los estatutos de la empresa; los artículos 4o. y 9o. del Decreto 1056 de 1953 (C. de Petróleos), el primero de los cuales declaró de utilidad pública de industria del petróleo y el segundo que consagró el derecho de establecer la servidumbre de oleoductos, comprendiendo en ella el terreno suficiente para las estaciones de bombeo y demás dependencias necesarias para el funcionamiento de los oleoductos..."; de los artículos 194 y 197 del C. de Petróleos que permiten la ocupación de terrenos privados para la realización de estudios, construcciones y trabajos vinculados con los oleoductos, dejando a salvo la indemnización de perjuicios

a los propietarios, y del artículo 1o. del Decreto 414 de 1952 que declaró de servicio público las actividades de Ecopetrol.

Deduce el censor de las normas citadas:

a).- Dentro de las funciones a cargo de Ecopetrol se encuentra la administración y mantenimiento de los oleoductos; b).- La administración de éstos por parte de Ecopetrol; c).- La rama del transporte del petróleo, que abarca la construcción, operación y mantenimiento de los oleoductos y es calificada de utilidad pública y en consecuencia se permite la ocupación de terrenos privados con fines de ejecución de obras de construcción y mantenimiento de los oleoductos: d).- La ley promotora de la creación de Ecopetrol distingue dentro de las funciones a su cargo, unas de índole industrial y comercial y otras de carácter administrativo, destacándose en ellas la de administración de los oleoductos y demás bienes muebles o inmuebles de propiedad de Ecopetrol o que reviertan al Estado.

Si se pretende deducir responsabilidad a la demandada por los perjuicios sufridos por los demandantes al resultar inundados sus predios a consecuencia de obras de mantenimiento del oleoducto Caño Limón, que de conformidad con las normas citadas configuran una actividad administrativa, de servicio y utilidad pública, se está frente a una controversia típicamente administrativa de cuyo conocimiento la ley ha encargado privativamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Adicionalmente expone que aunque la pretensión persigue una reparación pecuniaria por daños ocurridos con ocasión de unas obras de mantenimiento del oleoducto plaricitado, con fundamento en daños derivados de trabajos públicos, dado el carácter administrativo y no comercial e industrial de dicha labor de conservación y protección de la tubería transportadora de hidrocarburos, "cualquier pretensión resarcitoria apoyada en un hecho del ente público, imperiosamente caería de igual forma, en el conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa" y en consecuencia el proceso es nulo en virtud de lo establecido en el numeral 1o. del artículo 140 del C. de Procedimiento Civil.

Consideraciones de la Corte:

1o.- El numeral 5o. del artículo 368 del C. de Procedimiento Civil, señala como causal de casación "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad

consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado'' y ésta disposición consagra como causal de nulidad ''cuando corresponde a distinta jurisdicción'', la cual tiene el carácter de insaneable, pudiéndose invocar en cualquier momento, incluso en el recurso de casación.

10.1. *La jurisdicción como facultad de administrar justicia, según la organización judicial está distribuida entre otras, en jurisdicción ordinaria o común y jurisdicción contencioso-administrativa; dentro de la primera se encuentra la civil, a la que corresponde según el artículo 12 del C. de Procedimiento Civil todo asunto que no esté atribuido por ley a otra jurisdicción, y la segunda de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del artículo 82 del Decreto 01 de 1984, tiene por objeto el juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados con las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas.*

*El artículo 16 de la primera codificación citada sitúa la competencia por el factor subjetivo en los jueces del circuito respecto del conocimiento de los procesos contenciosos en que sean parte, entre otras entidades, la Nación, un departamento, un municipio, un establecimiento público, ''una empresa industrial o comercial de algunas de las anteriores entidades, o una sociedad de economía mixta, **salvo los que corresponda a la jurisdicción contencioso administrativa**''.*

10.2. *El Decreto 1050 de 1968 que dictó normas para la reorganización y funcionamiento de la Administración Nacional, en el artículo 6o. define las empresas industriales y comerciales del estado como organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial ''conforme a las normas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley''; es decir en esas entidades el Estado desarrolla actividades propias de los particulares. A su vez, el Decreto 3130 del mismo año, mediante el cual se dictó el Estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, en el artículo 31 estableció que los actos y hechos que las citadas empresas realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia, y aquéllas que realicen para el cumplimiento de sus funciones administrativas, que se les confía por ley, son actos administrativos.*

En interpretación de los decretos 1050 y 3130 de 1968 la Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, en concepto del 10 de abril de 1973 anotó:

"Las empresas industriales y comerciales del Estado, como su nombre lo indica, no cumplen funciones propiamente administrativas en el alcance que este concepto ha tenido tradicionalmente, y por lo tanto, el legislador no las considera formalmente parte de la administración pública y las somete en su funcionamiento al derecho privado". (C. Contencioso Administrativo, Ed. Legis, pág. 5).

10.3. *En auto del 25 de abril de 1986 la Sala de lo Contencioso Administrativo dijo: "...En las empresas industriales y comerciales del Estado son actos administrativos aquéllos que realizan para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley (art. 31 ibídem)"* (obra citada, pág. 163).

La Corte en sentencia del 28 de enero de 1990, sin publicar, expresó: *"...De acuerdo con el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 'por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional' los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de derecho privado y la jurisdicción ordinaria conforme a las reglas de competencia sobre la materia; y aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos.*

"3. La doctrina, por su parte, ha enseñado que 'las empresas industriales y comerciales del Estado han sido previstas, como ya se dejó dicho, para adelantar actividades en el campo empresarial, ya sea en situación de monopolio, o en régimen concurrente con particulares. Teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades asignadas, parece normal que los actos que expidan o cumplan las empresas se sujeten al derecho privado. No obstante, las empresas del Estado, a más de las actividades industriales y comerciales, pueden tener encomendado el ejercicio de funciones estatales. Por tal razón, el régimen aplicable a los actos que para el cumplimiento de esas actividades y funciones realicen, será en unos casos de derecho privado y en otros de derecho público.

"Evidentemente, cuando se trata de actos expedidos por tales empresas en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las

reglas del derecho privado y será competente para conocer de ellos la jurisdicción ordinaria. Cuando los actos se realicen para el cumplimiento de funciones administrativas que a estas entidades haya encomendado la ley, están sujetos al derecho público, son actos administrativos y contra ellos proceden los recursos gubernativos previstos en las leyes, y la competencia jurisdiccional para conocer de ellos corresponde al juez administrativo" (Las entidades descentralizadas, Alvaro Tafur Gavis, 3a. edición, impreso por Montoya & Araújo Ltda., 144 y 145).

"4. *La misma fuente precedentemente citada puntualiza que el estudio del régimen administrativo de las entidades descentralizadas implica la revisión de las reglas aplicables a su organización y estructura, a la creación de cargos y a la delegación de funciones que puede preverse para asegurar el cumplimiento de ellas, recordando que los mencionados decretos 1050 y 3130 de 1968 indican las pautas a las cuales se ha de acomodar la organización interna. Según ellas, en los establecimientos públicos y en las empresas industriales y comerciales del Estado deberán existir como órganos superiores de dirección y administración, una junta o consejo directivo, gerente o presidente; asimismo se establecen los niveles que constituyen la estructura interna en los niveles superior, medio y regional*".

11. *En el sub-lite la demandada es una empresa industrial y comercial del Estado, creada por la Ley 165 de 1948; como tal los actos y hechos que realice para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales se rigen por el derecho privado y los juzga la jurisdicción ordinaria; y aquéllos que realicen para el cumplimiento de sus funciones administrativas son actos administrativos y los juzga la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo.*

11.1. *Dentro de las actividades de la empresa están, entre otras, las de explorar y explotar el petróleo, debiendo, para canalizar y transportar el producto construir y mantener oleoductos en forma directa o indirectamente; como esta operación es necesaria para el desarrollo de la comercialización del combustible, es obvio que el ejercicio de esa actividad cae en la órbita del derecho privado por cuanto no puede calificarse como función administrativa.*

11.2. Ahora bien: *el artículo 16 del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del artículo 86 del Decreto 01 de 1984, consagró la acción de reparación*

directa cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, o una operación administrativa o la ocupación ya temporal ora permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos; sin embargo, como la causa de los perjuicios que se reclaman en la demanda no la constituye la ocupación de los inmuebles por causa de trabajos públicos, sino el taponamiento irregular del oleoducto Caño Limón Coveñas, que provocó el represamiento y posterior desbordamiento de los caños que originaron la fundación de los predios de los demandantes, y como para comercializar y transportar el petróleo se hace necesario mantener en debida forma los oleoductos, como se anotó en párrafo anterior, la demanda por indemnización presentada contra Ecopetrol corresponde conocerla a la jurisdicción civil y como fue ante ésta ante la que se tramitó el proceso, no se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 1o. del artículo 140 del C. de Procedimiento Civil, y, por ende, se rechaza el cargo.

Cargo segundo:

Acúsase la sentencia con fundamento en la causal primera de casación por ser indirectamente violatoria de los artículos 2341, 2342, 2347 y 2356 del C. Civil, como consecuencia del evidente y trascendente error de hecho en que se incurrió en la apreciación del acuerdo de cesión que le hizo la Occidental de Colombia a Ecopetrol "No. DCC-00987" y por la preterición del contrato cedido que llevó al Tribunal a no dar por probado, estándolo, que la dirección, custodia y ejecución de la actividad peligrosa a la que se imputa los daños, estaba en forma autónoma e independiente en cabeza del consorcio Terminotécnica Coindustrial S.A. Ingenieros Civiles Asociados S.A. Y no a Ecopetrol.

12. Se fundamenta la acusación en que el Tribunal enmarcó la situación en el campo de las actividades peligrosas y con base en esa premisa encontró acreditada la existencia del daño, el nexo causal entre éste y la actividad peligrosa y estableció, "residiendo en este punto el error de hecho manifiesto", que Ecopetrol debía responder por los perjuicios causados materialmente por el consorcio que ejecutó las obras, en razón de la cesión que Occidental de Colombia, Inc. le hiciera del contrato No. C-37/87; que al condenar la sentencia acusada a Ecopetrol a indemnizar los perjuicios incurrió en evidente error de hecho al no tener por probado que la realización de la obra de enterramiento de parte del oleoducto, que se calificó como actividad peligrosa, fue efectuada por el consorcio Termotécnica Coindustrial S.A. - Ingenieros Civiles Asociados S.A., con plena autonomía directiva, con su propio personal y equipos y con total independencia, según se desprende del contrato celebrado el 8 de mayo que el sentenciador pretirió considerar.

Seguidamente señala como cláusulas del contrato que acreditan el yerro, las siguientes:

a). La tercera que señala que el objeto del contrato consiste en la *"prestación de servicios de mantenimiento de la tubería"* de la asociación Cravo Norte, que de Caño Limón conduce a Río Zulia.

b). La segunda que por su parte expresa en forma clara y contundente que el contratista *"en forma independiente, con personal y equipos con plena autonomía financiera y técnica,* se obliga en favor de la Compañía (antes de la cesión Occidental de Colombia, Inc., después de la cesión Ecopetrol), a la prestación de servicios de mantenimiento de la tubería Caño Limón - Río Zulia y estabilización del derecho de vía, bajo los términos y condiciones establecidos en el presente contrato y en sus anexos que forman parte integrante del mismo".

c). La cuarta, numeral 4.2. en que se enfatiza que son por cuenta del contratista *"todos los equipos, vehículos, herramientas, instrumentos, material de trabajo, instalaciones,* etc., necesarios para la idónea realización de los trabajos", objeto del contrato, "salvo aquello que de conformidad con los términos de este contrato y anexos debe suministrar la compañía".

"Siendo consecuentes con el carácter del contrato y la autonomía e independencia transferida en exclusividad del consorcio Termotécnica Coindustrial S.A. Ingenieros Civiles Asociados S.A. se precisó en el punto 10.2 del acuerdo, que *El contratista acepta desde ahora como propios y se obliga a asumir y reparar inmediatamente cualquier daño o perjuicio que causen su personal o con ocasión de la prestación de los servicios objeto de este contrato,* excepto en casos de daños o perjuicios causados por culpa directamente imputable a la compañía".

A continuación expresa la censura, que de las cláusulas especificadas debe puntualizarse que ellas permanecieron vigentes, aún después de la cesión, y que de su simple lectura se desprende que en virtud del contrato de prestación de servicios No. C-37/87, Ecopetrol trasladó legítimamente, en forma plena, autónoma e independiente en cabeza del consorcio Termotécnica Coindustrial S.A. Ingenieros Civiles Asociados S.A., el mando, dirección y realización de las obras de mantenimiento de la tubería Caño Limón - Río Zulia y que aunquando el Tribunal estableció en el fallo impugnado que las obras peligrosas se adelantaron por el citado consorcio, señaló a Ecopetrol como responsable de la

actividad peligrosa por ser ésta, quien mediante cesión del contrato No. C-37-87, ordenó las obras, pretermitiendo tener por probado que conforme con las cláusulas 2a., 3a., 4.2 y 10.2 dicho consorcio efectuó el cubrimiento del oleoducto "con su propio equipo y maquinaria, con su propio personal, en forma independiente y con plena autonomía directiva, administrativa, financiera y técnica sin subordinación jurídica ni material con Ecopetrol", por lo que se equivocó al no tener por probado que la actividad peligrosa consistente en la "utilización de maquinaria pesada, movimientos de tierra" desplegada con el fin de cubrir el oleoducto estaba bajo la exclusiva dirección y autonomía del consorcio incurriendo en ostensible error de hecho, que por su evidencia se abre campo a la prosperidad del cargo.

Seguidamente la censura transcribe parte del fallo del 18 de mayo de 1972 en el cual la Corte fijó con claridad su posición sobre la determinación del responsable de las actividades peligrosas, para luego señalar que quien tiene sobre la actividad calificada de peligrosa el poder de mando, dirección y control independientes, es la persona llamada legalmente a responder por los perjuicios que en desarrollo de tal conducta se causen a terceros, por lo que si el tribunal hubiera visto la cláusula segunda del contrato hubiera desatado el conflicto absolviendo a Ecopetrol por no ser esta la obligada a responder por la actividad peligrosa.

Cargo cuarto:

Mediante éste se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de los artículos 2341, 2356, 2469, 2483 y 2484 del C. Civil, los dos primeros por indebida aplicación y los demás por falta de aplicación, como consecuencia del error de hecho en la preterición de la prueba de la transacción celebrada entre Angel Miguel Duarte Luna y la demandada el 20 de marzo de 1989, sobre daños en sus predios "La Esperanza" y "El Caimito" y del escrito fechado el 13 de noviembre de 1989.

13. En la demostración del cargo expresa que uno de los actores el señor Angel Miguel Duarte, quien alega su condición de propietario y poseedor de los dos predios citados, pretende que la demandada le indemnice, en la cuantía que fijen los peritos, los daños ocasionados en ejercicio de las obras de mantenimiento del oleoducto Caño Limón Coveñas, llevadas a cabo en enero de 1988 que originaron la inundación de sus predios y con ello la pérdida de sus plantaciones que el Tribunal no vio que sobre los mismos hechos y pretensiones demandadas,

existía entre el citado y la sociedad demandada, una transacción celebrada de conformidad con la ley, el 20 de marzo de 1986 según consta en el documento visible a los folios 21, 22 y 23 cuaderno principal, puesto que en el mencionado documento, firmado, de una parte por Ecopetrol y, de otra por Angel Miguel Duarte y su esposa María Olinda Moreno de Duarte, se expresa, en efecto que "teniendo en cuenta que con motivo de los trabajos de mantenimiento del oleoducto Caño Limón Coveñas se ocasionaron daños que más adelante se detallan en el predio (sic) arriba mencionado" (La Esperanza y El Caimito), "convenimos en evaluar los daños y perjuicios que se detallan en la relación anexa de análisis de costos de daños y perjuicios, que forma parte integral de este documento, en la suma de cuatrocientos mil pesos $400.000.oo que Ecopetrol DCC pagará en el término de treinta (30) días contados a partir del momento en que los daños se causen en el predio". Y continúa estipulando el convenio: "No obstante el plazo, el propietario declara que Ecopetrol DCC ceda sus derechos está a paz y salvo para con él y por concepto de las sumas ocasionadas por los daños en el predio descrito anteriormente y renuncia a reclamaciones futuras por concepto de los mismos, por cuanto sobre el monto de los daños existe pleno acuerdo. Esta transcripción produce el efecto de cosa juzgada al tenor de lo dispuesto por el artículo 2483 del Código Civil y conlleva la renuncia de todo derecho, acción o pretensión por parte del propietario o de sus causahabientes a título singular o universal". En el anexo de análisis de costos de daños, que se cita como parte integrante de la transacción, se especifican los daños objeto de arreglo, cultivos de cacao, yuca, plátano y pasto, manifestándose que "se reconoce indemnización por inundación que atacó a los cultivos de cacao y plátano y dañó cultivo de yuca y pastizales".

Seguidamente dice la censura que el *ad-quem* omitió objetivamente contemplar la prueba de la transacción celebrada el 20 de marzo de 1989, por lo que erró en forma evidente, manifiesta y ostensible al no percatarse que el litigio judicial planteado por Duarte Luna contra la demandada ya había sido objeto de una transacción validamente celebrada entre las partes.

Luego señala que tampoco vio el Tribunal que mediante escrito de fecha 23 de noviembre de 1989, aportado por el mismo demandante, dirigido por Ecopetrol a Miguel Angel Duarte Luna (fl. 128 cuaderno principal) la empresa demandada puso a disposición del actor, "después de varios intentos previos en igual sentido", el valor convenido en la transacción como indemnización de los perjuicios causados en los predios de "La Esperanza y El Caimito" a raíz de la reparación del oleoducto Caño Limón Coveñas, lo cual no solo refuerza la

celebración de la transacción, sino que acredita al menos por parte de Ecopetrol, su allanamiento a cumplir con sus compromisos derivados de ella. Acota además que el *a-quo* por apreciar esta última comunicación sin conexión con el documento de 20 de marzo de 1989 "que es su causa u origen como se menciona en la propia carta, no encontró configurada la transacción respectiva".

Transcribe a continuación el censor parte del artículo 2483 del C. Civil y de sentencia de esta corporación relacionada con la transacción, para advertir que con ello se demuestra la trascendencia del error de hecho en que cayó el Tribunal porque de haber visto la prueba de la transacción formalizada entre el actor Duarte Luna y Ecopetrol no habría condenado a la demandada por los perjuicios reclamados por aquél y en cambio habría dado operancia al efecto de cosa juzgada previsto por la ley sustancial y que el efecto de cosa juzgada constituye una de esas excepciones que el juez debe reconocer de oficio.

Por último expresa que ante la evidencia y trascendencia del error denunciado, el cargo está llamado a prosperar y que de ser acogido se deberá casar parcialmente la sentencia impugnada en cuanto hace a la condena en perjuicios vinculados a los predios El Caimito y La Esperanza para, en su lugar, revocar los numerales 4o. y 5o. del punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

Consideraciones de la Corte:

14. El numeral 1o. del artículo 368 del C. de Procedimiento Civil consagra como causal de casación *la violación de la ley sustancial por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba, el cual se presenta por suposición o preterición de ella, respecto del cual ha dicho la Corte que para que resulte válido 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"*. (Sentencias del 20 de febrero de 1991 y del 28 de febrero de 1992).

En cuanto a la calificación de manifiesto, en sentencia de 18 de agosto de 1987, expresó la Corte: "... Por ello, *el error de hecho, para que resulte eficaz en el recurso de casación necesita aparecer de manifiesto, ostensible, o como se ha dicho por la jurisprudencia, que brille al ojo o salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Por consiguiente, cuando para demostrarlo tiene la censura que valerse o acudir a complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no logra captarlo de primer golpe, se tiene que en tal evento se está o se puede estar frente a un yerro, pero que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos y que, por tanto, no sirve de estribo a un ataque en casación*" (G. J. Tomo CLXXXVIII, pág. 126).

Sobre el mismo aspecto en fallo del 27 de septiembre de 1990 expresó: "*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 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 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 lógica o arbitraria...*" (Extractos de jurisprudencia, Tercer Trimestre, 1990, pág. 135).

14.1. En el sub-lite, según los cargos sintetizados, se endilga al tribunal error de hecho por omitir considerar varios documentos de los cuales ciertamente solo tuvo en cuenta el contentivo del contrato "No. C-37/87" para dar por demostrado que existía relación de causalidad entre el daño y la obra ordenada por la demanda "en virtud de la cesión del contrato celebrado entre la Occidental de Colombia y las empresas que realizaron los trabajos que a la postre produjeron los daños (fl. 61 C. Tribunal); más no así las cláusulas transcritas en el cargo 2o. de las que deduce la acusación que la demandada no es responsable de la actividad peligrosa supuestamente causante de los daños producidos por ser el consorcio Termotécnicas Coindustriales S.A. Ingenieros Civiles Asociados S.A. el responsable, puesto que para deducir el error denunciado, necesario es como lo hace el recurrente, un detenido y prolijo trabajo de comparación, cotejo y deducciones y inducciones, labor que es desechada en casación como medio para hallar el yerro en la estimación de la

prueba. De otro lado, y en lo que a las cláusulas del contrato se afirma fueron preteridas, si luego es verdad que el *ad-quem* no las menciona, la verdad es que la omisión resulta intrascendente como que, de una parte, ninguna de dichas cláusulas es certeramente excluyente de responsabilidad y, de otra, la responsabilidad la dedujo el sentenciador de otros medios, amén de que frente a terceros Ecopetrol responde por los hechos que por la explotación del oleoducto llegase a causar, pudiendo desde luego invocar el contrato frente al otro contratante pero el contrato no le es oponible a las terceras perjudicadas.

14.2. De modo que para deducir lo pretendido por el recurrente es necesario de una razonable apreciación, sin la cual no es fácil eximir de responsabilidad a la demandada porque en las cláusulas que el Tribunal omitió analizar no aparece de bulto causales eximentes de responsabilidad y sería preciso establecer si para la época de la cesión los daños ya se habían producido.

15. Ahora bien: ocurre que el Tribunal no podría darle valor probatorio a las copias aportadas al expediente, esto es a las que obran en los folios 21 a 23 para dar por demostrado el contrato de transacción entre el demandante Angel Miguel Duarte Luna y la demandada, puesto que ellas no tienen valor probatorio alguno por no reunir los requisitos previstos en el artículo 254 del C. de Procedimiento Civil, según el cual para que las copias tengan el mismo valor probatorio que las originales se necesita que haya sido autorizado por notario, director de la oficina administrativa o de policía, se hayan expedido previa orden del juez, o hayan sido autenticadas por notario previo el respectivo cotejo con el original o la copia autenticada que se presente, y cuando sean compulsadas del original o copia autenticada en el curso de inspección judicial. Tampoco podía considerar el documento que obra al folio 128 del cuaderno No. 1 para demostrar la transacción y la oferta de pago, puesto que tal prueba se recogió en la inspección judicial que se decretó para constatar los puntos solicitados por las partes, y no para la verificación de hechos relacionados o tendientes a demostrar el posible arreglo entre las partes, es decir, este no fue el objeto de la inspección, y en este acto es posible recibir documentos relacionados con los hechos "objeto de la misma". Luego si tal prueba se refiere a hechos que no fueron objeto de la inspección, esa prueba no fue aportada legalmente a los autos, conforme lo prevé el artículo 183 del C. de Procedimiento Civil en concordancia con el numeral 3 del artículo 246 ibídem.

Dedúcese de lo anterior que el Tribunal no incurrió en el error de hecho al preterir las cláusulas del contrato que se le cedió a Ecopetrol y los documentos

que fueron acompañados en copia sin autenticar y el escrito que recoge una oferta de pago. Y aun en el evento en que estos últimos hubiesen sido aportados con observancia de lo dispuesto en el citado artículo 183, el error tampoco salta a la vista, es decir, no es manifiesto, por cuanto requiere de un análisis para ver o establecer si es válida la transacción que recogen las copias.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

Cargo tercero:

Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de la ley sustancial de los artículos 2341 y 2356 a causa del error de derecho al apreciar la inspección judicial con intervención de peritos practicada anticipadamente, y de los errores de hecho incurridos por preterición de la confesión de los demandantes contenida en el hecho 10 de la demanda y en la audiencia de conciliación por suposición de los testimonios de Henry Huertas y de Henry Martínez Rincón y por la errónea apreciación de las declaraciones de Alberto Jaime Tovar, Luis Francisco Jaime Tovar, José Antonio Barrera y Leonidas Celys Ardila.

Como violación medio respecto del error de derecho se señalan los artículos 170, 300 (modificado por el artículo (sic) 131 del Decreto 2282 de 1989) y 699 del C. de Procedimiento Civil y artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

16. En la demostración del cargo expresa la censura que el Tribunal encuentra acreditadas las siguientes circunstancias:

A) Que los caños La Pica, Las Barrancas y Negro, resultaron taponados con las obras de mantenimiento del oleoducto, llevadas a cabo, en 1988, por la empresa demandada.

B) Que en 1989 aún persistía el taponamiento de los caños y en 1990 continuaba taponado un brazo de El Cañaveral.

C). Que como consecuencia de los taponamientos continuos de los caños durante los años de 1988, 1989 y 1990, se produjeron inundaciones permanentes, siendo las primeras de 1988, que ocasionaron daños en los cultivos de los actores.

Es decir, afirma la censura, que el nexo causal entre el daño y la actividad peligrosa "existió para el *ad-quem*, en la medida en que se constataron aun taponados los caños en 1989 y 1990, y por ello, los perjuicios sufridos en los cultivos en esos periodos, por las inundaciones respectivas, deben ser indemnizados", como se anota en varios pasajes de la sentencia impugnada que transcribe (fl. 22 de este cuaderno), y que al sentar esa conclusión acerca de la existencia del vínculo causal que constituye un soporte esencial y autónomo del fallo, se incurrió en manifiestos y ostensibles errores de hecho y de derecho que determinaron para el fallador el no tener por probado que el único caño que de conformidad con el material probatorio legalmente aportado y recaudado en el proceso, pudo resultar taponado con las obras fue el caño La Pica y este desde enero de 1989 estaba destaponado y que en consecuencia las inundaciones de 1989 y 1990 que produjeron daños en los cultivos de los demandantes no encuentran causa material ni jurídica en las obras impuestas a la demandada.

16.1. A continuación pasa a concretar y demostrar los errores así:

1. "Errores probatorios sobre los taponamientos en los caños Las Blancas, Las Picas y Negro".

En relación con ellos dice que erró de derecho al apreciar la inspección judicial anticipada con intervención de peritos, realizada el 28 de junio de 1989 (fls. 10 a 19 c.1), y de hecho al apreciar los testimonios de Alberto Jaime Tovar y José Antonio Barrera y por suposición de la versión de Henry Huertas, cuando dio por probado sin estarlo, que en las obras de mantenimiento imputadas a Ecopetrol resultaron taponados los tres caños, a pesar que de las pruebas sólo podía establecerse únicamente el taponamiento en el caño La Pica.

Expresa luego de transcribir un pasaje del fallo de segundo grado, que el Tribunal, no obstante advertir que la inspección anticipada se llevó a cabo sin participación de la demandada le dio pleno valor probatorio como medio demostrativo del taponamiento de los citados caños, con violación manifiesta del artículo 300 del C. de Procedimiento Civil, modificado por el artículo (sic) 131 del Decreto 2282 de 1989, que precisamente elimina cualquier eficacia probatoria a la inspección judicial en que haya participación de peritos, si la parte contra quien se pretende hacer valer la prueba no es citada. Nota además, que como lo tiene averiguado la jurisprudencia en materia de valoración de pruebas, la ley aplicable es la vigente en el momento de dictar sentencia, como se expresó en fallo de 25 de agosto de 1972, y que de esa forma al ser el artículo (sic) 131

del Decreto mencionado la norma vigente en el momento en que se produjeron los fallos de primera y de segunda instancia, el Tribunal no podía, sin incurrir en error de derecho, tomar en consideración la inspección judicial anticipada con intervención de peritos.

Señala que en cuanto a los testimonios "citados por el Tribunal en refuerzo de la prueba de los taponamientos de los caños", se incurre en error de hecho por cuanto:

El testigo Alberto Jaime Tovar al contestar sobre las posibles causas de la inundación de los predios en la época en que los estuvo visitando (18 de noviembre de 1988), manifestó:

El testigo José Antonio Barrera declaró: "Esa inundación se debió a unos taponamientos que hicieron en el sitio en el caño La Pica y la zanja que hicieron para el tubo pues le hicieron un terraplén ahí (fl. 187 C.P.) y que más adelante, al ser interrogado sobre la clase de obras que en su entender provocaron la primera inundación dijo: "O sea había un taponamiento sobre el caño La Pica y pues se represaron las aguas incluso se hizo una tapiza ahí de palos y pues allí estaban las compañías que creo estaban trabajando para la cuestión del tubo y parece que la construcción de una locación (fls. 167 y 168 C.P.).

El testigo José Antonio Barrera declaró: "Pues lo primero que digo es que yo trabajaba en el kilómetro 18, respaldos que era de la finca de don Eduardo Sandoval y Raúl Ruiz, entonces vi que hicieron un realce para la tapada del tubo que lleva el petróleo enseguida como en esos días se metió un invierno entonces en el caño La Pica para poder pasar las máquinas taparon o sea le echaron tierra..." (fl. 173 C.P.).

Y que en cuanto al testigo Henry Huertas el *ad-quem* supuso su existencia porque no fue pedido, decretado, ni practicado dentro del proceso.

Seguidamente hace ver que de las versiones, sin mayores esfuerzos, se desprende que ellos describen "un taponamiento de un solo caño, vale decir el Caño La Pica" por lo que al entender el contenido el Tribunal erró en forma manifiesta por dar por sentado los taponamientos alegados por los demandantes en los tres caños.

16.2 "Errores probatorios sobre el destaponamiento del caño".

Referente a ellos dice la censura que de conformidad con los artículos 194 y 197 del C. de Procedimiento Civil los actores hicieron en el hecho 10 de la demanda "una confesión espontánea", que el Tribunal incurriendo en manifiesto error de hecho no tuvo por probado al entender, equivocadamente, que otros medios de prueba, en particular la inspección judicial anticipada, la practicada dentro del proceso y los testimonios de Francisco Jaime Tovar, Alberto Jaime Tovar, Henri Martínez y José A. Barrera acreditaban cosa distinta vale decir que en 1989 y 1990 continuaban los taponamientos, en el primer año en el caño Negro y Las Bancas y en un brazo del caño Caranal el último, no obstante que la inspección judicial anticipada, de conformidad con los artículos 174 y 300 del C. de Procedimiento Civil, no puede ser apreciada por el juzgador y por tanto con esa prueba no puede entenderse desvirtuada la confesión contenida en el hecho 10 de la demanda. Y que tampoco puede desvirtuarse con los testimonios de los citados Jaime Tovar quienes se limitan a ratificar que "para la época en que se practicó la visita constataron el taponamiento en el caño La Pica y las inundaciones de los cultivos de algunas fincas" (fl. 27 de este cuaderno).

Después de transcribir apartes de las declaraciones de estos dos testigos, dice que en parte alguna ellos se pronunciaron sobre la continuidad del taponamiento en el caño La Pica durante los años de 1989 y 1990, sino que concretan sus versiones a afirmar que para la fecha en que efectuaron la visita, esto es en noviembre de 1988 estaba taponado el caño, y que debido a ello, en ese año se produjeron inundaciones y daños a los cultivos.

En relación con los testimonios de Henry Martínez Rincón y José A. Barrera, expresa que el primero no fue testigo en el proceso sino el apoderado de la parte demandada y que si del testigo Leonidas Celis Ardila se trata, éste junto con Barrera contestaron afirmativamente al ser interrogados el 21 de noviembre de 1990 "acerca del taponamiento 'actal' del caño La Pica" pero que sus afirmaciones resultan manifiestamente contraevidentes si se tiene en cuenta que durante la diligencia de inspección judicial adelantada los días 8 y 23 de noviembre de 1990 que tenían por objeto la constatación de los presuntos taponamientos de los caños, se determinó en forma inequívoca y con la presencia de las partes: "acto seguido el despacho deja constancia de lo siguiente: de acuerdo a lo observado en la actualidad el caño La Pica y el caño Las Blancas tiene corriente de agua, en poca cantidad. No se observan taponados ninguno de los dos" (fl. 133 C.P.) y que el hecho del no taponamiento es reiterado por los peritos en su dictamen, "aspecto pretermitido por el *ad-*

quem, por lo que la credibilidad de esos testigos en cuanto al taponamiento del caño La Pica para noviembre de 1990" encuentra contundente e inevitable obstáculo en la constatación directa que el fallador de instancia y los peritos llevaron a cabo sobre el particular concluyendo sobre la inexistencia de taponamiento en el caño citado".(fls. 28 este cuaderno).

En cuanto a la inspección judicial practicada con participación de peritos en el proceso, expresa el censor que en ella no se hace referencia "a contrato de la forma errónea en que lo plantea el Tribunal, una supuesta persistencia en el taponamiento de un brazo del caño Caranal, calificativo que denota la continuidad en el tiempo de un mismo estado", sino únicamente se deja constancia de un hecho encontrado durante su práctica, que resulta intrascendente para el caso, mientras que sí existe prueba que para el tiempo en que se efectuaron las obras, el único caño afectado habría sido el de La Pica.

Finalmente nota que por el error de derecho al apreciar la inspección anticipada y por los errores de hecho demostrados en la apreciación de los testimonios, el Tribunal entendió desvirtuada la confesión de los demandantes.

16.3.C. "Errores probatorios sobre las inundaciones"

Encuentra el casacionista que la apreciación del tribunal respecto a que las inundaciones sólo se presentaron a partir de 1988, es contraria de manera manifiesta y ostensible al acervo probatorio, por lo que erró de hecho por no considerar la confesión de Eduardo Sandoval en la audiencia de conciliación, que en forma enfática y contundente declara: "Nosotros venimos sufriendo desde 1986, porque taponaron dicho caño Caranal. De ahí para acá fue que hicieron la construcción del oleoducto... por eso nosotros cuando la primera creciente en 1986 hicimos poner una demanda... se aclara solicitamos a la compañía para que nos fuese arreglando los daños de 1986, resulta que como ellos nos iban engañando que sí los vamos a pagar y les vamos a arreglar nos cogió la tarde... y procedimos a demandar nuevamente en 1988 por los nuevos daños" (fl. 29 este cuaderno).

Expresa además que sobre el padecimiento de las inundaciones anteriores a 1988 puede observarse la respuesta del dictamen rendido dentro del proceso al contestar la pregunta 3a. del cuestionario formulado por la demandada, y las declaraciones de los testigos Leonidas Celis Ardila, Marco Tulio Aristizábal Hurtado y Luis Francisco Jaime Tovar, que los dos primeros dan cuenta de las

inundaciones producidas antes de 1987 y que si bien es cierto que el tercero dispone sobre el taponamiento del caño La Pica en 1988 es reiterativo en aceptar que la región, "es general, inundable" debido a las crecientes en el rio Arauca por lo que el hecho de declarar que en 1988 visitó algunos predios que encontró inundados, coincidiendo con el taponamiento en el caño La Pica, "no excluye, con ello, su reconocimiento sobre el carácter inundable de la zona" conforme a las respuestas dadas, que se transcribieron, por tales razones el Tribunal incurrió en evidentes errores de hecho en la apreciación de los medios reseñados, porque ignoró que aún antes de los presuntos taponamientos de los caños por razón de las obras de encubrimiento del oleoducto desplegadas en 1988, se presentan inundaciones donde se hallan ubicados los predios de los actores, por motivo de taponamiento no imputables a Ecopetrol.

Seguidamente reafirma que por los errores de hecho y de derecho cometidos, el Tribunal se equivocó por tener por probado, sin estarlo, que el caño La Pica, como Las Blancas y El Negro, resultaron taponados en las obras de enterramiento del oleoducto Caño Limón, y al desconocer que ninguno de los caños taponados se encontraban taponados para enero de 1989, dado que la condena para Ecopetrol encuentra sustenta en tanto que consideró que su causa radicaba en la existencia de taponamiento en los caños Las Blancas y El Negro para 1989, y en un brazo del Caranal en 1990 y que de haber visto que desde enero de 1989 no se presentaron obstrucciones en ellas, sin lugar a dudas habría decidido en sentido diferente al fallador; pues es indiscutible que el reconocimiento de una pretensión resarcitoria no puede abrirse si no se acredita debidamente la relación de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa y que en el sub-lite los daños avaluados por los peritos para el año de 1989 y 1990 en los cultivos de los demandantes fueron objeto de aceptación en cuanto que el Tribunal dio por establecido un nexo causal entre tales daños y la existencia de taponamiento en algunos caños de la vereda de La Pica para esos mismos años, siendo lo cierto que a partir de enero de 1989 no existía taponamiento en ninguno de ellos por lo que las inundaciones ocurridas en ese año y en el siguiente no encuentran relación o vínculo de causalidad con la actividad calificada como peligrosa.

Pide por último la parte recurrente que en atención a los manifiestos yerros, se casa la sentencia de segundo grado para que, en su lugar, se revoque la de primera instancia.

Consideraciones de la Corte:

17. En desarrollo de la causal primera de casación por *violación de normas de derecho sustancial por error de derecho*, la Corte ha dicho que *el sentenciador incurre en esta cuando "aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observación de los requisitos legales para su producción, o cuando viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las valora 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 probatorio el mérito señalado, o lo da por demostrado por 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"* (G. J. XCI, 62).

17.1. La censura, cuyo resumen se consignó, endilga al Tribunal error de derecho por haberle dado pleno valor probatorio a la inspección judicial anticipada, sin intervención de la contraparte, al dar por demostrado el taponamiento de los tres caños no obstante que el artículo 300 del C. de Procedimiento Civil eliminó cualquier eficacia probatoria si la parte contra quien se pretende hacer valer no es citada.

La preceptiva nombrada, con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989, *permite la práctica extrajudicial de la inspección judicial y la peritación; la primera con el objeto de verificar los hechos susceptibles de ser apreciados directamente por el juez, y la segunda para establecer aquellos no susceptibles de ello; uno y otro medio tienen valor probatorio según lo que disponga la ley para cada caso, pues como afirma Hernando Devis Echandía, según cita que hace de Framarino Dei Malatesta "no es posible confundirlos, pues aunque coinciden en la prueba del hecho, siguen siendo dos pruebas distintas; la jurisprudencia colombiana ha establecido claramente esta distinción"* (Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo 2o. pág. 432).

Al permitir la preceptiva aludida la práctica de la inspección judicial "con citación de la presunta contraparte o sin ella" es obvio que la recaudada sin citación de la contraparte puede y debe ser apreciada libremente por el Juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según la certeza que arroje el acta sobre hechos percibidos directamente por el Juez, luego al darle valor probatorio el Tribunal a la practicada extraprocesalmente, sin anuencia de la demandada, no

incurrió en el error de derecho denunciado porque la ley no le quita valor probatorio a ese medio, dado que la ritualidad que se exige por el inciso segundo del citado artículo 300 hace relación al dictamen pericial y no respecto de la inspección judicial. En ese orden el Tribunal no incurrió en el error de derecho denunciado.

Pero es más, en este proceso la entidad demandada pudo controvertir la prueba.

17.2. Ahora bien: *el fallador incurre en error de hecho cuando en el análisis objetivo de los medios probatorios da por establecido un hecho suponiendo una prueba que no obra en el proceso, o cuando estima que no aparece demostrado un hecho, no obstante encontrarse en los autos la primera del mismo, en cuyo caso es necesario que el error sea manifiesto o evidente y este "no se presenta sino cuando la única estimación acertada sea la sustitutiva, la que se propone, una vez acreditaba la falta por manera que la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de una labor de sopesar distintas posibilidades que termina con la escogencia de la más probable...."* (G. J. T. CXXXIV, pág. 95 y sentencia del 5 de diciembre de 1990 sin publicar).

El *ad-quem* encontró demostrado el taponamiento de tres caños, con lo observado en la inspección judicial anticipada, que contrario a lo sostenido por el impugnante tiene valor probatorio, con la anotación dejada en el acta por Luis Francisco Jaime Tovar y consideró además que en igual sentido declaran Alberto Jaime Tovar, José A. Barrera y Henry Martínez Rincón (f. 60 c. Tribunal), quienes en verdad no dan cuenta del taponamiento de los tres caños porque los dos primeros solo hacen relación al sufrido por el caño "La Pica", como lo dice la impugnación, y el tercero no compareció a declarar. Sin embargo como existen otros medios probatorios que demuestran que los tres caños estaban taponados y así lo constató el Juzgado en la inspección anticipada, imperioso es concluir que el Tribunal no incurrió en error, más aún existen otros medios de los cuales se dedujo su consideración, y en consecuencia para advertir los errores se requieren de razonamientos que no están permitidos en casación, dada la naturaleza propia del recurso y por ende no procede un nuevo análisis de las pruebas aportadas.

17.3. En lo concerniente con el error de hecho por preterición, por no dar por probada la confesión espontánea que los demandantes hicieron en el hecho 10 de la demanda por entender el sentenciador que esta se desvirtúa con otros

medios de prueba, en particular con la inspección judicial, con el experticio y con los testimonios de Francisco Jaime Tovar, Alberto Jaime Tovar, Henry Martínez y José A. Barrera y deducir que en 1989 aún persistía el taponamiento de los caños y que en 1990 continuaba taponado un brazo de Caranal, no resulta que el sentenciador hubiera apreciado esos medios probatorios o que los hubiese visto de modo distinto a como objetivamente figuran en el proceso, porque contrariamente a lo afirmado por la censura, al apreciarse la inspección judicial anticipada, no se incurrió en error de derecho, conforme se vio, y en ella se constató que por la época en que se practicó, junio de 1989, se encontraban taponados los caños y porque con la inspección judicial practicada en el proceso, se observó, conforme se dijo en la sentencia, que el caño Caranal se encontraba taponado (fl. 133) y que en este desemboca La Pica, por lo cual es fácil concluir que el tribunal vio las pruebas de acuerdo con lo que objetivamente demuestran. Lo mismo ocurre con el testimonio de Luis Francisco Jaime Tovar.

Es claro que los testigos no expusieron sobre taponamiento por el año de 1990, y que los testigos José A. Barrera y Leonidas Celis son contrarios a lo observado en la inspección judicial, conforme se hace ver por la acusación, pero como existen otros medios probatorios que desvirtúan la confesión hecha por los actores que se analizaron por el sentenciador, el error por preterición de aquella no se configura, máxime si se tiene en cuenta que *las conclusiones a que llegó el Tribunal son intocables en casación "... en tanto no se demuestre que se deben a arbitrarios procedimientos suyos o a contraevidencias, a yerros que aparezcan de modo manifiesto o palmario, se tiene que aunque la Corte encontrara que es más ajustado al material probatorio el análisis que de la prueba haga el recurrente, no por ello puede aniquilar el fallo, pues mientras no se acredite la arbitrariedad del ad-quem, un mejor razonamiento del censor no es suficiente para que la Corte pueda desconocer las conclusiones de la sentencia combatida* (Sentencia 19 de marzo de 1992, sin publicar).

17.4 Por último, respecto de los errores probatorios sobre las inundaciones que según el casacionista "para el *ad-quem* solo a partir de 1988 se empezaron a presentar inundaciones en algunos de los predios de los actores, a raíz de los taponamientos en algunos caños de la zona" (fl. 29 de este cuaderno) y que es contraria de manera manifiesta y ostensible por lo que se incurrió en error de hecho al no considerar la confesión manifestada por el demandante Eduardo Sandoval, quien en la audiencia de conciliación declaró que "nosotros venimos sufriendo desde 1986, porque taponaron dicho caño Caranal para poder pasar la máquina constructora", los errores no se presentan porque la conclusión a

la que llegó el Tribunal es: "referente a la relación de causalidad que debe existir entre el daño y la actividad peligrosa tampoco cabe duda alguna, pues de todas las probanzas se desprende que a partir de 1988 en que se realizaron las obras, los predios se han visto perjudicados en época de invierno por las inundaciones que el represamiento causó y que indudablemente a ellas se debe tal situación pues pese a que en algunos meses el descenso pluviométrico fue excesivo, según se desprende del informe del Himat (fls. 187 y ss.) en los años 1988, 1989 y 1990 la mayoría de los meses el porcentaje de precipitación fue normal y suficiente, nótese que para junio de 1989, fecha en que se practicó la primera inspección judicial y los tres meses anteriores a él, la precipitación pluviométrica fue deficitaria y coexistían aún los vestigios de la inundación, igual ocurre en 1990, pese a que sobre este año no existe constancia de dicha precipitación, lo cierto es que se encontró que en el estero en que nacen los caños se encontraba anegado y con deficitario desagüe, además todos los testimonios aportados refuerzan lo anterior, pues a cada uno de los testigos les consta que los predios de los actores fueron inundados y los cultivos dañados, sobre todo el testimonio de Jaime Alberto Tovar y Luis Francisco Jaime Tovar, quienes como miembros del gobierno municipal y de la Junta de Acción Comunal, realizaron visita en la primera inundación; es decir, que la excepción que el demandado basa en las constantes precipitaciones e inundaciones periódicas que ocurren en la zona, no fueron probadas por el demandado" (fls. 59 C. Tribunal).

De modo que como la conclusión a que llegó el Tribunal es distinta de la apreciada por el casacionista los errores de hecho por preterición por no observarse lo expresado en la confesión por uno de los demandantes, así como por lo declarado por los terceros en relación con las inundaciones producidas antes de 1988 no se presentan, máxime si se tiene en cuenta que para la conclusión el *ad-quem* consideró también los informes rendidos por el HIMAT.

En síntesis se tiene, que los errores denunciados en este tercer cargo no se presentan, dado que la inspección judicial extraproceso tiene eficacia probatoria de conformidad con lo previsto en el artículo 300 del C. de Procedimiento Civil, con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989, y como los demás errores se hacen descansar en esta prueba, ellos no se demuestran y menos con el carácter de ostensibles y manifiestos; por ende se desecha el cargo.

Decisión:

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

autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha 24 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ORDINARIO promovido por ANGEL MIGUEL DUARTE LUNA Y OTROS contra la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS "ECOPETROL".

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente al tribunal de origen.

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

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO / TESTIMONIO / TECNICA DE CASACION

Mientras el error de hecho se produce en la contemplación objetiva o material de las probanzas, el de derecho aparece es cuando, superado el anterior aspecto, el juzgador acomete la labor de ponderarlas, vale decir, cuando se da a la tarea de contemplarlas jurídicamente. / En la apreciación de la prueba testimonial el sentenciador puede cometer error de hecho o de derecho. Eventos en los cuales se incurre en uno y otro clase de estos yerros respecto de este medio probatorio. / Cae en grave falla contra la técnica del recurso extraordinario de casación, el no diferenciar esos dos tipos de errores probatorios.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 3995 *Semencia No. 33*

Decídese el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en el proceso ordinario de Alfonso y Luis Alberto Quiroga contra María del Carmen Isabel, Amalia Teresa, Tomás y Alejandro Mendoza Rugeles, herederos de Tomás Mendoza Pradilla, y además contra su cónyuge supérstite Isabel Rugeles de Mendoza.

I. Antecedentes:

1.- La demanda introductoria del proceso tuvo por fin el de que a los actores se les declarase hijos extramatrimoniales del referido causante, con los derechos que tal filiación entraña, y se ordenase las inscripciones del caso respecto del estado civil.

2.- Los supuestos fácticos de tal pedimento, así pueden resumirse:

a.- Desde enero de 1942, y hasta junio de 1956, Tomás Mendoza "estableció relaciones amorosas, personales y sexuales con Albertina Quiroga Romero", quienes a la sazón tenían heredades colindantes en la vereda el Arenal del municipio de Guadalupe, por lo que aquél la visitaba "de manera frecuente, continua y pública".

"Albertina le celebraba fiestas sociales a Tomás Mendoza, en las que participaban los vecinos y los familiares de la pareja, tales como cumpleaños, el día de su santo, etc. El trato sexual es íntimo y se infiere del trato personal y social íntimo y continuado".

b.- Fruto de las relaciones premencionadas fueron varios hijos: Luis Alberto, Alfonso, Eugenia y Teresa, nacidos en su orden el 25 de octubre de 1942, 24 de noviembre de 1944, 16 de abril de 1950 y 12 de octubre de 1952.

c.- "El trato personal y social de Tomás Mendoza hacia Albertina Quiroga durante los periodos de embarazos, parto y crianza de los hijos fue especialmente indicativo de su calidad de padre, pues era cariñoso, atento y suministraba el dinero necesario para el sustento de esa su familia, de la amante e hijos".

A Albertina le suministraba dinero (en 1942, la suma de $10.oo semanales; en 1950, $15.oo) y "tierras con vivienda para albergarla con sus hijos y para con sus frutos se pagara la manutención, crianza y establecimiento y educación de los hijos". Y en el año 1950 le "entregó" un predio de aproximadamente tres hectáreas "con derecho a vivienda para ella y sus hijos y a la explotación económica de sus frutos (...) le mantenía una o dos vacas (...) para que disfrutara de la leche para ella y sus hijos...".

d.- Tomás trató a los demandantes como sus hijos y los "presentó en Sociedad como tales, los llevó a sus fincas, los montó en sus caballos y los empleó en trabajos de ganadería de sus Haciendas y los acostumbró a que lo llamaran Papá".

e.- Tomás contrajo nupcias con Isabel Rugeles, en junio de 1956; pero antes quiso "dejar arreglado su compromiso con Albertina..." suministrándole la suma de $3.000,oo como pago adelantado de aquellos gastos.

f.- En 1970 Albertina demandó a través del Defensor de Menores la filiación de las dos hijas (Eugenia y Teresa), y ante el Juzgado Promiscuo de Menores de San Gil confesó Tomás haber tenido relaciones sexuales con Albertina.

3.- Los demandados respondieron el libelo oponiéndose a las pretensiones. Exigieron la prueba de la mayoría de los hechos, negaron los atinentes al suministro de dinero y de tierras para vivienda de Albertina y sus hijos, así como el del tratamiento que, se dice, el finado dio a éstos. Añaden que la demanda de filiación de tales dos hijas, en cuyo juicio sí confesó Tomás el trato carnal, pero "no por la época del nacimiento de las personas que aquí se nombran", fue fallida por entonces.

4.- El 20 de enero de 1992 fue clausurada la primera instancia, mediante sentencia desestimatoria de las pretensiones que profirió el Juzgado Promiscuo de Familia de Socorro (Santander).

Apelaron los demandantes; y, el Tribunal Superior de San Gil decidió "revocar" la sentencia, para, en su lugar, acoger las pretensiones, pero únicamente respecto del demandante Luis Alberto Quiroga, a quien, por lo tanto, declaró hijo del extinto Tomás Mendoza Pradilla; frente a Alfonso, el otro demandante, en cambio, denegó las súplicas demandadas.

5.- La sentencia del Tribunal, como arriba se dijo, fue recurrida en casación por la parte demandada.

II. La sentencia del Tribunal:

Una primera parte del fallo contiene el resumen del litigio, la determinación de las causas de paternidad invocadas y la verificación de las condiciones necesarias para un fallo de mérito.

De cara a la causal alusiva a las relaciones sexuales, precisa que su ocurrencia ha de coincidir con la época de la concepción y que la prueba de ella bien puede inferirse del trato personal y social de la pareja. Así que, ubicando la concepción de Luis Alberto por la época comprendida entre el 29 de diciembre de 1941 y el 27 de abril de 1942, y la de Alfonso entre el 29 de enero de 1944 y el 27 de mayo siguiente, se dio a la tarea de investigar sobre la existencia del ayuntamiento por entonces.

Dijo el Tribunal, en primer lugar, que Tomás y Albertina sí tuvieron trato carnal, dado que aquél así lo confesó ante el juzgado promiscuo de menores de San Gil el 29 de abril de 1971; y aunque dijo no recordar el año de su ocurrencia, expresó sí que se ha había prolongado hasta finales de la década del cuarenta. Razón por la cual, en el párrafo siguiente señaló textualmente:

"Sentada la anterior preceptiva, resta averiguar si dichas relaciones acaecieron durante la época en que de derecho se presume la concepción de los demandantes, debiéndose por ello examinar la prueba testimonial recepcionada en cuanto al respecto corresponde".

Al cabo de lo cual enfatizó que los testimonios de Misael Quiroga Romero, Angel de Jesús Garcés Silva y Saúl Moreno Corzo corroboran aquella confesión de Tomás, esto es, "de haber sostenido relaciones sexuales con Albertina Quiroga, sin precisar el tiempo pero indicando que terminaron a finales de la década del cuarenta, época esta que fue señalada por el primero de los declarantes mencionados cuarenta años hacia atrás, es decir, alrededor del año de 1950, por el segundo de ellos en el año de 1940, precisando el último de los citados que los vio juntos en diciembre de 1941 y el año nuevo de 1942".

Y refiriéndose exclusivamente a la versión rendida por Moreno Corzo, de quien dice "no fue tachado de falso y tiene visos de credibilidad por la forma concreta en que relata los hechos...", y aludiendo no más que a la época de concepción de Luis Alberto, expresa que "es suficiente para acreditar las relaciones sexuales que por ese tiempo tuvo el señor Mendoza con doña Albertina, máxime se repite, que la declaración rendida por Mendoza ante el Juzgado Promiscuo de Menores de San Gil (...) acepta las relaciones carnales con la madre de Luis Alberto".

No así -agregó- para la época en que tuvo que ser concebido Alfonso "puesto que no existe testigo alguno que señale su ocurrencia dentro de dicho período".

Hallada así la prueba de la paternidad implorada por Luis Alberto, lo que de allí siguió fue el examen de las otras causales invocadas, las que, luego de inquirir, no encontró acreditadas el Tribunal.

III- La Demanda de Casación:

Dos cargos, apoyados en la primera causal de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se han enfilado contra la sentencia de segundo

grado, los que se despacharán conjuntamente por las razones que en su momento se explicarán.

Primer cargo:

Denúnciase la violación de los artículos 1 y 4 (numeral 4) de la ley 45 de 1936; 6 (numeral 4) de la ley 75 de 1968; 66 y 92 del Código Civil y 176, 177, 187, 194, 195, 200, 217, 218, 226, 228, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil. Ello como consecuencia de los errores de derecho que luego puntualiza.

Dice, en efecto, que el sentenciador incurrió en error de "derecho" al apreciar el testimonio de Saúl Moreno Corzo, el cual "carece en absoluto de eficacia probatoria", pues declaró "sin indicar las circunstancias de modo, tiempo y lugar", esto es; "un testimonio que no es exacto, responsivo y completo, de donde se infiere que el Tribunal quebrantó el artículo 228 del C. de P. C. porque el declarante no dio la ciencia de su dicho"; es "vago e impreciso".

Además, cuando se le formuló la pregunta reseñada como octava, se incluyó la época de la concepción de los demandantes, con lo que se le insinuó la respuesta, quebrantándose de ese modo el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil; y es una pregunta "sugestiva, sobre una cuestión jurídica que no puede saber un testigo...".

Vulneró también los artículos 176, 226, 227 y 228 del C. de P. C. al darle vida a una presunción legal sin demostrarse plenamente el hecho indicador, toda vez que si el testigo "dijo que a él no le constaba lo relacionado con la existencia del trato íntimo...", el Tribunal resultó atribuyéndole un alcance probatorio que no contiene "examinado en su objetividad manterial (sic)...".

Analizando otro de los declarantes, acotó que también incurrió el sentenciador en error de "derecho", porque del testimonio de Misael Quiroga "no surge tampoco el hecho concreto que permita determinar la época de la concepción de LUIS ALBERTO QUIROGA", y es, además, sospechosa por ser tío de los demandantes, "y como ya fue observado no se insertó en el interrogatorio la pregunta según lo dispuesto en el numeral ocho (8) del artículo 228 ni se dio cumplimiento al numeral dos (2) de tal texto, y en todas sus respuestas el testigo afirmó 'si me consta', lo que es contrario al mandato del numeral quinto (5°) del citado artículo 228, pues en realidad es una reproducción de la pregunta que

le leyó (...) Este testimonio entra en contradicción con el dicho de su hermana que los mismos demandantes aportaron al proceso (...) Mendoza no le suministraba dinero''.

Yerro del mismo linaje, vale decir, de derecho, le achaca a la ponderación del testimonio de Angel de Jesús Garcés Silva, porque a éste ''no le consta la existencia de relaciones sexuales entre Mendoza y Albertina''.

Cuando el Tribunal enlazó las versiones testificales con la declaración de Tomás, sacó una conclusión errada ''porque la confesión de don TOMAS no es pura y simple, es calificada y el juzgador no puede dividirla porque quebranta el artículo 200 del C. de P. C.'', habida cuenta que él no ubicó temporal ni espacialmente las relaciones sexuales que confesó.

Es contrario a las reglas de la sana crítica darle validez a un testimonio que carece de ''objetividad'', como también lo es inferir que porque Albertina y Tomás andaban juntos, de ''ahí surge, sin ninguna explicación, la existencia de relaciones sexuales, en el citado período de la concepción''.

Sólo así dio paso a la presunción ''sin que los hechos en que ella se funda se hallaran debidamente probados (...) pues los testimonios en que fundó su decisión no son exactos, responsivos ni completos, no dan la ciencia de su dicho y en la recepción de ellos no se cumplió el requisito previo y esencial previsto en el numeral segundo (2°) del artículo 228 del C. de P. C., ya citado, error jurídico que priva totalmente de eficacia al testimonio''.

Segundo cargo:

Plantéase aquí la trasgresión de las mismas normas mencionadas en el anterior, pero ya mediante la comisión de errores de hecho.

El Tribunal -asegura el impugnante al desenvolver el cargo-, después de relacionar todos los testimonios aportados al proceso ''incluye aquellos que no podía apreciar, porque no se percató que las fotocopias no eran auténticas, y los extraprocesos no habían sido ratificados''.

Pasó entonces a decir que la sentencia ''da por establecido el período legal de la concepción previsto en el artículo 92 del C.C. únicamente con el dicho vago e impreciso del testigo MORENO CORZO''; cometió ahí error de hecho

"porque en parte alguna el testimonio afirmó que hubieran existido relaciones sexuales entre TOMAS MENDOZA y ALBERTINA entre el 29 de diciembre de 1941 y el 27 de abril de 1942...". Cuando el deponente habló de que había visto la pareja en diciembre de 1941 y en el año nuevo de 1942, ya había dicho antes, cosa que pasó por alto el sentenciador, que desconocía lo del trato carnal, por cuanto -dijo- 'Eso si no sé como son cosas privadas de eso si no fui testigo'. Quiero decir que el Tribunal adicionó este testimonio "deduciendo hechos que el testigo no relata".

Como tampoco quiso ver el juzgador que el declarante Miszel Quiroga era hermano de Albertina "y por consiguiente se trataba de un testigo sospechoso". Pretermitió, de otro lado, que en el acta respectiva no se insertaron las preguntas (num. 8 del art. 228 del C. de P.C.), y que la respuesta del deponente era 'si me consta', que es lo mismo que decir es cierto el contenido de la pregunta. "Luego se concluye que el testimonio está afectado por la sospecha de defender el interés de sus sobrinos y tampoco se percató que tal testimonio no es exacto, responsivo y completo, que no da la ciencia del dicho".

Idéntico error cometió el Tribunal al auscultar la versión de Angel de Jesús Garcés Silva, quien nada afirmó sobre las mentadas relaciones de concúbito.

Traduce todo que "Ninguno de los testimonios en que fundamenta su cesión el Tribunal habla del trato personal y social entre TOMAS MENDOZA y ALBERTINA QUIROGA...".

Rememora, por último, que "la presunción no adquiere vida jurídica en el proceso si el hecho en que se funda, el hecho que de ella nace, el hecho indicador, no se halla plenamente probado (...), simplemente lo supone el tribunal, porque adiciona la prueba, porque le atribuye al testigo lo que no dijo...".

Cercenó la versión de Moreno Curzo "porque a lo dicho por él de haberlos visto juntos en el año 1941 (se refiere a Tomás y Albertina), dedujo relaciones sexuales, lo que constituye la desfiguración objetiva de un medio de prueba".

Consideraciones:

1.- El despacho conjunto de los cargos obedece a que por igual revelan ostensibles fallas técnicas en su formulación, para cuya comprobación conviene

arrancar poniendo de relieve la acusada diferencia que existe entre el error de hecho y el de derecho, como causas que finalmente conducen al sentenciador a violar, de manera indirecta, las normas sustanciales.

En el punto se ha dicho insistentemente que, aun cuando esos dos yerros tiene en común la simiente de donde emergen, pues al fin y al cabo se ofrecen cuando el juzgador se aplica a examinar el material probatorio recaudado en el juicio, es lo cierto que no por ello puede mirárselos como una misma cosa. Ciertamente, las desemejanzas entre uno y otro los hace no solamente diferentes, sino hasta antagónicos e incompatibles; la más destacada y notoria de ellas, como quiera que a la postre constituye el trasunto diferenciador que arroja su parangón, es la de que mientras el de hecho se produce en la contemplación objetiva o material de las probanzas, el de derecho aparece es cuando, superado el anterior aspecto, el juzgador acomete la labor de ponderarlas, vale decir, cuando se da a la tarea de contemplarlas jurídicamente.

Lo cual se explana enseñando 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 de ver las declaraciones testificales que sí obran en los autos, o supone las que son inexistentes en estos; 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 su eficacia. Y así, en esta última clase de yerro puede hoy 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 este medio de prueba; o cuando se lo niega por estimar equivocadamente que es ineficaz para demostrar la cuestión controvertida" (Cas. Civ. de 10 de julio de 1974, proceso ordinario de Walter Camilo Cámaro contra los herederos de Camilo Mutis Daza).

2.- Queda claro, así, que se cae en grave falla contra la técnica del recurso extraordinario de casación, el no diferenciar esos dos tipos de yerros probatorios, caso en el cual se echa por la borda la idónea formulación de los cargos a que está obligado el recurrente.

3.- El paralelo que se haga entre lo que se deja referido y el planteamiento de los cargos a despachar, marca un contraste refulgente. Porque de él se aprecia

paladinamente que el censor subestimó abiertamente la distancia jurídica que separa al error de hecho del de derecho, y planteó, contra lo elucidado, una inadmisible yuxtaposición de ellos en ambos cargos.

Qué otra cosa, si no esa, es la que se descubre de la lectura, aun superficial, del primer cargo, en el que, se recuerda, endilgándosele errores de "derecho" al sentenciador, el desarrollo del mismo se hace principalmente con planteamientos que corresponderían, por contraposición, a los yerros fácticos. La impugnación se duele, efectiva y primordialmente, no de que la prueba testimonial haya sido recepcionada con manifiesto quebranto de las reglas que disciplinan su producción, o que el Tribunal haya desatinado al admitirla o descalificarla alegando apoyarse en un precepto normativo que así se lo indica, hipótesis estas que son, según lo visto arriba, las que en un momento dado configuran el error de derecho, sino de que la decisión se apoyó en testimonios que preterm itieron en sus dichos las características de "modo, tiempo y lugar"; que no son exactos, responsivos y completos; que no dan la ciencia del dicho; y que, en fin, son vagos e imprecisos, todo lo cual se advierte sin dificultad del extracto que se hizo de la acusación comentada.

Ha sido doctrina reiterada de la Corte la de 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..." (Sentencias de 7 de mayo de 1968, 23 de julio de 1970 y 10 de julio de 1974 atrás citada).

Cierto que algunos pasajes de la censura tocan de veras con el error de derecho, como cuando se resalta la falla consistente en que la octava pregunta formulada a Saúl Moreno Corzo insinuó la respuesta, y que frente a la prueba testimonial sin distingo alguno "no se cumplió el requisito previo y esencial previsto en el numeral 2 del artículo 228 del C. de P.C." Empero, tres cosas hacen brotar inane ese cuestionamiento.

De un lado, y en primer lugar, porque bien vista la acusación, la parte medular de ella estriba en los errores que se dejaron analizados; tanto, que la

mención de los de este párrafo apenas si despunta tímida y como de segundo orden. De otro, en segundo lugar, que de conformidad con doctrina estable de esta Corporación las irregularidades que se cometen al momento de recepcionarse el testimonio no conllevan de suyo la pérdida de persuasión de los mismos, si es que su relato, visto *in integrum*, no desmerece la credibilidad del testigo ni la verosimilitud de lo que narra; si bien lo ideal es que la prueba se reciba con sujeción estricta a los lineamientos legales que regulan su producción, no puede ni debe haber en su examen un desmedido rigor, si por otras razones "dentro de las cuales se enlistan las preguntas de las partes y la exposición espontánea de las partes, el testimonio resulta completo, exacto y responsivo..." (CLXXX, 199). Por fuera de que las irregularidades de clase semejante no son atribuibles solamente al fallador o a la contraparte, desde luego que el principio de contradicción no solo permite sino que obliga a las partes, sin distinción alguna, a estar atentos para que medie cabal observancia de todas y cada una de las exigencias rituales del código en la recepción del testimonio.

En último lugar, porque con tal forma de adicionarse el cargo, lo que advino fue una simbiosis inaceptable, precisamente al enjuiciar las mismas pruebas, y de manera contemporánea, tanto por error de hecho como de derecho, como si pudiera concebirse la convivencia pacífica de ellos. Tiénese repetido que "no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, (...). En el medio, lo uno o lo otro, pero no esto como transformación de lo primero" (CVII, p. 86).

4.- Otro tanto cabe predicar respecto del segundo cargo, pues constituyendo su base los errores que de hecho denuncia, el recurrente torna a reincidir en la falencia de refundir las dos clases de errores, precisamente al involucrar argumentaciones propias del error de derecho, tales como: El Tribunal incluyó testimonios que no podía apreciar "porque no se percató que las fotocopias no eran auténticas y los extraprocesos no habían sido ratificados"; estimó la declaración de Misael Quiroga sin atender que se trataba de un testigo sospechoso por el parentesco que lo une con los demandantes; tampoco atendió que se violó el numeral 8 del art. 228 del C. de P.C., al responder el testigo "si me consta".

Y reincidió también en la ambivalencia denotada, al colocar esas argumentaciones al lado de las que sí son típicas y acordes con el yerro fáctico que se denuncia, como lo son las de que el juzgador no se percató que el testimonio "no es exacto, responsivo y completo, que no da la ciencia del dicho".

Así las cosas, no prosperan los cargos.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 25 de mayo de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, materia del recurso extraordinario.

Costas en casación a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

ERROR DE HECHO - Requisitos / Modalidades

El error de hecho que tiene la virtud de dar al traste con la sentencia impugnada en casación, es solamente aquel que cfunde de manera ostensible y tiene influencia en la decisión adoptada, sirve de causa al quiebre de la misma, esto es, ser manifiesto y trascendente. Es manifiesto 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 resulta absolutamente contrario a la evidencia del proceso. Y trascendente, cuando es el determinante de que se haya tomado la decisión que se acusa de ilegal, de tal suerte que, de no haberse producido la falencia en el juzgador, la decisión hubiese sido otra. Esta clase de error, puede ofrecer varias modalidades, ya por preterición de ellas, ora por suposición de las mismas, comprendiendo una y otra la distorsión objetiva por cercenamiento o por adición.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / POSESION NOTORIA

La ley se preocupó por señalar el rango o categoría de los hechos que según él podían configurar la posesión de estado eligiendo los más significativos y protuberantes de los que dentro del respectivo estado civil podían producirse. El tratamiento cariñoso y afectuoso del presunto padre para con el hijo no puede por sí solo ser suficiente a esos efectos. / El trato que demanda el legislador es el que arranca de la propia persona que es señalada como progenitor, y no el que tiene iniciativa en sus parientes y familiares.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Decídese el recurso de *casación* interpuesto por el demandante contra la sentencia de 10 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ordinario de Javier Basilio Oyola contra María Lis de Barbosa, Clementina Lis Tovar, Inocencia Lis Ducuara, Basilio Lis Tovar y María Dolores Sánchez viuda de Lis, éstos, los demandados, en su calidad de herederos universales de los causantes Basilio Lis Lozano y José Vicente Lis Tovar.

I. Antecedentes:

1.- El proceso arrancó con la demanda en que se pidió se declarase que el actor es hijo natural del causante José Vicente Lis Tovar, con derecho, por tanto, para heredarlo, y para representarlo en la sucesión de Basilio Lis Lozano, su abuelo, debiéndose condenar, de un lado, a la cónyuge sobreviviente del primero, Dolores Sánchez de Lis, a restituirle la mitad de los bienes pertenecientes a la sucesión intestada de José Vicente Lis Tovar, y, de otro, a los restantes demandados para que le restituyan "una quinta parte" de los bienes de la sucesión, intestada también, de Basilio Lis Lozano, junto con los frutos que hubieren podido producir.

2.- Los hechos fundamentales de la demanda, así los condensa la Corte:

a.- Rosalba Oyola, madre del demandante, afirma que el padre de éste es José Vicente Lis Tovar "por haberlo concebido de él en las condiciones a que se refiere el ordinal 4° del artículo 6° de la ley 75 de 1968".

b.- Javier Basilio tiene respecto del mencionado José Vicente "la posesión notoria de hijo extramatrimonial, pues en vida lo trató como su hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y sus deudos y amigos, y el vecindario de su domicilio (Natagaima) en general, lo han reputado como hijo de tal padre, por virtud de dicho tratamiento". Incluso, los demandados han reconocido tal filiación.

c.- En la mortuoria de José Vicente se adjudicó la herencia a su esposa (Dolores Sánchez) y sus hermanos (Clementina y María Lis). "Estos últimos deben ser excluidos de la adjudicación y se ordenará la devolución de lo adjudicado".

d.- En el sucesorio de Basilio Lis Lozano (padre de José Vicente y abuelo del demandante) fueron reconocidos como herederos sus hijos María, Clementina,

Basilio e Inocencia Lis.

3.- La demanda fue respondida por María Lis, Clementina y María Dolores Sánchez, con expresa oposición a las pretensiones. Negaron los hechos en que se apoya la filiación perseguida.

4.- Con sentencia de 21 de agosto de 1991, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Purificación, feneció la primera instancia del proceso; allí se acogió la filiación y la petición de herencia reclamadas.

Empero, apelada por algunos demandados, fue revocada por el Tribunal Superior de Ibagué mediante la suya de 10 de abril de 1992; en su lugar, se denegaron las pretensiones.

5.- Dicho quedó desde el comienzo que contra la del tribunal se interpuso recurso de casación.

II - La Sentencia del Tribunal:

Tras las primeras líneas, dedicadas a historiar el litigio, y de determinar los requisitos de la causal sexta del artículo 6 de la ley 75 de 1968, procedió a inquirir por ellos en el *sub-lite*, a cuyo propósito examinó los testimonios de Raquel Celis, Leonor Tapia Yanguma, María Elvia Oyola de González, Jorge Ricardo Useche Córdoba, Zoila Méndez de Tafur y Alfonso Trujillo Javela, desembocando en esta primer conclusión:

"Como bien puede deducirse de los testimonios en cuestión, ninguno de ellos apunta de una manera enfática y esclarecedora a dar cuenta de la ayuda emanada del causante para con el demandante con el ánimo de responder por la educación de éste, simplemente aluden de una manera vaga y abstracta a informar que el señor JOSE VICENTE LIS 'le daba platica al chino'. Uno de los testigos respondió que el de cujus le proporcionó algún dinero al accionante, hecho que acaeció frente al atrio de la Iglesia del Municipio de Natagaima, circunstancia insular y pasajera, pues en el resto de su declaración nada dice de otros suministros. Así las cosas, estas ayudas mentadas por los testigos son tan fugaces y aisladas que no permiten predicar en modo alguno que estén traducidas en hechos objetivos indicadores del apoyo material que le brindó el causante al actor, para proveer a su subsistencia, educación y establecimiento, pues, ninguno de los testigos refiere algo concreto sobre el particular".

De donde enfatizó más adelante que "la prueba valorada por la Sala, no arroja certidumbre respecto de la posesión notoria invocada en la demanda razón por la cual el fallo material de la apelación deberá infirmarse".

Finalizó haciendo la puntualización de que, con arreglo al texto de la demanda, fue esa la única causal de paternidad que aquí se adujo.

III- La Demanda de Casación:

El único cargo que se formula viene apuntalado en la primera causal de casación, y denuncia el quebrantamiento de los ordinales "cuarto, quinto y sexto" del artículo 6 de la ley 75 de 1968, debido a la "apreciación errónea por error de hecho de las pruebas testimoniales rendidas por RAQUEL CELIS, LEONOR TAFIA YANGUMA, RICARDO USECHE CORDOBA, ZOILA MENDEZ DE TAFUR".

En su desenvolvimiento, apunta el censor que el Tribunal "no personaliza ni concreta los defectos probatorios de los testimonios que refuta, sino que generaliza una presunta deficiencia probatoria de ellos, en general, sobre los hechos, que a su parecer debían ser probados por estas declaraciones", es decir, "no analiza ni estima individualmente los testimonios que refuta como ineficaces e inconducentes...".

Así que califica de "pobre y parca" la deducción que el sentenciador hizo al expresar, según palabras de la censura, que "ninguno de los testimonios citados por la parte actora determinan de manera enfática y clara la ayuda recibida por el hijo de su presunto padre, y que estas fugaces y aisladas menciones de los declarantes sobre ayudas no predican de manera alguna un apoyo real de padre a hijo". Crítica que funda en que "no es la sola ayuda material la que configura la figura de la posesión notoria del estado civil de hijo, sino una serie de situaciones físicas y morales que aunadas deducen el fenómeno jurídico de la estabilidad social de una persona".

Al acometer el análisis de los testimonios que estima mal apreciados, estas son sus reflexiones:

Raquel Celis conoció al demandante en edad escolar "porque vivió en casa donde éste vivía con su tía Clementina Lis, los hijos de ésta y la mamá de ésta, o sea la abuela de Javier Basilio", y percibió que Clementina "trataba a Javier

Basilio como su sobrino, y que éste le decía a aquella, tía". Se trata -dice el impugnante- de un hecho trascendental, porque la testigo presenció que "entre tía, abuela y sobrino no solo se reconocía el parentesco entre ellos existente sino que utilizaban entre ellos el apelativo propio del parentesco (...) y el tratamiento filial e íntimo que se prodigaban".

También afirmó Raquel, enfatizándolo, que el padre de Javier fue José Vicente Lis, "no solo por las continuas visitas que le hacía a la madre de éste, Rosalba Oyola", sino porque presenció que José Vicente ofreció alimentos y casa a Rosalba "si retirara (sic) la demanda que le tenía entablada en El Espinal".

La sinceridad de la declarante -dice- se palpa cuando manifestó no haber presenciado "entrega de dinero para sufragar los gastos de educación del menor", cuando bien pudo haber dicho lo contrario sin que nadie lo contradijera.

De otro lado, la declaración de Leonor Tapia Yanguma es importante porq es manifiesto y palpable el sentimiento paterno y familiar que se prodiga sin impedimento alguno, como fue el hecho de que encontrara al presunto padre José Vicente Lis visitando a la madre del menor Javier Basilio, como también presenció cuando la madre de José Vicente Lis, Magdalena, le entregó a Rosalba unas cosas que le había comprado su hijo José Vicente. Manifiesta además que Magdalena y Clema Lis "trataban al menor Javier Basilio como nieto y sobrino". De todo lo cual -asegura la censura- nace la certeza del vínculo paterno-filial, "porque solo estos espontáneos y pasajeros reflejos cariñosos son la expresión verdadera del cariño familiar". Testigo que al igual que el anterior denota mucha sinceridad, al exponer "solo aquello que vio y palpó y negando los decires que no presenció".

El relato de María Elvia Oyola de González contiene la afirmación de que conoció a "don Vicente todo un tiempo y a Javier Basilio Oyola desde que él nació lo conocí en papá e hijo él le decía papá", por lo que precisa el casacionista que este testigo fue "más sincero y explícito en cuanto al tratamiento que se daban entre sí Javier Basilio, como hijo, y José Vicente Lis como presunto padre", además de que señaló que la madre de éste reconocía a Javier como nieto, y éste, a su vez, llamaba 'tía' a Clementina, hermana de aquél.

Ricardo Useche Córdoba dijo tener conocimiento de que José Vicente Lis era el padre de Javier "...no solo por ser de conocimiento general este

parentesco para la comunidad en que vivían, sino por varios detalles filiales que hacían incontrovertible esta deducción, como el trato familiar que le prodiga la hermana del presunto padre. Clementina Lis, quien frecuentemente exhibía en el poblado y ante deudos y amigos a su sobrino Javier Basilio, ufanándose del parentesco que los unía". Surge de ahí "un tratamiento a todas luces familiar entre sobrino y tía". Y agrega el censor: "Que no le consta que José Vicente Lis hubiese pagado los estudios de su hijo Javier Basilio? Esto no es un hecho relevante en la prueba del estado civil de una persona, porque el sufragar el valor de los estudios de una persona lo hace un familiar cercano o lejano o cualquier particular encargado para ello".

Otro más que "acredita las demostraciones familiares que se prodigaban Javier Basilio con su tía Clementina o su abuela Magdalena", es Zoila Méndez de Tafur, por supuesto que manifestó que aquéllas iban a ver al niño "y le llevaba mercado a la mamá del niño lo alzaban (...), cada ocho días le llevaban mercadito. A lo que añadió el censor que "Es indudable que lo que presenció esta testigo no fue un acto de liberalidad de Magdalena y Clementina para la madre y el hijo, sino una clara demostración de amor filial hacia su nieto y sobrino, que corrobora y confirma fehacientemente lo que sobre lo mismo narran las anteriores declarantes".

A vuelta de todo lo anterior, y de precisar que la manifestación de la paternidad obedece a un proceso lento y dispendioso, no es sin embargo "rígido e inalterable como normal (sic) general para todos los casos de paternidad". Lo importante es el resultado, esto es, la conciencia que de ese hecho tome el conglomerado social, como aquí sucede, precisamente porque "para estos asociados en sí conocedores de una sola versión, les es normal que los familiares de un presunto padre acojan y ayuden a esa madre y menor, porque quizás lo consideran como una obligación moral de sus derechos el sostener a sus parientes que nacen", deber que cumplen "en representación de ese padre que no quiere por el momento enfrentar su obligación".

De manera que los testigos señalan al unísono el trato "personal y familiar" del presunto padre y sus parientes hacia el aquí demandante y su madre Rosalba, lo cual es signo evidente del vínculo filial "porque no de otra manera se entiende el solícito cuidado que le prodigaban al menor a su nacimiento y crecimiento, y la prodigalidad con su madre en el aprovisionamiento en su alimentación y cuidados". El aspecto económico que demanda el Tribunal cuando se refiere a que no hay certidumbre que el finado haya sufragado los gastos de subsistencia, educación y establecimiento, acompasa en verdad muchas veces con la

manifestación filial, pero no puede considerarse que sólo eso determine la posesión notoria, "porque pueden presentarse otras situación (sic) no necesariamente monetarias que también conducen a la misma conclusión, que inclusive son actos más demostrativos de esta situación posesoria, como lo es el reconocimiento, tácito o expreso, que hagan *otros parientes* de este vínculo familiar...".

De otra parte, el Tribunal se dedicó a glosar solamente aquello que podía justificar la incertidumbre que de comienzo anunció. De ahí que haya calificado las ayudas mentadas por los testigos de "fugaces y aislados", cuando, de acuerdo con los declarantes enantes analizados, ellas "fueron frecuentes y permanentes, que si bien no puedan estimarse como suficientes para sufragar los estudios, sí son prueba fehaciente de un cariñoso ademán paternal, porque su misma cotidianidad lo confirma".

A manera de epítome, dijo finalmente:

"Tachar de inciertas e incompletas todas las declaraciones aportadas al proceso por la parte actora, aduciéndose que 'ninguno de ellos apunta de una manera enfática y esclarecedora a dar cuenta de la ayuda emanada del causante para con el demandante con el ánimo de responder por la educación de éste... '", es incurrir en manifiesto error en el análisis de estos testimonios, dado que, si en realidad fuesen deficientes en tal sentido, nada de ello afectaría su credibilidad, ya que la ley ni la doctrina prescriben que por no comprender íntegramente una determinada situación objetiva (ayuda para la educación), el testimonio es ineficaz e incierto; y por otra parte, dichos testigos -cinco en total- contra lo afirmado por el Tribunal, sí indicaron algo que, racionalmente, es decisivo para la aceptación de la posesión notoria de estado civil de hijo natural: que los deudos y vecinos reconocieron y aceptaron el parentesco entre el demandante y el causante José Vicente Lis. La abuela Magdalena Tovar y la tía Clementina Lis, nos dicen los declarantes, reconocían al demandante Javier Basilio como nieto y sobrino y se ufanaban de llamarlo así y que les llamara abuela y tía. Y si bien esta modesta ayuda económica que canaliza el causante José Vicente Lis para su hijo, por mediación de su madre y hermana, representada en mercado y de que nos hablan los testigos Raquel Celis, Leonor Tapia, María Elvia Oyola y Zoila méndez de Tafur, son también indicios determinantes de esa suigeneris posesión de estado, hechos que no podían ser desconocidos así nomas (sic) por el fallador de segunda instancia, sin incurrir en manifiesto error de hecho en la apreciación de esta prueba testimonial".

Consideraciones:

1.- *El error de hecho que tiene la virtud de dar al traste con la sentencia impugnada en casación, no es uno cualquiera; solamente el que efunde de manera ostensible y tiene influencia en la decisión adoptada, sirve de causa al quiebre de la misma*; vale decir, aquel que, como señala la ley, *es manifiesto y trascendente*. Es *manifiesto cuando es "tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocionio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulta absolutamente contrario a la evidencia del proceso" (LXXVIII, pág. 972). Y trascendente, cuando es el determinante de que se haya tomado la decisión que se acusa de ilegal, de tal suerte que, de no haberse producido la falencia en el juzgador, la decisión hubiese sido otra.*

Y lo que es muy de notar ahora es que si tal clase de yerro tiene ocurrencia frente a la materialidad de las pruebas, bien puede ofrecer varias *modalidades, ya por preterición de ellas, ora por suposición de las mismas, comprendiendo una y otra la distorsión objetiva por cercenamiento o por adición. Por eso, toda impugnación, sin dispensa alguna, que se edifique sobre error de hecho tiene necesariamente "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 si está en ellos, hipótesis estas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición)..." (CII, p. 210).*

2.- La razón de la anterior cita obedece a que el cargo aquí formulado, pese a que denuncia errores de hecho, en ninguna parte de su desarrollo contiene un planteamiento acorde con lo elucidado. Se desconoce, por lo mismo, en cuál de las modalidades vistas se presentó el yerro enrostrado al Tribunal. Tanto es así que, en el fondo, el recurrente no discrepa de la contemplación objetiva que de la prueba testimonial hizo el sentenciador, y, en buenas cuentas, lo que busca es que, lo que él y el juzgador ven por igual desde el punto de vista material, tenga una consecuencia jurídica diversa. Lo que para el impugnador, efectivamente, es suficiente para la declaratoria de la paternidad, eso mismo, ni más ni menos, no lo es para el Tribunal.

Así, para el *ad-quem* es indispensable -y ese fue el pilar de su decisión absolutoria- que se demuestre que el presunto padre proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento del sedicente hijo, cuando menos por un lustro. Y

no halló esa prueba de lo que narraron los testigos. El censor, por su lado, estima, no que ese hecho sí esté probado y que el Tribunal lo pasó por alto, sino que ese no es un supuesto "esencial" en la posesión notoria, y que por lo tanto no había la necesidad absoluta de probarlo; esa es la razón por la cual aspira a que, sin demostrarse ese hecho, la filiación se acoja con la mera prueba del afecto, cariño y familiaridad con que fue tratado el hijo, particularmente por su tía y abuela.

Lo que en sana lógica traduce que el censor aduce, si bien tácitamente, que los declarantes no expresaron nada distinto de lo que dijo el Tribunal que habían aseverado; admite, entonces, que no está probada la atención de la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. Lo que de su parte alega es que, aún así, sin todo ello, era de rigor dictar sentencia estimatoria porque los declarantes dan cuenta de otra cosa que a su juicio es suficiente para demostrar la posesión notoria, consistente principalmente en que los parientes de José Vicente Luis (de manera precisa su progenitora y su hermana) trataron familiarmente a Javier, y a la madre de éste suministraron ayuda material, cosa que igualmente vio el Tribunal (así lo refleja el extracto que hizo de los dichos testimoniales), pero sin la trascendencia sugerida por el impugnante.

Siendo así, esto es, que Tribunal y censor coinciden en lo que realmente deponen los testigos, y hasta en lo que dejaron de decir, no se ve cómo pudo estructurarse un error del linaje achacado, o sea el de hecho. Porque bien se aprecia que lo que distancia al recurrente es que, en su sentir, el Tribunal anduvo exigiendo ilegalmente la prueba de un hecho; la falencia que en ello se vería, pues, jamás podría ubicarse en el campo del yerro fáctico.

3.- Pero si con criterio de amplitud, la Corte apartase la vista de tan protuberante falla técnica, y así entendiese que está precisada a tocar el fondo del asunto, por igual vería arruinarse la acusación. Dado que jamás podría darse paso a la tesis que expone el censor, en el sentido de que la sola prueba de un sentimiento familiar, con todo lo que de suyo significa, serviría de base firme para establecer la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial. Cierto que ese hecho no puede desdeñarse del todo, porque es verdad inconfutable que normalmente responde a un vínculo de orden filial. Pero es que lo importante por resaltar aquí, es que es la ley misma la que se reservó la facultad de determinar en qué consiste *la posesión notoria del estado civil de hijo natural*, al estatuir que "*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'' (artículo 6° de la ley 75 de 1968). Es elemental pensar, pues, que la filiación se alcanza en el punto demostrando ese supuesto fáctico que menciona la norma, vale decir, que el padre anduvo, por el término de ley, proveyendo aquello. En relación con lo cual se ha dicho insistentemente que es inadmisible que en sustitución de esos hechos "se demuestren otros no contemplados por el precepto (...) por más significativos que sean"; *la ley se ''preocupó por señalar el rango o categoría de los hechos que según él podían configurar la posesión de estado eligiendo los más significativos y protuberantes de los que dentro del respectivo estado civil podían producirse''* (Cas. Civ. de 27 de agosto de 1968). *Hay que convenir, así, que esa es la manera, única por demás, como ha querido la ley, que no el intérprete, que se establezca la posesión notoria.*

De donde dimana que es forzoso aceptar que el tratamiento cariñoso y afectuoso del presunto padre para con el hijo no puede por sí solo ser suficiente a esos efectos, habida cuenta que *''los elementos estructurales de la posesión notoria del estado de que se trata deben ser precisa y plenamente acreditados y no pueden ser sustituidos por otros, tales como la asistencia del presunto padre al bautizo de quien pretende ser el hijo de éste, ni las simples presentaciones sociales o declaraciones públicas o privadas, o de favores aislados de interpretación ambigua, etc. Estos otros hechos bien pueden alcanzar el carácter de medios corroborantes, pero no pueden reemplazar a los elementos principales taxativamente determinados por la ley''* (CXXXIV, p. 104).

Si ello adviene totalmente cierto, muchísimo menos es de admitir, como aquí se deja entrever, que el trato consista en que los parientes del presunto padre hayan aceptado tal filiación, ni aun cuando de su parte haya provenido ayuda material para el hijo y la madre de éste. *El trato que demanda el legislador es el que arranca de la propia persona que es señalada como progenitor, y no el que tiene iniciativa en sus parientes y familiares. El tratamiento del presunto padre, siguiendo los lineamientos que acaban de exponerse, tampoco puede ser sustituido por el de sus parientes, por cercanos y próximos que éstos sean.* Recalca la jurisprudencia sobre el particular que *''Los hechos que constituyen el trato y la fama, deben ser ejecutados personalmente por el presunto padre y no por los parientes y deudos, pues de esos hechos es de donde debe deducirse el ánimo de tener al hijo por tal...''* (CVII, 109).

4.- Debe señalarse que todo cuanto aquí se ha dicho dice relación con la piedra angular del ataque en casación. Ya en el epílogo del cargo se cuestiona que, contra lo que vio el Tribunal, esas declaraciones sí dan cuenta de la "ayuda económica que canaliza el causante José Vicente Lis para su hijo, por mediación de su madre y hermana, representada en mercado", con lo cual se ofrece un planteamiento que ahí sí corresponde exactamente al error de hecho denunciado. Empero no halla éxito porque en ninguna parte hay prueba de tal; "mediación" o representación que se sugiere; por lo que esto no amerita un estudio diferente al ya realizado. Por fuera de que ello contrasta con lo que señala en la demanda el actor, cuando jamás se habló de una ayuda por intermediación, y se hizo alusión en forma escueta a una de tipo personal.

No prospera, por consiguiente, el cargo.

IV - Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 10 de abril de 1992, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, materia del recurso extraordinario.

Costas en casación a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

ERROR DE HECHO / TESTIMONIO - Grupo de testigos

Para que el error de hecho estructure ataque eficaz en casación, debe tener la connotación de evidente, fenómeno producido cuando la conclusión de los hechos sacada por el juzgador es abiertamente contradictoria con la realidad probatoria del proceso, al punto que es fácilmente advertida por los sentidos y de tal trascendencia que al hacer actuar correctamente las pruebas en que se apoya en fallo o las del acervo preteridas, la conclusión se hace necesariamente diferente, porque la del sentenciador no tiene cabida en el ámbito de la lógica o en la concreta realidad de la actuación. / No se incurre en dicho yerro cuando el sentenciador omite hacer mención expresa de una prueba en particular o se abstiene de apreciar las inidóneas o ineficaces. / Cuando existe pluralidad de elementos de convicción debe singularizarse el que ha sido preterido o indebidamente apreciado. / En el presente caso, el tribunal pretirió las declaraciones de algunos testigos.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: *Expediente No. 4101* *Sentencia No. 35*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 17 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario promovido por José Edgar Tobón y Rodrigo Rojas Rodríguez frente a la sociedad "Antioqueña de Automotores y Repuestos S.A. - ANDAR S.A." "Compañía Automotriz S.A." y "Vehiservicio Limitada".

Antecedentes:

1.- Por demanda repartida al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bello, Antioquia, los citados demandantes solicitaron que con audiencia de las referidas demandadas se hiciesen las declaraciones siguientes:

Pretensiones principales:

"PRIMERA.- Las sociedades demandadas son solidariamente responsables de la garantía número 180950, expedida en favor de los señores José Edgar Tobón M. y Rodrigo Antonio Rojas, para el vehículo marca chevrolet, tipo chasis, modelo C30 135.5, cabinado, año 1987, número de motor L 702708LT9, número de serie CL702708, expedida por Andar S.A., como concesionario vendedor.

"SEGUNDA.- En razón de la declaración anterior, los demandados están obligados, solidariamente, a reponer el vehículo vendido a mis poderdantes, entregándoles otro vehículo del tipo y modelo adquirido, de buena calidad y libre de imperfectos o vicios, que permita el uso normal para que fue adquirido.

"TERCERA.- Los accionados son solidariamente responsables de los perjuicios causados, a los demandantes, por la mora en el cumplimiento de la obligación adquirida, dentro de la garantía del vehículo vendido. Estos perjuicios que se tasan en la suma de Treinta mil pesos ($30.000) diarios que corresponden al valor dejado de percibir por mis poderdantes en el ejercicio de sus actividades de compraventa de productos agrícolas y transporte de los mismos, actividad a la cual el vehículo se encontraba destinado" (fl. 35 y 36 C. 1).

Pretensiones subsidiarias:

"PRIMERA.- En virtud de la mala calidad de la máquina del vehículo vendido por ANDAR S.A., a los señores José Edgar Tobón Mejía y Rodrigo Antonio Rojas Rodríguez, que constituye vicio oculto en la cosa vendida, se rescinde el contrato de venta.

"SEGUNDA.- Los demandados solidariamente responderán por los perjuicios causados a los demandantes, con la venta y por lo tanto están obligados a indemnizarlos, en el monto establecido en el proceso, a justa tasación pericial.

"TERCERA.- Como consecuencia de la primera declaración, los demandados pagarán a los demandantes el precio de la venta por éstos pagado, con las indexaciones correspondientes, desde el momento en que se hizo el pago, y los intereses comerciales.

"Los demandados pagarán las costas del proceso".

II.- En escrito de 5 de agosto de 1988 (fl. 44 C. 1) los demandantes reformaron la demanda en el sentido de excluir como demandadas a las sociedades "Compañía Colombiana Automotriz S.A." y "Vehiservicio S.A.", reforma que admitió el *a-quo* por auto de 8 de agosto del mismo año (fl. 45 C. 1).

III.- Hechos fundamentales de las pretensiones son los que a continuación se compendian:

a) El 27 de agosto de 1987, los actores compraron a la sociedad "Antioqueña de Automotores y Repuestos S.A. - ANDAR S.A." el vehículo descrito en la demanda, por un precio de $4.967.376, que pagaron de contado.

b) La vendedora, como concesionario, entregó a los compradores el certificado de garantía número 180950, "Certificado que lleva la sigla de Chevrolet Colmotores', nombre con el cual se identifica la sociedad Compañía Colombiana Automotriz S.A., productora del vehículo vendido...".

c) Para adquirir el vehículo los compradores obtuvieron un préstamo del Banco Popular, por valor de $3.900.000, con intereses del 36% anual, a un plazo de 3 años.

d) Los compradores adquirieron el automotor para destinarlo al transporte de papa desde la Unión, Antioquia, a Medellín y la distribución de la misma a los establecimientos comerciales con quienes los actores tenían contrato de venta, transportando a su regreso mercancías para los comerciantes de la Unión.

e) Adquirido el vehículo, los actores formalizaron la venta de papa con establecimientos como Confama, Almacenes Ley y comerciantes minoristas de Medellín y municipios aledaños.

f) Pasados 5 días desde su adquisición el automotor "presentó recalentamiento grave", por lo que Andar S.A. dispuso su reparación,

remplazando "8 pistones de motor; 5 anillos de motor; 1 empaquetadura de motor; un tubo silicona; 16 obturadores; 1 aro de volante; 1 biela de motor; 1 culata de motor; una empaquetadura múltiple de admisión; 1 termostato", diagnosticándose por los encargados de la reparación "que el daño se originó porque pasaba agua del múltiple al carburador".

g) El 5 de noviembre de 1987, 58 días después de reparado, el automotor sufrió los siguientes desperfectos: rotura del cigüeñal en tres partes, rotura del bloque y daños en cilindros, válvulas y el carter, daños que, según lo advirtió a los compradores Vehiservicio S.A., no cubría la garantía, "porque el ingeniero de la empresa Colmotores S.A., señor Orlando Zuluaga, informó que el daño se originó por falta de cuidados en el mantenimiento y en la conducción del vehículo".

h) No hubo negligencia, descuido ni mal manejo del automotor; los daños se debieron a la mala calidad del mismo; los defectos de producción no fueron corregidos, y esto lo hace inservible para la destinación prevista, encontrándose "paralizado desde el 5 de noviembre de 1987, en los talleres de Andar S.A., donde entró para su revisión y reparación, sin que ninguna de las sociedades corrijan los defectos padecidos...", ocasionando con ello perjuicios a los compradores.

IV.- Descorriendo oportunamente el traslado del libelo, la sociedad demandada atribuyó los desperfectos sufridos por el automotor al mal manejo del mismo por parte del condueño Edgar Tobón, agregando que está paralizado no en Andar S.A. sino en Vehiservicio S.A., y que como la garantía no cubre los daños sufridos, la reparación corre por cuenta de los actores. Una vez aclara que el precio de venta del automotor fue la suma de $4.578.873, se opone a las pretensiones de los actores contra las que formula las excepciones que denominó "inoperancia de la garantía", "pluspetición" e "inexistencia del vicio", ésta última respecto de las subsidiarias.

V.- El *a-quo* le puso término a la primera instancia por sentencia de 22 de octubre de 1991, en la cual hizo los pronunciamientos siguientes:

"1.- Declárase rescindido el contrato de venta celebrado entre ANDAR S.A. y los señores José Edgar Tobón Mejía y Rodrigo Antonio Rojas Rodríguez por vicios ocultos en la cosa vendida.

"2.- En consecuencia la empresa demandada pagará a la ejecutoria de a sentencia a los señores Tobón Mejía y Rojas Rodríguez como indemnización por perjuicios la suma de $4.729.059.20 y $11.275.943 por concepto del precio pagado a la demandada.

"3.- A su vez los demandantes restituirán a la empresa Andar S.A. el vehículo que fue objeto del contrato de compraventa, el cual fue descrito en la parte motiva de esta providencia.

"4.- No se accede a las excepciones propuestas.

"5.- Costas a cargo de la parte demandada en un 70%. Tásense".

VI.- En desacuerdo con lo así decidido, la sociedad demandada y los propios actores interpusieron recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín, quien lo desató por sentencia de 17 de julio de 1992, confirmando la del *a-quo*, con la adición de "que no prospera la objeción que por error grave fue tachado el primer dictamen rendido por los peritos y formulada por la parte demandada (art. 238, inc. 6; del C. de P.C.)", y con la aclaración de que "corresponde cancelar las sumas señaladas a la sociedad demandada Andar S.A.". Se impuso a la misma sociedad las costas del proceso en un 70%.

Fundamentos de la sentencia del tribunal:

Advirtiendo previamente la procedencia del fallo de mérito, alude luego el tribunal a los diversos vicios que puede presentar la cosa vendida en los contratos mercantiles, centrando su atención, líneas más adelante, en los "intrínsecos", entre los cuales distingue los que se observan antes de la entrega de la cosa vendida, reclamables éstos por el procedimiento verbal (art. 945 del C. de Co.), de los que se perciben luego de recibida, refiriendo de éstos que tienen distintos tratamiento, sea que estén amparados o no por una garantía de buen funcionamiento, convencional o legal (arts. 932 y 933 C. de Co.), reclamables, prosigue, dentro de la oportunidad prevista en el artículo 932 del C. de Co., so pena de que, siendo el vicio de la naturaleza indicada en el art. 934 ibidem, aquél sólo pueda optar entre la acción redhibitoria y la quantiminoris, en ambos casos con indemnización de perjuicios, y por el procedimiento ordinario (arts. 396 y 397 del C. de P.C.).

Una vez transcribe y hace breve comentario de los artículos 932 y 934 del C. de Co., el *ad-quem* puntualiza que en el caso de este proceso se otorgó garantía de buen funcionamiento a los compradores, y conforme a ella el concesionario vendedor se obligó "a reparar o reponer, a su opción y en sus instalaciones o talleres, cualquier pieza o parte del vehículo que esté defectuosa o funcionando mal, dentro del término antes mencionado" (de 24 meses, se agrega). Dejando pues en claro que la acción de los demandantes no se enmarca en el artículo 931 del C. de Co., el sentenciador manifiesta que no es procedente la "pretensión principal", ocupándose por eso de las subsidiarias, en torno a las cuales pone previamente de presente que los vicios ocultos deben haber sido ignorados por el comprador sin culpa grave de su parte para que produzcan los efectos señalados en la ley, refiriendo a continuación cuáles son los requisitos exigidos para que un vicio tenga la calidad de tal.

En ese orden de ideas, el sentenciador pasa luego a manifestar que están probados los desperfectos sufridos por el automotor 5 días después de su entrega y el remplazo de las piezas descritas en la demanda por parte de la vendedora; que ese primer daño se debió a recalentamiento del motor, por la mala calidad de fabricación; que la avería posterior se originó en la deficiencia de las piezas empleadas en aquella reparación, tal como se desprende de los dictámenes periciales, incluso del obrante en el trámite de la objeción, según el cual "las causas del segundo daño las originó el desprendimiento de la tapa de la biena (sic) número 4 (torcida), debido a que se soltó la tuerca, fenómeno atribuible a un deficiente armado, cuando se hizo la primera reparación; todo lo cual llevó adicionalmente al *ad-quem* a pronunciarse acerca de la acertada decisión del *a-quo* cuando negó la existencia del error grave de la pericia que se pretendía establecer con la objeción. Por ende, aun cuando los testigos Luis Carlos Agudelo, Orlando Zuluaga e Ignacio Tobón Castro declaran que "los daños del automotor no obedecen a vicios ocultos, sino a la falta de cuidado en el conductor y que éste no detectó las fallas oportunamente", el tribunal reitera su criterio en el sentido de que los desperfectos que hoy padece el vehículo son consecuencia de los vicios ocultos que presentaba cuando se entregó, punto de vista que respalda haciendo ver la experiencia en conducción de automotores que, según la prueba, tenía Edgar Tobón Mejía.

Retomando el concepto doctrinal de "vicio redhibitorio", el sentenciador *ad-quem* asevera, seguidamente, que como la sociedad demandada, en su calidad de concesionaria vendedora, debía conocer al tiempo del contrato las imperfecciones del automotor vendido, es pertinente imponerle la correspon-

diente indemnización en favor de los compradores actores, en orden a lo cual, una vez aborda el estudio de los requisitos que al tenor del art. 934 del C. de Co. la hacen posible, sienta las reflexiones siguientes:

"El señor Juez del conocimiento igualmente apreció las utilidades dejadas de percibir por la parte demandante durante los años de 1987, 1988, 1989, 1990 y 1991, arrojó la suma de $1.032.750.oo y que actualizada con base en la certificación del Banco de la República, una vez hechas las operaciones, ascendió a un total de $1.609.560.oo, por concepto *de lucro cesante*.

"Respecto del daño emergente, señaló el señor Juez de instancia que "se traduce en la pérdida o merma que ha sufrido el patrimonio de una persona.

"En el caso a estudio, éste se traduce en el incremento que sufrieron los demandantes con relación a la obligación contraida en el Banco Popular, la cual asciende por intereses hasta el día 5 de junio de 1991 a $1.815.549,20, lo anterior de acuerdo al dictamen pericial que reposa a folios 14 del C. No. 8, suma que actualizada sería a octubre 21, fecha probable de la sentencia, por intereses de junio a octubre al 48%, $271.200.oo, que sumado a lo anterior por intereses vencidos y no pagados la cantidad de $2.086.749,20.

"El despacho no reconoce en este rubro lo que la Institución Bancaria (sic), según expresa el abogado asesor de dicha institución, por no haber sido una prueba aportada o recepcionada legalmente (fls. 10 Cdno. No. 8).

"Resumiendo los conceptos anteriores, se tiene que los perjuicios causados a los actores ascienden a la cantidad de $4.729.059,20".

Concluye de esa forma el *ad-quem*, que "El valor de los perjuicios a que fue condenada la parte demandada, constituye fruto de un estudio cuidadoso del señor Juez de la causa, teniendo en cuenta el acervo probatorio allegado al plenario". De manera que finaliza diciendo que pese a la insistencia de los actores en un incremento en la condena por lucro cesante, "no aparecen plenamente demostrados unos perjuicios por suma superior...", por lo que se debe confirmar la sentencia apelada.

. La demanda de casación:

Tres cargos, todos por la causal primera de casación, formulan los recurrentes contra la sentencia del Tribunal. De ellos la Corte estudiará

conjuntamente los dos primeros al dar aplicación al art. 51 del Decreto 2631 de 1991, y aun cuando éstos están llamados a prosperar, como el éxito de los mismos será apenas parcial, se despachará por último el cargo tercero, edificado sobre un punto diferente.

Cargo primero:

Mediante él se acusa la sentencia de violar los artículos 1918 del C.C., 822, 932 y 934 del C. de Co., a consecuencia de errores de hecho cometidos por el tribunal al apreciar los testimonios de "Ramón Antonio López, Jairo de Jesús Botero y Belisario Osorio (sic)".

Al desarrollarlo, los recurrentes transcriben previamente las siguientes consideraciones del *a-quo*:

"Respecto de las actividades comerciales, según declaración rendida por los señores Ramón Antonio López, Jairo de Jesús Botero y Belisario Botero Osorio, quienes vendían papa al señor José Edgar Tobón, dicen en su orden 'le vendía en forma frecuente, casi cada ocho días en la cosecha de la papa... le vendía por ahí 40 bultos' (fl. 13 fte. y vto. cdno. No. 3).

"'Vendía 30 o 40 bultos, lo que iba sacando, eso no había consistencia' (fl. 14 vto. cdno. No. 3)... 'yo le vendía por ahí cincuenta bultos más o menos, eso era por ahí cada 6 meses que se arranca aquí'.

"Los señores mencionados, según se desprende de sus declaraciones, vendían el producto al señor Tobón en época de cosecha, no diario, ni quincenal ni mensual, sino cada seis meses que había cosecha, o sea, que compraba dos cosechas al año en las cantidades aproximadas ya anotadas.

"Este producto lo distribuían a Confama y almacenes Ley, según deponen los señores Marco Aurelio Arroyave y Jorge Mario García Patiño (fl. 76 a 77 vto. cdno. No. 3); cada ocho días compraban aproximadamente tres toneladas de kilo, o sea, tres mil kilos para cada una de estas empresas.

"El total de kilos recaudados en cada cosecha para la distribución serían 19.125 kilos, resultado que se obtiene de promediar lo comprado a cada una de las siguientes personas: Ramón Antonio López, 40 bultos; Jairo de Jesús Botero, 35 bultos; y Belisario Botero, 150 bultos, considerando que cada bulto

tiene 85 kilos, según nos dicen los auxiliares de la justicia en su experticio rendido (fl. 12 cdno. No. 7).

"Si la cosecha es cada seis meses, se distribuía el producto comprado (19.125 kilos) por ocho semanas, cada semana 3.000 kilos al Ley y 3.000 kilos a Confama.

"Por lo anterior y no existiendo pruebas en el proceso diferentes a las analizadas, que nos lleven al convencimiento de que la distribución se hacía diariamente, por cuanto las compras sólo se hacían cada seis meses por época de cosecha, se tomará el valor de lo dejado por percibir por parte de los demandantes en la proporción analizada...".

Explican luego los casacionistas, que el *a-quo* apreció "erróneamente" los testimonios antes señalados, dando por "ciertos hechos que no lo son", y que como el *ad-quem* confirmó en todas sus partes lo decidido por aquél, en ese mismo yerro incurrió el Tribunal cuando, referente a la indemnización de perjuicios reclamada en la demanda, exterioriza que "El valor... a que fue condenada la parte demandada, constituye fruto de un estudio cuidadoso del señor Juez de la causa, teniendo en cuenta el acervo probatorio allegado al plenario". Si se observan detenidamente las declaraciones de los testigos mencionados, prosigue, se concluye que las afirmaciones hechas por ellos se refieren a "los casos particulares de los deponentes", pero no dan margen para colegir que esas negociaciones se efectuaron solo cada 6 meses, pues, añaden, Ramón Antonio López expone que "... *vendía con frecuencia casi cada ocho días*...", circunstancia de la cual deducen los censores que "los falladores equivocaron la apreciación de la prueba e hicieron extensiva la afirmación de un deponente para toda la situación relacionada con los perjuicios".

Indican expresamente los censores que:

"Si bien es cierto que la papa tiene su ciclo de producción, que va de cuatro (4) a seis (6) meses, es decir, lo que dura la semilla para producir, no se afirma con ello que en un municipio papero como la Unión, Antioquia, sólo se comercializa papa, cada seis meses, porque ello resulta totalmente equivocado. En municipios paperos se produce papa diariamente, de manera permanente y se comercializa igualmente todos los días. En estos lugares existen grandes bodegas dedicadas al almacenamiento de este producto, el campesino, los días sábados y domingos, ofrece en el mercado el producto, bien sea puesto en la

cabecera municipal o en la finca donde es producido. Quien lo compra lo almacena en las bodegas y lo transporta al sitio donde se expende, de acuerdo con la demanda.

"Los señores Ramón Antonio López, Jairo de Jesús Botero y Belisario Botero Osorio son unos de los muchos cultivadores de papa del municipio de La Unión, como también unos de los varios que le vendan papa a mis poderdantes. Los señores Tobón y Rojas compraban papa en el municipio de La Unión todos los días sábados y domingos y en la semana siguiente la transportaban a Medellín".

"Las deducciones que permitieron a la señora Juez concluir el monto de la cifra aludida son francamente equivocadas, como que parte de la base de que el vehículo objeto del contrato materia de la litis sólo se explotaba comercialmente algunos pocos días de cada semestre, lo cual contradice evidencias probatorias como los testimonios de Jorge Mario García Patiño, Mario Aurelio Arroyave Gómez, Ramón Antonio López Cardona, Jairo de J. Botero Cardona y Belisario de J. Botero Osorio, a más de los detallados dictámenes de los expertos que no pudieron ser objeto de ataque serio que desvirtuara la contundencia de su objetiva fuerza probatoria".

"En consecuencia, como ya se ha dicho, los falladores de instancia incurrieron en error de hecho al apreciar la prueba testimonial de los señores Ramón Antonio López Cardona, Jairo de J. Botero Cardona y Belisario de J. Botero Osorio, porque le dieron pleno valor a tales manifestaciones resaltando una afirmación que no es cierta (compra de papa cada seis meses) y desconociendo el principio procesal que ordena evaluar el conjunto del acervo probatorio".

Solicitan, en consecuencia, que la Corte case la sentencia combatida en lo que atañe al "pago de la indemnización de perjuicios por lucro cesante", para que, en sede de instancia, revoque la del *a-quo* y señale el monto de la indemnización, teniendo en cuenta el dictamen pericial.

Cargo segundo:

Se le endilga a la sentencia por su conducto, la infracción indirecta de los artículos 1918 del C.C., 822, 932 y 934 del C. de Co., a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al dejar de apreciar pruebas determinadas.

Las pruebas no apreciadas, según el censor, fueron: a) los testimonios de Mario Aurelio Arroyave Gómez y Jorge Mario García Patiño; b) "Experticio"; y c) "indicios".

Lo demuestran los recurrentes transcribiendo delanteramente las reflexiones del *a-quo* citadas por ellos al iniciar el desarrollo del cargo anterior, y señalando a continuación que, tal como el *a-quo*, el *ad-quem* "no aprecia las declaraciones de los señores Marco Aurelio Arroyave Gómez y Jorge Mario García Patiño; tampoco aprecia el dictamen pericial en todo su contenido ni estimó los indicios que permiten llegar a la conclusión de que en el caso subjudice el monto de los perjuicios a título de lucro cesante es mayor al señalado en el fallo". Añaden que en igual yerro apreciativo incurrió el Tribunal al sostener en el fallo de segunda instancia que "El valor de los perjuicios a que fue condenada la parte demandada, constituye fruto de un estudio cuidadoso del señor Juez de la causa, teniendo en cuenta el acervo probatorio allegado al plenario", y al manifestar, además, que "no aparecen plenamente demostrados unos perjuicios por suma superior".

En lo que toca con los testimonios no apreciados, los impugnantes destacan cómo Marco Aurelio Arroyave Gómez declara, relativo al demandante Rodrigo Rojas Rodríguez, que "entre los dos sí había una relación de negocios, pues se le compraban más o menos 3 toneladas semanal (sic) de papa"; y cómo Jorge Mario García Patiño indica, sobre el mismo particular, que "se hizo un acuerdo para que el señor Rodrigo Rojas nos abasteciera de papa, cada 8 días y con un viaje de 3 toneladas por viaje".

Respecto de la prueba indiciaria preterida, notan que: a) de conformidad con el dictamen pericial del folio 58 del cuaderno 3, el vehículo recorrió 5.619 kilómetros entre el 27 de agosto de 1987 al 5 de noviembre del mismo año; b) que la distancia entre Medellín y la Unión es de 50 kilómetros; c) que de todas las declaraciones rendidas en el proceso, se colige que el vehículo se compró para transportar papa entre la Unión y Medellín; que la adquisición del vehículo no fue, lógicamente, para emplearlo cada 6 meses, como lo entendió el *a-quo*; y que "también la lógica elemental enseña que la cosecha de un producto no determina la necesaria concurrencia de su transporte cuando los productos no son perecederos y pueden almacenarse".

A continuación los censores transcriben lo pertinente del memorial de apelación, el cual reza:

"Ahora bien, respecto los planteamientos traídos en la sentencia para determinar el lucro cesante donde la señora juez afirma que mis poderdantes sólo vendían el producto en época de cosecha y no diariamente, ni quincenalmente, ni mensualmente, los veo equivocados.

"Si bien es cierto que la papa tiene su ciclo de producción, que va de cuatro (4) a seis (6) meses, es decir, lo que dura la semilla para producir, no se afirma con ello que en un municipio papero como La Unión, Antioquia, sólo se comercializa papa, cada seis (6) meses porque ello resulta totalmente equivocado. En municipios paperos se produce papa ciertamente, de manera permanente y se comercializa igualmente todos los días. En estos lugares existen grandes bodegas dedicadas al almacenamiento de este producto, el campesino, los días sábados y domingos, ofrecen en el mercado, el producto, bien sea, puesto en la cabecera municipal o en la finca donde es producido. Quien lo compra lo almacena en las bodegas y lo transporta al sitio donde se expende de acuerdo con la demanda.

"Los señores Ramón Antonio López, Jairo de Jesús Botero y Belisario Botero Osorio, son unos de los muchos cultivadores de papa del municipio de La Unión, como también unos de los varios que le vendían papa a mis poderdantes. Los señores Tobón y Rojas compraban papa en el municipio de La Unión todos los días sábados y domingos y en la semana siguiente la transportaban a Medellín.

"Existen hechos que demuestran a cabalidad que el vehículo transportaba papa desde La Unión a Medellín, todos los días de la semana, de lunes a sábado, cuales son:

"a) El señor Marco Aurelio Arroyave Gómez, en su declaración rendida el 17 de abril de 1987 manifiesta que 'entre los dos sí había una relación de negocios, pues se le compraban más o menos tres (3) toneladas semanal de papa'".

"b) El señor Jorge Mario García Patiño, empleado de Almacenes Ley, manifiesta: 'Conocí al señor Rodrigo Rojas en la plaza mayorista como proveedor de papa de Confama, al cual le propusimos que fuera proveedor de papa de Almacenes Ley... Se hizo un acuerdo para que el señor Rodrigo Rojas nos abasteciera de papa cada ocho días y con un viaje de tres (3) toneladas'".

"Estos dos testimonios dan certeza que el señor Rodrigo Rojas abastecía a los establecimientos Almacenes Ley y Confama, semanalmente de papa, con un viaje de tres (3) toneladas de tal producto. Por consiguiente lo que afirma la señora Juez, que la papa sólo era vendida por los demandantes, cada seis (6) meses, no tiene ningún fundamento legal.

"c) El vehículo fue comprado por mis poderdantes a ANDAR S.A., totalmente nuevo y debe entenderse que '0' kilómetros. Cuando se produjo el segundo daño del vehículo, éste tenía un recorrido de 5.619 kilómetros. La distancia que existe entre La Unión y Medellín es de cincuenta kilómetros aproximadamente, es decir, que en ida y vuelta el recorrido es de cien (100), aproximadamente. Este hecho nos indica que el vehículo hizo, aproximadamente, 56 viajes. Si tenemos en cuenta la fecha en que fue comprado el vehículo, el tiempo que duró en reparación, por el primer daño y la fecha en que dicho vehículo sufrió el segundo daño, encontramos que efectivamente el vehículo si se trabajaba de lunes a sábado transportando papa desde La Unión.

"Es que, no solamente mis poderdantes vendían papa a Confama y Almacenes Ley, la vendían a minoristas y a mayoristas de Medellín, por eso fue que el encargado de compra de verduras y legumbres de Almacenes Ley se contactó con el señor Rojas en la mayorista.

"Además, no se concibe que un vehículo tipo camión se adquiera sólo para que transporte productos cada seis (6) meses, permaneciendo el resto del tiempo estacionado, porque ello resulta antieconómico. La inversión resultaría ruinosa para los propietarios".

Finalizan su ataque los impugnantes, solicitando a la Corte que case la sentencia del Tribunal en lo atinente al pago de perjuicios "por lucro cesante", para que, en sede de instancia, revoque la del *a-quo* y señale el monto de esa indemnización teniendo en cuenta "el dictamen pericial obrante en el expediente o decretando otro...".

Se considera:

1.- Para que el error de hecho estructure ataque eficaz en casación, debe tener la connotación de evidente, fenómeno producido cuando la conclusión de los hechos sacada por el Juzgador es abiertamente contradictoria con la realidad probatoria del proceso, al punto que es fácilmente advertida pro los sentidos, y

de tal trascendencia que al hacer actuar correctamente las pruebas en que se apoya en fallo o las del acervo preteridas, la conclusión se hace necesariamente diferente, porque la del sentenciador no tiene cabida en el ámbito de la lógica o en la concreta realidad de la actuación.

Por ende, si la conclusión probatoria del juzgador se sitúa por fuera de las márgenes de persuasión ofrecidas por los diferentes medios de convicción, el yerro apreciativo es evidente, pues aquella se torna arbitraria, y da cabida a que cualquier alternativa probatoria de estas últimas propuesta por el recurrente en casación tenga que estimarse como sustitutiva obligada y, obviamente, como determinante del yerro. Por eso, la Sala ha reiterado que son las conclusiones salidas del sentido común ofrecido por la prueba, las que dan cabida a la prosperidad de esta causal de casación.

2.- Al confirmar en esta litis la sentencia del *a-quo*, el tribunal halló base exclusiva para la determinación del lucro cesante sufrido por los actores, en las declaraciones de Ramón Antonio López Cardona, Jairo de Jesús Botero Cardona y Belisario de Jesús Botero Osorio, concluyendo con fundamento en ellas que las compras de la papa, constitutiva de aquella indemnización, se efectuaba por parte de los demandantes sólo cada 6 meses, cuando era la cosecha del producto, y que por tal razón era esa periodicidad en las compras y el volumen probado de las mismas los únicos pilares para el cálculo de dicha prestación, esto es, que solamente a partir de aquellos testimonios era viable la concreción del monto de la indemnización de perjuicios por lucro cesante.

3.- Apreciados esos testimonios por la Corte, se observa lo siguiente: Ramón Antonio López Cardona expone: "Yo le estuve vendiendo una papa a Edgar cuando tenía un carro... yo trabajo en la finca del señor Abel Alzate, agregando: le vendía en forma frecuente, casi cada ocho días, en la cosecha de la papa", "le vendía por ahí cuarenta bultos, es que él me decía que le vendiera el viaje para el carro, y entonces le vendía veinte cargas..." (fl. 13 C. 3); Jairo de Jesús Botero Cardona refiere por su parte, que le vendía papa a Edgar Tobón Mejía "hace por ahí dos años... porque tenía finca, ahora no tengo... Cuando trabajaba la agricultura...", añadiendo sobre la cantidad vendida "treinta o cuarenta bultos lo que iba sacando, eso no había consistencia... yo se la vendía puesta en la finca..." (fls. 14 fte. y vto. C. 3); y Belisario de Jesús Botero Osorio, admite haberle vendido el producto al mismo comprador, especificando que "... me la compraba en la finca, puesta allá en la finca" (fl. 16 C. 3).

4.- En forma concomitante con las pruebas anteriores, Marco Aurelio Arroyave Gómez declara en el proceso (fl. 76 C. 3) que entre él, como representante de Confama para esos efectos, y el demandante Rodrigo Rojas había una relación de negocios, en virtud de la cual "se le compraban más o menos tres toneladas semanales de papa", refiriendo además que un día cualquiera del año 1987, el cual no precisa, "llegó el señor Rodrigo Rojas a mi oficina diciéndome que por el momento no me podía vender más papa porque el carro que había comprado se había dañado y estaba sin en que transportarme la papa". Sobre el mismo particular rindió declaración en el litigio Jorge Mario García Patiño (fl. 77 C. 3), refiriendo que conoció a Rodrigo Rojas "en la plaza mayoritaria como proveedor de papa de Confama, al cual le propusimos que fuera proveedor de papa del Almacén Ley, y en ese entonces me desempeñaba como comprador de frutas y verduras de Almacenes Ley"; añadiendo que "se hizo un acuerdo para que el señor Rodrigo Rojas nos abasteciera de papa, cada ocho días y con viaje de tres toneladas por viaje".

5.- Confrontada la conclusión probatoria del Tribunal con el dicho del primer grupo de testigos, no arroja ninguna duda la fidelidad objetiva con que el sentenciador apreció esas pruebas, pues ciertamente ellas demuestran, en particular, que era en época de cosecha cuando los declarantes vendían a los actores la papa que recogían y, por lo mismo, la negociación entre ellos estaba sujeta a las intermitencias de la producción, calculada en 225 bultos, vendidos así: 40, por Ramón Antonio López; 35, por Jairo de Jesús Botero; y 150 por Belisario Botero. Empero, de la anterior conclusión no puede colegirse que esas compras del producto fueron las únicas que hicieron los actores, pues esta última deducción riñe abiertamente con la realidad que surge de lo expuesto por el segundo grupo de declarantes, como quiera que si cada uno de ellos era abastecido semanalmente con un viaje aproximada de 3 toneladas del tubérculo, es porque necesariamente habían otros proveedores de los demandantes y, en consecuencia, el volumen de las compras hechas por éstos para la comercialización del producto, no podían estar limitadas y eran obligadamente superiores a los 225 bultos que calculó el tribunal como punto de partida para establecer el perjuicio por lucro cesante, sufrido por los actores.

5.- Si, como resulta acertado aseverarlo, el análisis hecho por el tribunal sobre las declaraciones del primer grupo de testigos, no le permitió llegar únicamente a la conclusión de que la capacidad de venta de estos estaba limitada a los mencionados 225 bultos de papa, sino que de ellos extrajo, además, el convencimiento adicional de que fue esa la única cantidad que los actores

adquirieron por semestre, una vez consideró que no existían "... pruebas en el proceso diferentes...", forzoso es entonces concluir que, ciertamente, se incurrió por parte del tribunal en el yerro de apreciación probatoria que se le atribuye, pues siendo lógico suponer que la capacidad de venta de los demandantes estaba cuando menos en relación directamente proporcional con su capacidad de compra, que de conformidad con las pruebas era de 144.000 kilos semestrales, aproximadamente, aquel calculó el lucro cesante teniendo en cuenta una venta de 19.125 kilos en el mismo lapso.

6.- Indica lo precedente que, cuando el tribunal decidió en la forma como lo hizo respecto de la condena por lucro cesante, pretirió las declaraciones de los testigos Marco Aurelio Arroyave y Jorge Mario García Patiño, al menos en lo concerniente al volumen de ventas hecho por los actores a Confama y a Almacenes Ley, lo cual se traduce en que la acusación es próspera.

Cargo tercero:

En este se le atribuye a la censura el quebranto indirecto de los artículos 1918 del C.C., 822, 932 y 934 del C. de Co., a consecuencia de error de hecho cometido por el tribunal al dejar de apreciar "el experticio obrante en el expediente".

La sentencia no tuvo en cuenta, explican los recurrentes al desarrollar el ataque, la producción del vehículo en el transporte de papa, pues limitó las utilidades que se reportaban de su utilización a la simple comercialización del producto, dejando por fuera de ese rubro el beneficio representado para los actores por el flete, factores ambos de la utilidad que ellos percibían y que se debieron sumar. La anterior omisión, explican, "se dio porque los falladores de instancia no valoraron el dictamen pericial donde se hicieron los estimativos pertinentes al producido del vehículo".

Consecuente con la mencionada argumentación, solicitan se case la sentencia en lo atinente a la condena por lucro cesante y se "adicione la sentencia de primera instancia para señalar la indemnización correspondiente al producto del vehículo, teniendo en cuenta el dictamen pericial obrante en el expediente o decretando otro experticio".

Se considera:

1.- La acusación no es atendible si se tiene en cuenta que no obstante la ninguna mención expresa hecha por el juzgador de segundo grado a las

utilidades que dejaron de percibir los actores por concepto de fletes con el daño del automotor, no por eso puede colegirse su ignorancia en campo de la apreciación de las pruebas, por cuanto exigiéndose por la ley que el error fáctico deber ser trascendente y estando amparados los fallos que llegan al recurso de casación en la presunción de que el derecho ha sido debidamente aplicado y las pruebas correctamente apreciadas, esta Sala ha precisado que no se incurre en dicho yerro cuando el sentenciador omite hacer mención expresa de una prueba en particular o se abstiene de apreciar las inidóneas o ineficaces.

En este sentido y referente al citado error, la Corte se expresó así en sentencia de 5 de noviembre de 1973: "Y como para que este error tenga trascendencia en casación se requiere que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que no es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces..." (G. J. CXLVII, pág. 106). También dejó dicho esta Sala que "... no se presume la ignorancia de los medios por el sentenciador, aunque éste no se refiera a ellos de modo expreso, cuando su decisión no es incongruente con lo que de los mismos resulta" (Sentencia de 31 de mayo de 1965, G. J. CXI, pág. 131).

2.- En este orden de ideas, es de ver que la prueba tendiente a establecer los perjuicios sufridos por los autores con ocasión de los hechos que narra este proceso, es decir, por los desperfectos mecánicos aparecidos en el automotor, ningún fundamento ofrece en cuanto el valor de los fletes que para ellos reportaba el transporte de papa, ni en lo atinente a los gastos que era preciso hacer para obtener aquellos, como serían, entre otros, el pago de combustibles y otros semejantes, que desde luego es pertinente deducir de tal renta.

3.- A lo anterior se suma la circunstancia de que existiendo en el proceso dos dictámenes periciales alusivos al tema en comento, el cargo debió atacar el fallo por yerro de facto en la apreciación o no apreciación de ambas pruebas, sin que la Corte pueda asociar con una sola de ellas el yerro del sentenciador, pues cuando existe pluralidad de elementos de convicción debe singularizarse el que ha sido preterido o indebidamente apreciado, como que "... no es de recibo en casación hacer referencia genérica e indeterminada al conjunto de unas pruebas, o a todas ellas; que siendo improcedente a casar la sentencia a través del planteamiento global del problema probatorio, es deber inexcusable

del recurrente singularizar cada uno de los medios que se pretenden no considerados o erróneamente apreciados por el sentenciador" (Sentencia de 3 de noviembre de 1975).

4.- El cargo, por consiguiente, no se abre paso.

A pesar de la prosperidad del cargo segundo, la Corte no proferirá a continuación la sentencia sustitutiva, al estimar necesario decretar pruebas de oficio, conforme lo dispondrá en la parte resolutiva de este fallo.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 17 de julio de 1992, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y en su lugar, como tribunal de instancia.

Resuelve:

Ordenar que por expertos se establezca el monto de la indemnización correspondiente a los actores por el exclusivo concepto de lucro cesante, a partir del segundo semestre de 1987 y luego a partir del 5 de noviembre del mismo año y hasta cuando ellos rindan su dictamen, o sea, deben hacer dos cálculos, en uno y otro evento, teniendo en cuenta: a) los dictámenes periciales que obran en el proceso (fls. 38 y 92 C. 3; 12 y 16 C. 7; 12 y 20 C. 8), en cuanto ellos lo estimen pertinente; b) que el volumen de ventas del producto (papa) fue de seis (6) toneladas semanales, aproximadamente; c) que es preciso descontar el tiempo durante el cual el vehículo, para poder ser operado normalmente, debió ser sometido a reparaciones o mantenimientos. Los peritos dictaminarán igualmente sobre el monto de la corrección monetaria correspondiente al valor del lucro cesante que determinen, calculada de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, que ellos mismos solicitarán.

Para tal efecto, se comisiona, con treinta días de término que se contarán a partir del momento en que se reciba la actuación, al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bello, Antioquia, a quien se le conceden precisas facultades para designar peritos de la lista de auxiliares de la justicia, posesionarlos y recibirles el dictamen que han de rendir dentro de los quince (15) días subsiguientes.

Por secretaría, líbrese el correspondiente despacho comisorio con copia de todo el proceso, incluyendo este fallo.

Los gastos que ocasione la prueba corren de cargo de ambas partes, en proporción de mitad.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

ERROR DE HECHO - Modalidades /
PRUEBA CONDUCENTE / PRUEBA EFICAZ

Si el error de hecho, con virtualidad suficiente para casar la sentencia recurrida, no solamente 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), sino también a demostrar que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria es contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y, que además, dicho yerro es trascendente, por cuanto fue la causa determinante de adoptar en la providencia impugnada decisiones contrarias a la legal. / No es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces para desvirtuar los hechos que otros medios de pruebas demuestran.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL /
RELACIONES SEXUALES / EXCEPTIO PLURIUM
CONSTUPRATORUM

Necesítase para reconocer la excepción "plurium constupratorum", que se demuestren a plenitud los hechos de los cuáles él puede llegar al convencimiento de que el trato carnal ocurrió precisamente en la época en que la madre concibió y no en tiempo anterior o posterior. Es suficiente la menor duda en el punto, para que no le sea posible al fallador acceder al reconocimiento de la precitada excepción.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*

Referencia: *Expediente No. 3970* *Sentencia No. 37*

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 20 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso de Leidy Dayana Yela contra Alvaro Landazuri Bastidas.

I. Antecedentes:

1. Graciela Yela Yela, en representación de la menor Leidy Dayana Yela, convocó a proceso a Alvaro Landázuri Bastidas, para que, con su citación y audiencia, se le declarase "... padre extramatrimonial..." de la precitada menor, y que, como consecuencia de tal declaración, se hiciesen los pronunciamientos respectivos; que, además, se declarase que no hay lugar a suspender los derechos de patria potestad, que sobre la indicada menor ejerce, en su condición de madre extramatrimonial.

2. La progenitora extramatrimonial de la demandante relató como supuestos fácticos de pretendida declaración de filiación extramarital los siguientes:

a) Que, conoció al demandado Alvaro Landázuri Bastidas desde su niñez, como quiera que estuvieron en el mismo colegio y se trataron siempre como compañeros y amigos; que, en septiembre de 1979, el precitado demandado le propuso relaciones amorosas, las que fueron aceptadas, entrevistándose a diario en la ciudad de Samaniego; que, tiempo después, más exactamente el 10 de diciembre de 1980, le propuso relaciones sexuales, las que igualmente fueron aceptadas, relaciones que se llevaban a efecto "... cada 15 días y cada mes"; que, como fruto de tales relaciones quedó en estado de embarazo y finalmente dio a luz a la demandante Leidy Dayana Yela "... a quien el demandado reconoce en privado"; que el precitado trato carnal se prolongó hasta el 24 de octubre de 1980, cuando se encontraba aproximadamente en el cuarto mes de embarazo; que, la menor Leidy Dayana nació prematura, razón por la cual "... dicha criatura se la mantuvo por espacio de seis meses en incubadora"; que durante el aludido embarazo "... Alvaro Landázuri Bastidas, le dio un trato

especial, demostrativo de que él era el autor del embarazo y la acompañó hasta donde el médico a una consulta para establecer su real estado''; que, al advertir sus padres el estado de gravidez, ''.. tuvo problemas en el hogar, motivo por el cual se fue de éste a la vereda 'El Bonete' a casa de una amiga de nombre Sofía, con el fin de atender allí a su hijo cuando naciera; que, estando allí, el demandado la fue a visitar y que, luego éste, junto con su padre José Felix Yela y otros familiares'', ''... fueron a la citada vereda y la convencieron de que regresara a la casa de habitación''; que, el demandado le hizo a María Isaura Narváez ''... unas confidencias... en relación con su embarazo: que, además la señora Narváez notó que éste se quedaba a dormir juntos y sabía que la criatura que esperaba era del demandado, ya que él le comentó ser el autor''; que informa que el demandado es el padre de la prenombrada menor ''... por cuanto en el tiempo que mantuvo relaciones sexuales y amorosas con él, no tuvo ninguna clase de relaciones con hombres diferentes al demandado''; que, Leidy Dayana, se encuentra bajo su cuidado personal y no existe ningún peligro físico ni moral, que la perjudique y que el padre se ha negado rotundamente a reconocerla''.

3. En su oportuna respuesta al libelo incoatorio del proceso, el demandado se opuso rotundamente al despacho favorable de las pretensiones deducidas por la menor demandante; respecto de los hechos expresó que algunos eran falsos y otros tendrían que ser probados, destacando que jamás fue compañero de curso de Graciela Yela Yela; que conoció a la familia de ésta cuando fue trasladado a trabajar como profesor en Providencia en el año de 1978, y para este tiempo Graciela no vivía con la familia, o sea ''... que ni siquiera en 1978... conocía ...'' a Graciela, a quien sólo vino a conocer en 1979, ''... esto es un año después de haber llegado a trabajar a Providencia...''; que, jamás le propuso relaciones amorosas a Graciela, ''... ni menos se veían a diario en Samaniego...'', por cuanto, ésta tenía novio y porque jamás ella estaba a diario en Samaniego; que menos le propuso relaciones sexuales, ''... toda vez que esta señorita tenía su novio en Providencia, quien era un mismo compañero de curso y que como... profesor que era del Colegio donde éstos estudiaban, conocía muy bien. Y además porque esta misma señorita... les contaba tanto a los otros compañeros de curso como a los profesores del colegio en donde estudiaban que ella tenía otro novio al cual lo quería mucho y que era el único que la satisfacía sexualmente y que se llamaba Guido León, que para ese tiempo, y esto por boca de la misma demandante (sic) que era el secretario del Colegio San Luis de Túquerres. Las relaciones que para el año de 1979 mantenía ... con la demandante (sic) fueron única y exclusivamente de amistad, como la tenía con los demás miembros de la familia Yela, con éstos con anterioridad al año en cita y con la

demandante a partir de ese año, que fue cuando llegó a estudiar a Providencia"; que en cuanto al trato durante el embarazo, lo que verdaderamente ocurrió "... fue una ocasión que la demandante llegó a Samaniego aduciendo que se encontraba enferma, pero jamás les dijo... de qué, sino que simplemente, que por favor la acompañe donde un médico", pues como vivía en Samaniego "... conocía donde se encontraban los consultorios fue y le indicó un consultorio médico el cual al parecer... era el mejor, única y exclusivamente tratando de hacerle un favor a la demandante. Pero jamás... llevó a la demandante donde el médico para establecer el estado de embarazo de ésta, toda vez que... no le dijo la señorita Vela de que se iba a hacer ver"; agregó que "jamás ha tenido relaciones amorosas con la demandante (sic), en la forma en que se afirma en los hechos de la demanda"; que "la demandante (sic) mantenía relaciones sexuales con otros hombres" y que "en una ocasión y ésto en el tiempo que ésta mantenía relaciones amorosas y sexuales con otros, y por una sola vez, la demandante se le entró en la pieza de habitación que tenía en Providencia..., exactamente dos días después de los grados del año lectivo de 1979 y mantuvieron una relación sexual"; que la madre de la demandante ".. fue conocida, para el tiempo del año de 1979, como una mujer dada al libertinaje", quien "... mantuvo relaciones amorosas y sexuales en el año de 1979 a 1980 con el señor Carlos Portilla, quien es mayor y vecino de Providencia".

Propuso, además, como excepciones de fondo la de que "durante todo el tiempo en que se presume la concepción la demandante (sic) tuvo relaciones carnales con otro hombre"; la de "imposibilidad físico biológica de la concepción y nacimiento para la época en que sucedieron los hechos y el petitum" y la "ignominada" (sic) resultante de todo hecho que demostrado en el proceso, sea legalmente suficiente para que se declare que las "... obligaciones demandadas nunca han existido o extinguidas si alguna vez existieron".

4. Agotado el trámite previsto para el proceso regulado por la Ley 75 de 1968, la primera instancia concluyó con sentencia de 3 de septiembre de 1991, denegatoria de las aspiraciones de la actora; y la segunda instancia, abierta en virtud del recurso de alzada interpuesto por ésta, culminó con sentencia de 20 de marzo de 1992, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto revocó la apelada y, en su lugar, accedió a la declaración de filiación extramatrimonial impetrada frente a Alvaro Landázuri Bastidas.

5. Contra esta última decisión el demandado interpuso, como ya se dijo, recurso de casación, impugnación que por encontrarse debidamente rituada pasa a desatarse por la Corte.

II. La sentencia impugnada y sus motivaciones

Superado el recuento de los antecedentes del litigio y de la actuación surtida en primera instancia, el Tribunal advierte, delanteramente, la ausencia de vicio procesal capaz de invalidar lo actuado, así como la cabal concurrencia de los presupuestos procesales, circunstancias que le permitieron abordar el tema de la controversia, desarrollado en los siguientes términos:

Ubica el litigio en el ámbito de la filiación extramatrimonial e identifica como presunciones alegadas para impetrar su reconocimiento judicial las distinguidas con los números 4 y 5 del artículo 6o. de la ley 75 de 1968, respecto de las cuales, luego de reproducir su texto, expresa que solamente encuentra probada la contemplada en el numeral cuarto (4o.), pues como en la siguiente "... se adujo únicamente que el demandado le dio un trato especial a la madre durante el embarazo, considera la Sala que por su inadecuada fundamentación no puede cotejarla con las probanzas que obran en el expediente, toda vez que, según el numeral 5o. de la norma citada, ese trato tuvo que prolongarse hasta el parto y así no se refirió en la demanda".

Puestas así las cosas, el sentenciador de segundo grado, luego de relacionar los presupuestos que, de conformidad con la ley, la jurisprudencia y la doctrina, son necesarios para la prosperidad de la acción de filiación extramarital, fundada en la presunción de paternidad consagrada en el numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, puntualiza que ellos aparecen cabalmente demostrados en el caso *sub-lite*, al amparo de las siguientes reflexiones:

a) Que el primer requisito, vale decir, el consistente en que el demandado tuvo relaciones sexuales con la madre de la demandante, aparece probado con fundamento "... en la confesión del propio Alvaro Landázuri Bastidas: expontánea (sic) al contestar la demanda, y provocada con base en el interrogatorio de que le formuló la parte actora y el careo que el juez ordenó oficiosamente", para lo cual, a renglón seguido, destaca los pasajes de cada una de esas piezas procesales en los que se pone de manifiesto la consumación del trato carnal entre los procitados amantes.

b) Que el segundo, tocante con la identidad de la mujer que se atribuye la maternidad de la actora y con la cual el presunto padre tuvo las mencionadas relaciones sexuales, "fue demostrado *ab initio* mediante el certificado del registro civil de nacimiento aportado como anexo de la demanda, en el cual

consta que es hija de Graciela Yela Yela. Dentro del ataque esgrimido por el demandado, ese hecho no fue dubitado, y, en consecuencia, la menor es hija de la mujer con quien Alvaro Landázury Bastidas tuvo relaciones sexuales".

c) Y el tercero, esto es, el que las confesadas relaciones sexuales entre la madre de la demandante y el presunto padre natural tuvieron lugar durante la concepción de Leidy Dayana Yela "... es evidente", si se tiene en cuenta que, habiendo nacido la actora el 10 de enero de 1981, su concepción debió producirse, según la regla del artículo 92 del Código Civil, "entre el 17 de marzo y el 15 de julio de 1980", conclusión que amplía en los siguientes términos:

"Según quedó expuesto renglones atrás, el demandado insistió en confesar que las relaciones sexuales con la madre de la menor, ocurrieron exactamente dos días después de los grados del año lectivo de 1979"; "... dos días después de haberse graduado de bachiller en el colegio de Providencia"; eso fue dos días después de un acto de graduación en providencia, eso fue en el año de 1980, más o menos a mediados (sic) del mes de julio".

"En los antecedentes que preceden estriba la utilidad de la prueba que, según auto de febrero 10 de 1992, por iniciativa de la Sala se allegó al proceso, referente a que, según oficio No. 08 calendado en Providencia, municipio de Túquerres, el rector del Colegio Nacionalizado Mixto de Providencia confirmó que Graciela Yela Yela se graduó de bachiller académico el 12 de julio de 1980, precisamente cuando el demandado trabajaba como profesor de tiempo completo en ese plantel, puesto que, de acuerdo al citado comunicado, prestó sus servicios como tal entre el 1o. de enero de 1976 hasta (sic) febrero de 1981.

"Es un hecho notorio, y por tanto no requiere prueba, que en esta zona del país los estudiantes que recibieron grado de bachiller en 1980, iniciaron el año lectivo en 1979. Por eso no hay equívoco sobre la confesión del demandado en el punto a que las relaciones sexuales del demandado con Graciela ocurrieron dos días después del año lectivo de 1979, significando con su propia expresión que ellas tuvieron lugar dos días después de la graduación realizada el 12 de julio de 1980, convicción que se traduce con mayor fuerza debido a que la ocupación habitual del demandado es la de maestro, virtualmente conocedor de la atmósfera que envuelve su trabajo. Y como si fuera poco, por dos veces más refirió que el trato sexual se realizó después de que Graciela se graduó de bachiller.

"Síguese con suficiente claridad, que habiendo ocurrido la graduación el 12 de julio de 1980, las relaciones sexuales entre el demandado y la madre de la menor -según auténtica confesión ya analizada- tuvieron lugar el 14 de julio de 1980, esto es, en las postrimerías de la época en que se produjo la concepción, pero en todo caso dentro de ella, ni antes ni después. Y si bien las relaciones carnales se dieron en el ocaso de la temporada concepcional, no puede pasar desapercibido que la menor, según el jefe del departamento de Estadística del Hospital San Pedro de Pasto, donde nació, tuvo una gestación de veintiocho semanas, lo cual robustece la deducción de que Leidy Dayana Yela fue concebida en las relaciones sexuales que el demandado confesó haber sostenido con la madre y que se patentizaron el 14 de julio de 1980. (La información del hospital obra a Fls. 84 del cuaderno principal)".

De manera que, remata el Tribunal, la demostración de la presunción de paternidad, apoyada en las relaciones sexuales de la madre de la demandante con el sedicente padre natural, no requirió de otros medios probatorios para inferirlas, por cuanto "... la confesión del presunto padre dejó al descubierto que entre él y la madre de la menor existieron relaciones sexuales, y ellas tuvieron lugar por la época de la concepción".

Demostrada, en consecuencia, la presunción de paternidad extraconyugal contemplada en el numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, el *ad-quem* pasa a ocuparse de la gestión exceptiva propuesta por el demandado, la que encuentra imprósperа por las razones allí mismo consignadas, exponiendo para despachar adversamente la primera, los siguientes planteamientos:

"Para infirmar la presunción de paternidad fundada en relaciones sexuales de la madre con el presunto padre en la época de la concepción, la ley consagra en el inciso final del ordinal 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, la excepción tradicionalmente denominada *plurium constupratorum* en cuyo evento el demandado tiene la carga de probar que en la misma época en que pudo tener lugar la concepción, la madre tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres.

"...

"...

"Las personas que declararon al lado de la parte actora, cuyos testimonios ya fueron analizados, no señalaron ningún dato referente a que Graciela Yela

se hubiera tratado sexualmente con otro u otros hombres distintos al demandado.

"Por su parte, el testigo José Edgar Morán, profesor que fue del mismo Colegio de Providencia donde estudió Graciela, y ésta fue su alumna, declaró que mantenía relaciones amorosas con el señor Carlos Portilla, a la sazón condiscípulos y de ello tenían conocimiento los estudiantes y profesores; que el mismo Carlos le comentó que Graciela era su novia, por la época de grados, reclamándole porqué la había ayudado a ella para aprobar, en tanto a él no, lo que motivó que reprobara el último año de bachillerato. Pero es enfático en señalar que las reclamaciones las hacía por celos, lo cual es apenas explicable si se repara que el propio testigo expresó que Graciela penetraba en su habitación donde se abrazaban y se besaban, pero que jamás tuvieron relaciones sexuales. Es obvio que si Carlos Portilla era novio, debía sentir sospecha que Graciela mudara su cariño hacia Morán. El testigo narró que por "comentarios", Graciela no era muy digna, pero sin explicar la razón, es decir, sin señalar qué mérito le hacía falta. Que ella misma le comentó de "aventurillas amorosas" (sic) con personas de otras ciudades, "como es el caso del secretario del colegio de Túquerres -señor Guido León- de quien en su propia terminología decía ser muy tragada" (sic) pero no pudo sostener que con tal persona Graciela sostenía relaciones sexuales, como tampoco atestiguó que las hubiera tenido con Carlos Portilla. No existe en la declaración del testigo absolutamente nada que ponga en vilo siquiera la existencia de relaciones sexuales de Graciela con hombre u hombres distintos al demandado. Tampoco se advierte esa circunstancia del testimonio que rindió Edmundo Maximiliano Chamorro Morillo, quien apenas conoció a la pareja, porque también fue profesor de ellos, pero ni siquiera supo que Carlos Portilla y Graciela Yela hubieran sido novios.

"Merece especial atención el testimonio que rindió el señor Carlos Alfredo Portilla Yela, señalado por el demandado como la persona con quien Graciela Yela tuvo relaciones sexuales en la época de la concepción de la menor. En la audiencia celebrada para ratificar la versión extra proceso, comenzó diciendo que conoce a Alvaro Landázury Bastidas por cuanto fue su profesor, y a Graciela por cuanto con ella tuvo relaciones de amor, cuando estudiaban juntos, en los años de 1979 y 1980; y que por los mismos tiempos tuvo con ella relaciones sexuales, pero sin recordar desde cuándo y hasta qué fecha. Expresa que desde que terminaron las clases, pero no dando a entender con ello que tuvieron relaciones sexuales hasta cuando dejaron de verse. La misma persona que le avisó el embarazo de Graciela, lo disuadió acerca de que él no era el autor,

sino que ya decía que era el demandado. Expresó que por comentarios generales de la gente, Graciela no tenía buena conducta moral y social, lo cual es poco creíble si se repara que no es a él a quien le consta directamente, ni menciona por qué hechos se le puede cuestionar el comportamiento a ella. Y hace entrever que tenía amoríos con el profesor Edgar Morán, lo que hace pensar que efectivamente los reclamos que a éste hacía, según lo refirió Morán, sí eran precedidos de rivalidad. Es irrelevante la referencia sobre que al mismo tiempo en que se trataba sexualmente con él, Graciela lo hacía con otros hombres, por cuanto, repítese, no recuerdo cuando comenzaron ni terminaron dichas relaciones.

"Pero las aseveraciones de Carlos Arturo Portilla, relativas a que tuvo relaciones sexuales con Graciela Yela sin precisar desde cuando y hasta cuando, sufrieron una trascendental decadencia en la audiencia sobre confrontación de su testimonio con la postura que desde el comienzo del proceso asumió la mujer. Ella le encaró que jamás tuvo relaciones sexuales con él, lo que ocasionó que la declaración de él se tornara más mesurada, porque entonces Carlos Alfredo dio explicación acerca de que el noviazgo con Graciela fue a comienzos del año lectivo de 1979, cuando ambos cursaban sexto año de bachillerato y tuvieron relaciones sexuales que duraron un mes no más. Cuánto que redujo! Pero a pesar de ello, Graciela volvió a increparle que es mentira, y entonces, afloró un dato importantísimo, tocante a que "las relaciones ocurrieron antes de los nueve meses anteriores a que naciera la menor". Esta frase es significativa de que si evidentemente ocurrieron tales relaciones, en todo caso fueron con suficiente anterioridad a la época en que se produjo la concepción de la menor. Y aún así, Graciela volvió a desmentirlo con una locución rebosante de llaneza, como que esa expresión natural del pensamiento, marchita la serie de aserciones de su interlocutor: 'vos pareces que confundes un beso con una relación sexual'.

"Por otra parte, los resultados de los exámenes de genética, a pesar de ser compatibles con Carlos Alfredo Portilla, lo fueron así mismo, con el demandado. Ello es apenas justificable por la enorme posibilidad de que varios individuos tengan las mismas fórmulas genéticas. Pero además, tales exámenes fueron apenas el resultado del estudio de los grupos sanguíneos de la menor, la madre, el demandado y Carlos Alfredo Portilla, que no permiten excluir ni afirmar la paternidad por sí solos. Más bien hacen suponerla contra el demandado, puesto que ya quedó establecido que las relaciones sexuales de él con la madre tuvieron ocurrencia dentro de la época en que se produjo la concepción, y, de suyo, es un buen indicio para fortificar la prosperidad de la demanda. Y no sobra añadir

que a pesar de haberse decretado, la prueba solicitada sobre estudios con HLA -sigla que se emplea para designar los antígenos de histocompatibilidad- no se practicó, siendo de gran utilidad en los análisis de paternidad porque el estudio de los tejidos orgánicos con el origen de la especie y los antecedentes hereditarios, sí auxilia a la ciencia jurídica en un alto índice de aseverar que el presunto padre no lo es en verdad. Desde luego que esa prueba no es la que la ley ordena con carácter obligatorio en esta clase de negocios.

"En resumen, no se demostró que la madre, en la época en que pudo tener lugar la concepción de la menor, sostuvo relaciones sexuales con hombre u hombres distintos al demandado, y, por consiguiente, la proposición que se deduce, es el rechazo de la excepción".

III. El recurso extraordinario:

En un cargo compendia el demandado su inconformidad con la sentencia precedentemente resumida, ubicado en el ámbito de la causal primera de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en el que denuncia que tal providencia es violatoria de la ley sustancial, como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el *ad-quem* en la apreciación de las pruebas.

En el desarrollo de la impugnación el censor precisa que el tribunal desacertó al considerar que Graciela Yela Yela no tuvo relaciones sexuales con individuo diferente a él, durante la época de la concepción de la demandante, esto es, entre el 17 de marzo y 15 de julio de 1980, por cuanto "... adulteró la objetividad del testimonio del señor Carlos Alfredo Portilla Yela al cercenarle su real contenido...", imputación que concreta en los siguientes términos:

"Al efecto, en la declaración rendida extraprocesalmente el día 20 de octubre de 1988 ante el señor Juez Promiscuo del Circuito de Samaniego (Fls. 9 y 10 del Cdno. ppal.) el señor Portilla Yela al contestar el punto quinto y sexto del cuestionario que le propuso el demandado, manifestó de manera categórica: Es verdad que todo el mundo, es decir la gente que residía (sic) en Providencia conocía (sic) las relaciones amorosas de mi persona con la señorita Graciela Yela Yela y fue durante el año lectivo de 1979 a 1980 cuando cursábamos (sic) sexto de bachillerato en el Colegio Departamental de Providencia.... Es verdad que las relaciones amorosas que manteníamos (sic) con la señora Graciela Yela se convirtieron en sexuales durante su tiempo de romance, el cual fue en el

período que yo ya (sic) mencioné (sic) o sea desde el año de 1979 a 1980, no recuerdo exactamente (sic) en qué época fueron, pero sí el año en que estudiamos' ".

"De igual manera, en la audiencia del 7 de diciembre de 1989 (sic) celebrada en el Juzgado Promiscuo de Menores de Túquerres para ratificar la versión extraproceso al responder el punto quinto del cuestionario que le fue sometido, el señor Carlos Alfredo Portilla Yela, reiteró: 'Como ya dije antes, sí en verdad durante el año lectivo de 1979 a 1980, mantuve relaciones amorosas y sexuales con la señorita Graciela Yela Yela, también fuimos compañeros de curso y nuestras relaciones eran conocidas por la mayoría de profesores y alumnos del colegio; como también de las demás gentes del lugar de (sic) donde somos vecinos' ".

"2. A pesar de que este testimonio es responsivo, guarda uniformidad, coherencia y firmeza en cuanto es verdad que el señor Carlos Alfredo Portilla tuvo relaciones sexuales durante el año lectivo de 1979 a 1980 (el cual terminó con el acto de graduación de bachilleres del colegio nacionalizado mixto de Providencia el 12 de julio de 1980, según el oficio No. 08 de febrero 24 de 1991, que dirigió el rector de dicho establecimiento al Tribunal), y que como lo reconoce el tribunal es un hecho notorio que en esta zona del país el año lectivo inicia en el mes de septiembre y termina en el mes de julio del año siguiente, el *ad-quem* tuvo por demostrado que en la época que pudo tener lugar la concepción de la menor Leidy Dayana, la madre Graciela Yela Yela no sostuvo relaciones con hombres distintos al demandado".

Y después de transcribir los párrafos pertinentes de la sentencia proferida por esta Corporación el 13 de agosto de 1979, acerca de las pruebas requeridas para fundar la declaración de paternidad natural con fundamento en la presunción de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, por la época de la concepción del hijo, el censor asevera que "la misma prueba que se exige para declarar la paternidad derivada de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre durante la época en que según el artículo 92 del C.C. se presume ocurrida la concepción del hijo, se le requiere también para probar la *exceptio plurium constupratorum*, o sea, las relaciones carnales de la mujer con otro hombre en esa misma época. De tal suerte que el testimonio del señor Carlos Alfredo Portilla Yela ofrece todos los requisitos para declarar probada la *exceptio plurium constupratorum* y el tribunal mutiló su real contenido y lo llevó a no tener por demostrado que la señorita Graciela Yela Yela sostuvo

relaciones sexuales con hombre distinto al demandado en la época en que pudo tener lugar la concepción de Leidy Dayana con la cual habría denegado la paternidad de la menor Leidy Dayana contra el señor Alvaro Landázuri Bastidas".

De consiguiente, prosigue la censura, "al incurrir el Honorable Tribunal Superior de Pasto en error de hecho en la apreciación del testimonio del señor Carlos Alfredo Portilla Yela y llevarlo a considerar que la señorita Graciela Yela Yela no tuvo relaciones sexuales con individuo diferente al demandado Alvaro Landázuri Bastidas, condujo a dicha Corporación a violar por aplicación indebida el inciso primero del numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, el artículo 92 del Código Civil y el artículo 1o. del Decreto 2820 de 1974 que modificó el artículo 62 del Código Civil y por falta de aplicación al inciso final del numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968".

Consideraciones:

1. *Si el error de hecho, con virtualidad suficiente para casar la sentencia recurrida, no solamente 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), sino también a demostrar que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria es contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y, que además, dicho yerro es trascendente, por cuanto fue la causa determinante de adoptar en la providencia impugnada decisiones contrarias a la legal, resulta imperioso afirmar que no es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces para desvirtuar los hechos que otros medios de pruebas demuestran.*

2. En el caso de este proceso, el sentenciador de segundo grado, tomando apoyo en la confesión del demandado, contenida en el escrito de respuesta a la demanda, no solamente estableció la existencia de relaciones sexuales entre la madre de la demandante y el demandado, sino que, además, éstas tuvieron lugar, justamente por la época, en que según el artículo 92 del Código Civil se presume, tuvo lugar la concepción de la actora, pues en el punto destacó, con

absoluta claridad que "en el asunto que la Sala está decidiendo, se llega a la presunción de paternidad, por el rumbo de la primera vía, porque sin necesidad de inferirlas por otros medios probatorios, la confesión del presunto padre dejó al descubierto que entre él y la madre de la menor existieron relaciones sexuales, *y ellas tuvieron lugar en la época de la concepción*". (Subraya la Sala).

3. Pero, como el demandado, al responder el libelo incoatorio del proceso, no solamente confesó la existencia del trato carnal con la madre de la demandante, por la época en que se presume la concepción de ésta, sino que, para impedir la declaración de filiación extramatrimonial que de tal confesión pudiera derivarse, propuso la excepción de pluralidad de relaciones sexuales, por la misma época, de la madre de la actora con otro hombre, precisamente con Carlos Alfredo Portilla Yela, el Tribunal detuvo su atención en el testimonio rendido por esta persona para ratificar el vertido extraproceso, que desechó por ineficaz para desvirtuar los hechos que otros medios de prueba, particularmente la diligencia de careo realizada con la madre de la demandante, demostraban, pues como se deduce del pasaje correspondiente de la sentencia recurrida, afirmó que "las aseveraciones de Carlos Alfredo Portilla, relativas a que tuvo relaciones sexuales con Graciela Yela sin precisar desde cuando y hasta cuando, *sufrieron una trascendental decadencia en la audiencia sobre confrontación de su testimonio con la postura que desde el comienzo del proceso asumió la mujer...*", pues allí "...ella le encaró que jamás tuvo relaciones sexuales con él, *lo que ocasionó que la declaración de él se tornara más mesurada, porque entonces Carlos Alfredo dio explicación acerca de que el noviazgo con Graciela fue a comienzos del año lectivo de 1979, cuando ambos cursaban sexto de bachillerato y que tuvieron relaciones sexuales que duraron un mes no más...*"; que a pesar de tal precisión "... Graciela volvió a increparle que es mentira, y entonces, afloró un dato importantísimo, tocante a que *Las relaciones sexuales ocurrieron antes de los nueve meses anteriores a que naciera la menor*", frase con la cual el *ad-quem* concluyó que "... si evidentemente ocurrieron tales relaciones, en todo caso fueron con suficiente anterioridad a la concepción de la menor...". (Subrayado de la Sala).

4. Tal conclusión, que ningún reparo probatorio le mereció al recurrente, pone de manifiesto, sin necesidad de mayor esfuerzo mental, que el *ad-quem* no incurrió en yerro de facto alguno en la apreciación del testimonio de Carlos Alfredo Portilla Yela, ni menos aún en la modalidad denunciada por el censor, por cuanto no aparece que el sentenciador de segunda instancia, al analizarla, le hubiese cercenado "... su real contenido...", sino que observándola en la

plenitud de su objetividad, concluyó que la firmeza de las iniciales aseveraciones acerca de que el trato sexual del declarante con la madre se llevó a cabo igualmente durante la época de la concepción de la demandante, sustento medular del cargo, desapareció ante la confrontación que soportó el susodicho declarante con la madre de la demandante, para aún con la persistente oposición de la madre, dejar reducidas las confesadas relaciones sexuales al lapso de un mes, pero ocurridas en todo caso, con anterioridad a la época en que se presume, tuvo lugar la concepción de la demandante, relaciones sexuales que, como es obvio, son inocuas para fundar el reconocimiento de la *excepción "'plurium constupratorum"*, por cuanto, según palabras de la Corte "*... necesítase, para reconocer la mentada excepción, que se demuestren a plenitud los hechos de los cuales él puede llegar lógicamente al convencimiento de que el trato carnal ocurrió precisamente en la época en que la madre concibió y no en tiempo anterior o posterior. Es suficiente la menor duda en el punto, para que no le sea posible al fallador acceder al reconocimiento de la excepción plurium constupratorum*". (G. J. CLII, primera parte, 514).

5. De contera, establécese que la crítica probatoria consignada en el cargo cae en el vacío, pues el pilar fundamental para despachar adversamente la gestión exceptiva en el punto, no lo constituyó la errada apreciación del testimonio de Carlos Alfredo Portilla Yela, fugaz amante de Graciela Yela Yela, sino el ponderado análisis que realizó sobre la diligencia de careo que enfrentó a aquél con ésta, el cual concluyó con el resultado fáctico anotado, respecto del cual el recurrente, como ya se anotó, no edificó censura alguna.

6. De consiguiente, la sentencia impugnada no quebrantó ninguno de los preceptos legales invocados en el cargo, pues permaneciendo incólumes las bases fácticas sobre las que construyó la declaración de filiación extramatrimonial impetrada por Leidy Dayana Yela frente a Alvaro Landázuri Bastidas, se hacía imperiosa la aplicación del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, con fundamento en la presunción de paternidad natural contemplada en el numeral cuarto, y, absolutamente inaplicable el inciso final del mismo numeral del precitado artículo de la Ley 75 de 1968.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 20 de marzo de 1992, proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso de Leidy Dayana Yela, representada por Graciela Yela Yela, contra Alvaro Landázuri Bastidas.

Condénase al demandado recurrente a pagar las costas causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al tribunal de origen.

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

BUENA FE / ACCION DE RECOBRO / ACCION REIVINDICATORIA / ACCESION / DERECHO REAL / DOMINIO / POSESION / PRESCRIPCION

Buena o mala fe, según la posición en que se encuentre el dueño del predio, en relación con los dos supuestos de que trata el art. 739 del C.C. / En qué consiste la acción de recobro. / Junto con la de dominio o reivindicatoria, la acción de reintegración o de simple recobro, aparte de constituir uno de los medios adecuados para resolver cuestiones de accesión industrial, es igualmente una de las maneras o vías legales para atender a la defensa jurídica del derecho de propiedad. / La acción de recobro prevista en el artículo 739 del Código Civil, al igual que acontece con la acción reivindicatoria, y como se predica asimismo del derecho real de dominio que las dos tienen por finalidad tutelar, no se extingue por el sólo transcurso del tiempo. Para que ello ocurra es necesario que un tercero pruebe posesión regular o irregular por espacio de diez o veinte años tratándose de inmuebles, es decir que demuestre haber reunido los requisitos indispensables para adquirir la propiedad por efecto de la usucapión.

Corte Suprema de Justicia. — *Sala de Casación Civil.* — Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: *Expediente No. 3586* *Sentencia No. 38*

Procede la Corte a dictar sentencia sustitutiva de la que con fecha once (11) de julio de 1988 profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena para ponerle fin en segunda instancia al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por ALFREDO TATIS ACOSTA contra CARLOS ARTURO VELASQUEZ PEREIRA, sentencia esta última casada por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo del pasado diecinueve (19) de abril de 1993.

I. Antecedentes:

1. Ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena y mediante escrito sometido a reparto el día trece (13) de diciembre de 1979, ALFREDO TATIS ACOSTA solicitó por intermedio de mandatario judicial que en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se hagan los siguientes pronunciamientos: "Que se le restituya (...) un terreno o solar de su propiedad ubicado en la ciudad de Cartagena en la calle Larga del barrio El Bosque, sector de Las Lomas, que es el cuarto de la hilera izquierda, entrando a dicha calle por la avenida Carlos Arturo Torres, marcado con el número 19 y distinguido con los siguientes linderos y medidas: FRENTE, calle Larga en medio con el lote Núm. 4 y mide 14 mts. DERECHA con el lote 20 que es o que fue de propiedad de la señora Perfecta Saya de Banquez y mide 22 metros con 60 centímetros. IZQUIERDA con el lote núm. 18 hoy de propiedad de Carlos Arturo Velásquez Pereira y mide 22 metros con 60 centímetros. FONDO con propiedad que es o que fue de Luis Maturana Cano y mide 14 metros. Que previo el pago correspondiente (...) ALFREDO TATIS ACOSTA se haga dueño de una edificación de propiedad del demandado que se encuentra levantada en el lote antes descrito y cuyas especificaciones son: Una casa de paredes de bloques de cemento, techo de tejas, compuestas de terraza, sala, comedor y tres recámaras. Que se condene al demandado a pagar las costas y gastos del proceso ...".

Invocando expresamente el artículo 739 del Código Civil, el actor fundamentó las pretensiones anteriores en los hechos que a continuación se resumen:

a) Mediante la escritura pública 418 otorgada ante el Notario Primero del Círculo de Cartagena con fecha cuatro (4) de abril de 1952, debidamente inscrita en el registro inmobiliario, adquirió el inmueble referido cuyos linderos y demás particularidades se dejaron indicadas y que además fueron objeto de comprobación por la Oficina Seccional de Catastro de Bolívar con fecha 14 de abril de 1964. b) No obstante ello, el demandado CARLOS ARTURO VELASQUEZ PEREIRA, "... sin el consentimiento del dueño...", edificó sobre dicho predio la casa de habitación también descrita en el capítulo petitorio de la demanda. c) En fin, el día 22 de septiembre de 1964 el demandante y el mismo demandado CARLOS ARTURO VELASQUEZ PEREIRA suscribieron un documento privado "... debidamente autenticado ..." en el cual, el último, hizo un reconocimiento expreso de la situación de hecho recién descrita, comprometiéndose a permutar el inmueble del actor con otro de su propiedad ubicado en el mismo sector, cosa que nunca llegó a ocurrir.

2. El demandado, una vez creado el lazo de instancia y obrando por conducto de apoderado, contestó la demanda negando los hechos y proponiendo varias defensas que bien pueden recapitularse del siguiente modo: a) "Falta de derecho para pedir" por cuanto el bien descrito "... en el petitum de la demanda ..." no es el mismo del cual es poseedor el demandado y "... para que prospere la acción reivindicatoria se necesita, entre otros requisitos esenciales, la identidad de los inmuebles, lo que no existe siquiera entre la prueba y el petitum de la demanda ..."; b) "Prescripción adquisitiva de dominio" ya que el opositor compró el bien descrito en la escritura pública 766 de 23 de diciembre de 1959 otorgada en la Notaría 3a. de Cartagena y, de buena fe, viene poseyéndolo desde hace más de diez años, luego debe operar en su favor la prescripción adquisitiva ordinaria; y c) Finalmente la "Prescripción extintiva de la acción del demandante", excepción que apoya en el hecho de que según el título exhibido por el actor, compró en 1952 y han transcurrido más de veinte años sin haber exigido la restitución del inmueble.

II. La sentencia de primera instancia:

Con fecha quince (15) de junio de 1987 el Juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia del proceso mediante decisión desestimatoria de las pretensiones del actor, decisión que se presenta sustentada en dos consideraciones fundamentales, a saber: La primera, que la entablada en este caso específico fue la acción reivindicatoria definida por el artículo 946 del Código Civil, de manera que para "descifrar este asunto" es preciso comprobar si se reúnen o no los requisitos para que se configure dicha acción, entre ellos el de "identidad entre la cosa que pretende el actor y la poseída por el opositor ..."; y la segunda de aquellas consideraciones es que esta última exigencia no se cumple, de donde se sigue que la sentencia debe negar las pretensiones por esa razón y queda el juzgador eximido de examinar las defensas que con referencia a la prescripción en su doble modalidad, formuló el demandado en su escrito de contestación.

III. El recurso de apelación y consideraciones de la Corte:

Inconforme la parte demandante interpuso el recurso de apelación para que sea revocada la sentencia y se condene al demandado de acuerdo con lo pedido en el escrito que al proceso le dio principio, argumentando en justificación de su solicitud que el juzgado se equivocó al tener por no probada la identidad del bien raíz materia de restitución. "... El hecho de que los colindantes cambien

-afirma el recurrente- no significa que no se trate del mismo bien. Hoy puede ser uno el propietario de la derecha y mañana otro. La propiedad cambia y siempre es necesario actualizar los linderos del inmueble ...", agregando que de otro lado "... entre la fecha de la escritura y la inspección judicial transcurrió un término mayor de veinte años por lo cual cambiaron los colindantes y aun las medidas pero en un margen muy pequeño que permite creer que se trata de errores naturales de medición ...", por lo que concluye que "... es claro que la parte demandada no probó que se trata de otro inmueble ..." (cfr. fls. 57 y 58 del cuaderno 1).

Puestas en este punto las cosas y en el entendido que la existencia de esa identidad echada de menos por el juzgado en su providencia, es ahora, por fuerza de los motivos expuestos a espacio en sede de casación para infirmar la sentencia de segunda instancia, firme soporte para el pronunciamiento sustitutivo que habrá de proferirse, procede entonces la Corte a resolver acerca del mérito de la acción incoada y de las excepciones contra ella deducidas, propósito en cuya virtud se considera:

1. Como quedó dicho al despachar el único cargo formulado en casación, el cual alcanzó prosperidad, *el artículo 739 del Código Civil contempla dos supuestos distintos "... según que la posición en que se encuentre el dueño del predio pueda catalogarse de buena o de mala fe, entendiendo el legislador que hay buena fe en aquél cuando ha sido diligente en orden a desvanecer la pretensión del constructor al atribuirse título legítimo para edificar, mientras que por el contrario será de mala fe si le es imputable una conducta en tal sentido omisiva e interpretable como asentimiento o tolerancia, idea esta última que el texto citado expresa exigiendo, en su inciso segundo, que la obra se haya efectuado ... a ciencia y paciencia del dueño del terreno...". Y así, de acuerdo con este principio, el segundo inciso de aquél precepto consagra en favor del propietario del terreno en el que otro incorpora sus materiales, plantas o semillas, el derecho a recobrar el predio pero mediando desde luego, derivada de su tácito consentimiento, una obligación indiscutiblemente justa que es la de sufragar el valor del edificio, plantación o sementera, de suerte que como lo tiene dicho la Corte "... no se trata en este evento de una acción reivindicatoria puesto que el dueño del terreno se considera como poseedor de él y el edificador o plantador no le disputa a este propietario su derecho de dominio. La acción en este caso es simplemente de recobro para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o si se quiere mero retenedor de la misma, sea obligado a restituirla después que se le pague el*

valor de las mejoras sin necesidad de averiguar la calidad jurídica de su fe ...", lo que significa entonces que el segundo inciso del artículo 739 del Código Civil, frente a circunstancias fácticas de la índole de las descritas en el escrito de demanda que al presente proceso le dio comienzo, le da al constructor el derecho de "... conservar la posesión del edificio y la tenencia del terreno donde fue construido, mientras el dueño de este no le pague el valor de aquél. Así, cuando el dueño del terreno paga el valor de la cosa, no adquiere, el dominio del edificio pues le corresponde en virtud de la accesión; con el pago, simplemente recobra la tenencia del terreno y adquiere la posesión del edificio. La razón es muy clara: el hecho de que esa construcción se haya levantado con el consentimiento del dueño, implica que el constructor reconoce ese dominio (...) en tanto sobre el edificio levantado a sus expensas y en razón de tal consentimiento, el constructor sí tiene verdadera posesión ..." (G.J. Tomos LXII, pág. 731, LXXIII, pág. 183, y CLV, pág. 269 entre otras).

2. En este orden de ideas y siguiendo también marcados derroteros de jurisprudencia, bien puede decirse que *junto con la de dominio o reivindicatoria, la acción de reintegración o de simple recobro a la que viene haciéndose referencia, aparte de constituir uno de los medios adecuados para resolver cuestiones de accesión industrial, es igualmente "... una de las maneras o vías legales para atender a la defensa jurídica del derecho de propiedad..." (G.J. Num. 1950, pág. 751) y por lo tanto, desde la perspectiva del régimen aplicable a la prescripción extintiva que es lo que a estas alturas importa destacar, existe entre ambas apreciable similitud pues se trata sin duda de verdaderas "acciones propietarias", es decir de acciones de las que al tenor del artículo 2538 del Código Civil no puede predicarse que de este modo se han extinguido sino en la medida en que, fundada en la posesión de otra persona unida a otros requisitos de mayor o menor complejidad, tenga operancia, aun cuando sea apenas virtual, la prescripción adquisitiva del correspondiente derecho.* Dicho en otras palabras, *la acción de recobro prevista en el artículo 739 del Código Civil, al igual que acontece con la acción reivindicatoria (G.J. Tomo CXI, págs. 102 y 109), y como se predica asimismo del derecho real de dominio que las dos tienen por finalidad tutelar, no se extingue por el sólo transcurso del tiempo. Para que ello ocurra es necesario que un tercero pruebe posesión regular o irregular por espacio de diez o veinte años tratándose de inmuebles, es decir que demuestre haber reunido los requisitos indispensables para adquirir la propiedad por efecto de la usucapión, habida cuenta que de no entenderse así la cuestión y acogerse una solución*

diferente, indefectiblemente se caería en el absurdo consistente en tener por extinguida la posibilidad de recobro y con ella el dominio que protege, frente a una situación precaria de simple detentación que en tanto subsista como tal y no se transforme en verdadera posesión por efecto de la denominada "interversio possessionis", no puede llegar a ser propiedad, pero que de hecho quedaría amparada como si lo fuera ante la extinción de aquella posibilidad de recobro.

Establecido, pues, que la inercia o inactividad del propietario en cuanto atañe al ejercicio de su acción de recobro, únicamente tiene sentido, en términos de prescripción naturalmente, ante la plena demostración de una situación posesoria del edificador con la calidad indicada en el párrafo precedente, vale decir ante la presencia activa de una verdadera posesión ad usucapionem, lo primero que importa destacar, entonces, es que en el caso presente ese supuesto de suyo exigente desde el punto de vista probatorio, no puede tenerse por cumplido y en consecuencia las dos excepciones propuestas, apoyadas en la prescripción, no pueden alcanzar prosperidad. En efecto, desde el mes de septiembre de 1964 (cfr. documento privado visible a folios 2 y 3 del cuaderno 1) el demandado CARLOS ARTURO VELASQUEZ PEREIRA fue explícito en aceptar que a sus propias expensas construyó una casa de habitación sobre un predio vecino de propiedad del actor ALFREDO TATIS ACOSTA, predio que también en ese documento se describe y que es el mismo cuya restitución se solicita en la demanda, luego en estas circunstancias resulta incuestionable el reconocimiento de su condición de tenedor precario del inmueble y, como es bien sabido ya que de modo constante lo tiene dicho la jurisprudencia, por principio "... el tenedor precario está imposibilitado para mudar la mera tenencia en posesión; ello exige la intervención de un título proveniente de un tercero que, considerándose también dueño, le confiere la posesión (...) y le de una base a su declaración de que ejerce la posesión como dueño. Pero sólo desde el momento en que ocurra la intervención mencionada podrá oponer esa nueva situación jurídica a la posesión de aquél cuyo dominio siempre ha reconocido ..." (G.J. Tomo LXXXV, pág. 14), prueba que desde luego era de cargo del demandado suministrarla para sustentar su defensa y que por completo se echa de menos en los autos.

3. Una segunda apreciación por hacer también con referencia al caso concreto de cuyo estudio viene ocupándose la Corte en esta providencia, es que ante la viabilidad de la acción incoada, sin duda alguna la forma de impedir que en perjuicio del demandado y para ventaja indebida del demandante se pierda

tanto el capital como el trabajo incorporados al inmueble por el primero, es la señalada por el último inciso del artículo 739 del Código Civil tantas veces mencionado, no obstante que en su demanda el segundo haya manifestado que "... sin su consentimiento" (cfr. folio 16 del cuaderno 1) se levantó la construcción. La realidad de las cosas demuestra que esta afirmación, además de irrelevante porque es el mismo demandante en su libelo el que se declara dispuesto a pagar el valor de la edificación, es del todo injustificada pues lo cierto es que efectuada públicamente la construcción por el demandado CARLOS ARTURO VELASQUEZ PEREIRA y traducida ella en actos ostensibles que bien pudieron comprobarse mediante simple observación, debe presumirse en sana lógica que se hicieron a vista y ciencia del propietario cuya omisión, calculada o no, no puede en manera alguna premiarse.

Por eso, acreditado como se encuentra que el demandado efectivamente edificó en terreno de propiedad del actor sin la oportuna oposición por parte de este último, por mandato del artículo 739 del Código Civil tiene aquél el derecho a que se le pague el valor actual de lo allí construido, valor que según tasación pericial practicada por iniciativa oficiosa de esta corporación y no discutida por ninguno de los litigantes (cfr. fls. 138 a 144 de este cuaderno), se fijó en la suma nominal de cuatro millones sesenta y dos mil seiscientos pesos ($4.062.600), y que en guarda de la equidad pues se trata de eliminar el riesgo de un eventual enriquecimiento sin causa a expensas del demandado, como lo exigen los artículos 4, 5 y 8 de la Ley 153 de 1887 leídos en concordancia con el artículo 230 de la Constitución Nacional, ha de ser cubierto con el reajuste por la depreciación monetaria que de acuerdo con las variaciones en los índices de precios al consumidor debidamente certificadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -D.A.N.E.-, se produzca a partir de la fecha en que tuvo lugar el avalúo mencionado, circunstancia que para efectos de la liquidación correspondiente, es de cargo del demandado demostrar por el procedimiento que señala con tal fin el segundo inciso del artículo 339 del Código de Procedimiento Civil.

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, REVOCA en todas sus partes la sentencia de fecha quince (15) de junio de 1987 proferida en el proceso ordinario de ALFREDO TATIS ACOSTA contra CARLOS ARTURO

VELASQUEZ PEREIRA por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena, y en su lugar RESUELVE:

Primero- DESESTIMAR por falta de fundamento las excepciones de mérito formuladas por el demandado en el escrito de contestación de la demanda.

Segundo- CONDENAR al demandado CARLOS ARTURO VELASQUEZ PEREIRA a restituirle al demandante ALFREDO TATIS ACOSTA un predio urbano de propiedad de este último, situado en la ciudad de Cartagena (Bolívar) en la Calle Larga del Barrio El Bosque, sector de Las Lomas que es el cuarto de la hilera izquierda entrando a dicha calle por la Avenida Carlos Arturo Torres, marcado con el número diecinueve (19) y distinguido con los siguientes linderos: FRENTE, Calle Larga de por medio con el lote Num. 4 en extensión de catorce metros; DERECHA con el lote num. 20 que es o fue propiedad de la señora Perfecta Saya de Banquez en extensión de veintidós metros con sesenta centímetros; IZQUIERDA con el lote num. 18 de propiedad de Carlos Arturo Velásquez Pereira en extensión también de veintidós metros con sesenta centímetros; y FONDO en catorce metros con propiedad que es o fue del Luis Maturana Cano.

Tercero- DECLARAR que el mismo demandado CARLOS ARTURO VELASQUEZ PEREIRA, en su calidad de edificador en los términos del inciso segundo del artículo 739 del Código Civil, tiene derecho a que se le pague la cantidad de cuatro millones sesenta y dos mil seiscientos pesos ($4.062.600) moneda legal colombiana que corresponde al valor de las edificaciones por él levantadas en dicho inmueble.

Esta prestación se cumplirá por el demandante con el reajuste por la depreciación monetaria mensual que respecto de dicha suma y desde el día diecinueve (19) de agosto de 1993, se haya producido y en el futuro se produzca hasta que el pago total se efectúe, depreciación que en orden a la correspondiente liquidación, se acreditará del modo que se indica en la parte expositiva de esta providencia y mediante el procedimiento previsto en el segundo inciso del artículo 339 del Código de Procedimiento Civil.

Cuarto- RECONOCER al demandado CARLOS ARTURO VELASQUEZ PEREIRA el derecho de retención hasta cuando el demandante le pague el valor de las prestaciones fijadas en el numeral precedente.

Quinto- Imponerle al demandado la obligación de pagar las costas causadas en ambas instancias. Tásense en su oportunidad.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN SU MOMENTO DEVUELVASE LA ACTUACION AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

REVISION / NULIDAD PROCESAL / INDEBIDA NOTIFICACION / EMPLAZAMIENTO / DERECIO DE DEFENSA / PRESCRIPCION ADQUISITIVA / PERTENENCIA / PERSONAS / CAPACIDAD / CURADOR AD LITEM

La causal de revisión consistente en la nulidad originada en el indebido emplazamiento o notificación que se realice a la parte demandada, busca dar la oportunidad de una adecuada defensa, antes de que se consoliden derechos mediante sentencias como la que declara la prescripción adquisitiva de dominio al concluir un proceso de pertenencia. / Conducta de los funcionarios y del demandante, con el fin de obtener una adecuada notificación o emplazamiento, e impedir que se adelante un proceso a espaldas del demandado. / La capacidad de los seres humanos para adquirir derechos o contraer obligaciones, es decir su capacidad jurídica, atributo determinante para que, en el mundo del derecho, puedan ser catalogados como personas, se inicia con su nacimiento y termina con su muerte. Los muertos no pueden ser procesalmente emplazados ni representados válidamente por curador ad litem. / La sentencia que se obtenga en proceso adelantado directamente con el difunto y sin la debida citación de sus herederos, es fallo que está contagiado de vicio de nulidad por falta de citación o emplazamiento, hecho constitutivo de la causal séptima de revisión. / El curador ad litem que se nombra a las personas indeterminadas, no puede representar válidamente a quienes sean titulares de derechos reales registrados, pues ellos no son, de un lado, personas indeterminadas sino personas ciertas.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: *Expediente No. 4327* *Sentencia No. 39*

Se decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Leonor Salgar de Silva y Carlos José Téllez León contra la sentencia que en grado de consulta profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el veintiocho (28) de enero de 1992 dentro del proceso de pertenencia de María Inés Suárez Galvis contra Jorge E. Salgar Rodríguez y personas indeterminadas.

El recurso de revisión:

1. Mediante demanda presentada el veintidós (22) de febrero de 1993 y actuando por conducto de apoderado, Leonor Salgar de Silva y Carlos José Téllez León, propusieron recurso de revisión, para que, con fundamento en las causales 7a. y subsidiariamente lo del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, y una vez agotado el procedimiento de rigor:

- Se invaliden las sentencias de fecha trece (13) de agosto de 1991 del Juzgado 10 Civil del Circuito y de fecha veintiocho (28) de enero de 1992, proferida esta última en grado de consulta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso de pertenencia de María Inés Suárez Galvis contra Jorge E. Salgar Rodríguez y personas indeterminadas, se declare la nulidad de lo actuado incluyendo el auto admisorio de la demanda calendado en noviembre veinticuatro (24) de 1989 y se declare sin valor y efecto los registros hechos en el folio de matrícula inmobiliaria del respectivo inmueble.

- Subsidiariamente, se invaliden las sentencias de fecha trece (13) de agosto de 1991 del Juzgado 10 Civil del Circuito y de fecha veintiocho (28) de enero de 1992 proferida en grado de consulta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en el proceso de pertenencia de María Inés Suárez Galvis contra Jorge E. Salgar Rodríguez y personas indeterminadas, se dicte nueva sentencia y se declaren sin valor y efecto, los registros hechos en el folio de matrícula inmobiliaria del respectivo inmueble.

Las circunstancias de hecho en que tales pedimentos se apoyan, son las siguientes:

A.- Respecto de la primera causal invocada en la demanda:

- El día tres (3) de octubre de 1977 falleció en Santafé de Bogotá el señor Jorge E. Salgar. El correspondiente proceso de sucesión se abrió el 6 de abril

de 1978 en el Juzgado 25 Civil Municipal de Bogotá, teniéndose como heredera a Leonor Salgar de Silva y como cesionario de los derechos de Alvaro Salgar Rodríguez a Carlos José Téllez León. El expediente de la mortuoria fue posteriormente remitido al Juzgado 16 de Familia de esta capital.

- El veinticuatro (24) de noviembre de 1989, el Juzgado 10 Civil del Circuito, por solicitud de María Inés Suárez Galvis, profirió auto admisorio de la demanda de pertenencia instaurada por ella con el fin de que se le declarara propietaria del inmueble situado en la carrera 6a. No. 5-77 de Santafé de Bogotá, inmueble inventariado también en el proceso de sucesión antes referido.

- El veintisiete (27) de marzo de 1990 el Juzgado 3o. Civil del Circuito profirió sentencia aprobatoria del trabajo de partición dentro del sucesorio de Jorge E. Salgar, la cual fue inscrita el doce (12) de julio de 1990 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santafé de Bogotá, como consta en el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0920670.

- El 14 de diciembre de 1990 se sentó en el folio de matrícula inmobiliaria la inscripción de la demanda de pertenencia promovida por la señora María Inés Suárez Galvis.

- El 1o. de agosto de 1990 se notificó al curador *ad litem* del extremo pasivo del proceso, el auto admisorio de la demanda de pertenencia.

- El juez 10 Civil del Circuito de Bogotá no tuvo a la vista el certificado de libertad del citado inmueble.

B.- Respecto de la segunda causal invocada en la demanda:

En opinión del recurrente en revisión, esta causal se configura por diferentes hechos y de diferentes modos que pueden clasificarse de la siguiente manera:

Primer modo:

- El 13 de diciembre de 1990, dentro del proceso de sucesión de Jorge E. Salgar, se produce por primera vez la diligencia de entrega del inmueble en cuestión a los causahabientes adjudicatarios, diligencia a la cual acudió María Inés Suárez Galvis junto con su apoderada. Para entonces ya cursaba en el

Juzgado 10 civil del Circuito el proceso de pertenencia instaurado por María Inés Suárez Galvis y a pesar de lo anterior, durante la diligencia, María Inés Suárez ocultó la existencia de dicho proceso de pertenencia.

- El 14 de diciembre de 1990, un día después de haberse realizado la primera diligencia de entrega, se produjo la inscripción de la demanda de pertenencia que cursaba en el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá.

- El 12 de febrero de 1991, cuando la demanda del proceso de pertenencia ya había sido inscrita, María Inés Suárez Galvis presentó escrito de oposición formal a la entrega ante el Juzgado 16 de Familia en Santafé de Bogotá. En esta oposición se guardó silencio sobre el proceso de pertenencia que estaba en curso y la inscripción de la demanda, de donde se sigue que estos últimos documentos, por consiguiente, no fueron conocidos por el juez que a cuyo cargo se encontraba el proceso de sucesión, así como tampoco por los sucesores de Jorge E. Salgar.

Segundo modo:

- El 13 de agosto de 1993 el Juzgado 1°. Civil del Circuito profirió sentencia de primer grado dentro del proceso de pertenencia, declarando que la señora María Inés Suárez Galvis había adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, el predio urbano en cuestión.

- El 30 de agosto de 1991, dentro del sucesorio de Jorge E. Salgar, el Juzgado 16 de Familia rechazó el incidente de oposición formulado por María Inés Suárez Galvis, en la diligencia de entrega del bien inmueble citado. Para esta fecha la sentencia relacionada con el proceso de pertenencia aun no estaba en firme, por cuanto no se había producido la notificación por edicto ni la consulta respectiva ante el Tribunal Superior.

- El 9 de septiembre de 1991 la opositora María Inés Suárez G. impugnó la providencia del 30 de agosto de 1991 por la cual el Juzgado 16 de Familia rechazó la oposición, escrito en el cual se ocultó la existencia del proceso de pertenencia, la sentencia que ya existía y la inscripción inicial del proceso de pertenencia en el registro inmobiliario.

- El Juzgado 16 de Familia rechazó la impugnación presentada por María Inés Suárez Galvis, quien procedió a apelar dicha decisión ante el Tribunal

Superior, donde nuevamente se ocultó la existencia del proceso de pertenencia, la inscripción de la demanda en el registro y la sentencia proferida el 13 de agosto de 1991.

Tercer Modo:

- El 09 de noviembre de 1990 se abre a pruebas el proceso de pertenencia citado.

- El 12 de febrero de 1991 se inicia en el Juzgado 16 de Familia el trámite de la oposición a la entrega planteado por María Inés Suárez Galvis.

- El 21 de mayo de 1991 el Juzgado 10 Civil del Circuito ordena a las partes dentro del proceso de pertenencia alegar de conclusión. En el alegato respectivo, María Inés Suárez Galvis ocultó lo sucedido en el proceso que se seguía ante el Juzgado de Familia.

Cuarto Modo:

- El 24 de noviembre de 1989 se profirió auto admisorio de la demanda de pertenencia que ante el Juzgado 10 Civil del Circuito instauró María Inés Suárez Galvis.

- El 23 de abril de 1991 los herederos de Jorge E. Salgar allegaron ante el Juzgado 16 de Familia las siguientes pruebas para que se decidiera la oposición presentada por Suárez Galvis a la entrega del inmueble:

1. Apartes del proceso ejecutivo seguido por Ernesto Raigosa contra Jorge E. Salgar que cursó en el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá y donde consta que el inmueble en cuestión fue embargado y secuestrado desde octubre de 1988 hasta mayo de 1989 y que se produjo el registro de dicho secuestro. Por lo tanto, al decir del recurrente, Suárez Galvis no pudo tener la posesión del inmueble que se hallaba secuestrado.

2. Original del contrato de arrendamiento celebrado entre Ana R. vda. de Ospina y la sociedad Inmobiliaria Ltda., suscrito el 1 de diciembre de 1977, con su respectivo impuesto de timbre. Este contrato fue desglosado del proceso de lanzamiento que cursó en el Juzgado Civil Municipal de Bogotá promovido por Inmobiliaria Ltda. contra Ana R. vda. de Ospina, por lo tanto, al decir del

recurrente, Suárez Galvis no pudo tener la posesión del inmueble que se hallaba arrendado.

- Estos hechos y documentos fueron ocultados por Suárez Galvis ante el Juzgado que tramitaba la solicitud de declaratoria de usucapión.

Quinto modo:

- El 16 de enero de 1991 la señora María Inés Suárez Galvis afirmó en el interrogatorio de parte que se realizó en el proceso de pertenencia, que nadie le había reclamado derecho sobre el lote en cuestión, cuando el 13 de diciembre de 1990 se había realizado la primera diligencia de entrega del inmueble al cual asistió ella. Para ese entonces, además, ya había presentado escrito de oposición formal ante el Juez 16 de Familia. Es decir, la señora Suárez Galvis ocultó al juez 10 Civil del Circuito la existencia de las actuaciones surtidas en el proceso de sucesión (acta levantada por el inspector distrital y oposición a la entrega).

Sexto modo:

- Después de instaurada la demanda de pertenencia por solicitud de la parte actora, se decretó la inscripción de la demanda, la cual se llevó a cabo como consta en el certificado de libertad atinente al inmueble. Sin embargo, Suárez Galvis ocultó este documento del Juez que tramitaba la solicitud de pertenencia, puesto que en él ya figuraba la sucesión de Jorge E. Salgar.

2. Aceptada la caución prestada y recibido el expediente enviado por el Juzgado 10o. Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el recurso de revisión fue admitido a trámite por auto del 12 de mayo de 1993, tomando como demandados, además de las personas indeterminadas que se consideraran con derecho a intervenir, a las demandadas María Inés Suárez Galvis y Amparo Cañón Ortegón, ambas en su condición de copropietarias inscritas respecto del inmueble distinguido con el número 5-77 de la carrera 6a. de esta ciudad.

3. Del traslado hizo uso la apoderada de María Inés Suárez Galvis, quien es la misma demandada Amparo Cañón Ortegón (fl. 228) y la curadora designada para representar a las personas indeterminadas demandadas y convocadas al proceso.

En síntesis, las demandadas determinadas y a la vez opositoras, manifestaron lo siguiente:

Que se oponen a la primera pretensión por cuanto la norma aplicable al presentar la demanda de pertenencia era el artículo 413 numeral 5o. del Código de Procedimiento Civil, según el cual a la demanda debía acompañarse el certificado de libertad del Registrador, en el cual sólo figuraba el señor Jorge E. Salgar Rodríguez como titular del derecho de dominio, y María Inés Suárez Galvis desconocía el hecho de su fallecimiento. De otro lado, si los herederos del señor Suárez hubiesen pedido como medida cautelar la inscripción de la demanda, se les habría podido notificar en el proceso de pertenencia.

Se oponen asimismo a las pretensiones segunda y tercera por no considerar que exista nulidad alguna según las disposiciones legales. Solicita el pago de las costas y los perjuicios que se les han generado con la práctica de la diligencia de entrega.

En relación con las pretensiones subsidiarias afirma:

- El emplazamiento hecho a personas indeterminadas incluye a los herederos del señor Salgar.

- Los recurrentes no han desvirtuado la posesión del bien inmueble por parte de María Inés Suárez Galvis. El lanzamiento realizado o el secuestro decretado no interrumpen la posesión. En su opinión, la diligencia de entrega estuvo viciada de nulidad según el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil y acusan a los recurrentes de descuido en la posesión del bien, quienes sólo se enteraron del registro de la demanda de pertenencia, tres años después de inscrita. No considera que la posesión se hubiese interrumpido por un proceso ejecutivo simulado, posteriormente declarado nulo, ni de lanzamiento donde nunca se practicó diligencia de lanzamiento. Por el contrario si se demostró la posesión en el respectivo proceso de pertenencia. Al momento de su muerte, el señor Salgar no habitaba en el inmueble objeto del litigio. Para ese entonces ejercía la posesión del inmueble, María Inés Suárez Galvis a través de su hermana.

- Si bien es cierto que a los herederos se les adjudicó el inmueble, también lo es que lo adquirieron con los vicios que el mismo tuviese, como era la posesión que venía ejerciendo su mandante. Por lo tanto no se habría variado la esencia de la sentencia objeto de revisión.

- Sólo con el Decreto 2289 de 1989 se obligó a inscribir el auto admisorio de la demanda de pertenencia en la oficina de Registro de Instrumentos

Públicos. Unicamente porque su mandante reiteró su deseo de inscribir la demanda, esta se realizó.

- El día de la diligencia de entrega María Inés Suárez Galvis se enteró de la existencia de los herederos del señor Salgar. Pero esta diligencia ocurrió con desconocimiento de lo ordenado por el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, sobre la prueba sumaria para establecer los hechos que pretendió alegar su poderdante. No se permitió hablar a la señora María Inés Suárez Galvis en la diligencia. La oposición la presentó María Inés Suárez Galvis hasta febrero del siguiente año por haber entrado los juzgados a vacancia judicial.

- No concurrió a la diligencia de entrega acompañada de apoderada, puesto que no pudo asistir con documento de identificación para otorgar el correspondiente poder.

- En la apelación ante el Tribunal Superior de Familia se presentaron las sentencias de primero y segundo grado acompañadas del correspondiente certificado de libertad, donde se encontraba inscrita la demanda y la sentencia relacionada con el proceso de pertenencia.

- La diligencia de inspección judicial que debía rendirse en el proceso de pertenencia, se suspendió por no haber podido identificar el bien, al que se le había extraviado la placa. Cuando se realizó, se obtuvieron testimonios en que se demostraba la posesión de María Inés Suárez Galvis.

- El inmueble se encuentra situado en zona urbana de "redesarrollo" y por lo tanto las normas aplicables para la prescripción adquisitiva del dominio son hoy en día más benignas para los poseedores. Su poderdante se sometió a un proceso más complicado del que ahora le correspondería.

De su parte, el curador ad litem consideró que las causales invocadas para interponer la demanda que contiene el recurso extraordinario de revisión no se ajustan a los presupuestos fácticos invocados como fundamento legal de las mismas.

4. La fase probatoria transcurrió del modo exigido por la ley y del traslado para presentar alegato final hicieron uso el apoderado del recurrente (fl. 305) y la apoderada de María Inés Suárez Galvis (fl. 336).

5. 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 que consagra la legislación procesal civil estipula entre las causales que lo hacen procedente, la nulidad originada en el indebido emplazamiento o notificación que se realice a la parte demandada, siempre con el afán de darle la oportunidad de una adecuada defensa, antes de que se consoliden derechos mediante sentencias como la que declara la prescripción adquisitiva de dominio al concluir un proceso de pertenencia. Si la notificación o el emplazamiento no se realizan en la forma que ordena la ley, traerá ello como consecuencia la nulidad de lo actuado, invocable como se dijo a través del recurso de revisión. (artículo 1o. numeral 80 del Decreto 2282 de 1989, inciso 3o. del artículo 142 e inciso 3o. del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil).

2. *Con el fin de obtener una adecuada notificación o emplazamiento según el caso, e impedir que se adelante un proceso a espaldas del demandado, "la ley exige de los funcionarios especial celo en la cumplida utilización de todos los instrumentos previstos positivamente para alcanzar tal propósito" (Auto de abril 15 de 1988) y en cuanto a la conducta del demandante, en igual sentido, se ha dicho que en modo alguno es aceptable que pueda optar el interesado por la cómoda conducta de limitarse a afirmar el desconocimiento de lugar alguno en donde podía hallarse la persona sujeto de la notificación personal. El demandante debe utilizar todos los medios de información que con seguridad se tienen al alcance para poder precisar la ubicación o situación del demandado antes de formular la demanda, agotando en debida forma las diligencias necesarias para procurar su comparecencia directa. La declaración del demandante, en el sentido de desconocer la residencia del demandado, se verifica bajo juramento, 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.* (Sentencia de marzo 11 de 1991).

3. Y en este mismo orden de ideas, en cuanto se refiere a la notificación de personas fallecidas, esta corporación tiene dicho sobre el particular lo siguiente:

"Como la capacidad que todos los individuos de la especie humana tienen para ser parte de un proceso está unida a su propia existencia, como la sombra al cuerpo que la proyecta, es palmario que una vez dejan de existir pierden su capacidad para promover o afrontar un proceso. Y ello es apenas lógico, porque la capacidad de los seres humanos para adquirir derechos o contraer obligaciones, es decir su capacidad jurídica, atributo determinante para que, en el mundo del derecho, puedan ser catalogados como personas, se inicia con su nacimiento (Art. 90 del Código Civil) y termina con su muerte, como lo declara el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887". "Sin embargo, como el patrimonio de una persona no desaparece con su muerte, sino que se trasmite a sus asignatarios, es evidente que sus derechos y obligaciones transmisibles pasan a sus herederos, quienes, como lo estatuye el artículo 1155 del Código Civil representan la persona del de cuius para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles". "Es pues el heredero, asignatario a título universal, quien, en el campo jurídico, pasa a ocupar el puesto o la posición que, respecto a sus derechos y obligaciones transmisibles tenía el difunto. Por tanto, es el heredero quien está legitimado para ejercer los derechos de que era titular el causante y, de la misma manera, está legitimado por pasiva para responder por las obligaciones que dejó insolutas el de cuius". "... si se inicia un proceso frente a una persona muerta, la nulidad de lo actuado debe ser la sanción para ese proceder, pues el muerto, por carecer ya de personalidad jurídica, no puede ser parte en el proceso. Y 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 validamente por curador ad litem".

"Y como cuando los asignatario a título universal por causa de muerte han aceptado la asignación, los legitimados para ejercer los derechos de que era titular el difunto son ellos, herederos de de cuius, y también los legitimados para responder por las obligaciones transmisibles de su causante, resulta palmario que la sentencia que se obtenga en proceso adelantado directamente con el difunto y sin la debida citación de sus herederos, es fallo que está contagiado del vicio de nulidad por falta de citación o emplazamiento, hecho constitutivo de la causal séptima de revisión". (g. J. Tomo CXLXXII, pág. 171 y siguientes).

4. Ha dicho esta corporación en la providencia del 8 de septiembre de 1983 recién citada, que "*cuando el artículo 413-11 del Código de Enjuiciamiento Civil declara que, en procesos de declaración de pertenencia, la sentencia estimatoria una vez en firme, tiene efectos erga omnes, con ello no está estatuyendo que en todos los actos ese fallo tenga efectos absolutos, que valga frente a todo el mundo. Para que esa sentencia quede por fuera del ámbito de la relatividad de los fallos judiciales, principio que constituye la regla general en este tema, se requiere entre otros requisitos, que quien sea titular de derechos reales sujetos a registro sobre el bien materia de la declaración de pertenencia, haya sido demandado de modo nominativo, que la demanda se haya dirigido contra él y que el auto admisorio de la misma le haya sido notificado legalmente, pues de otra manera, el fallo no le es oponible*". (refiriéndose al artículo 407 numeral 11 del actual código).

"Así como es cierto que la ley, para facilitar que el usucapiente pueda obtener la declaratoria de pertenencia lo legitima para demandarla, del mismo modo le exige que su pretensión se ventile con citación nominativa de quienes tengan derechos reales sobre el bien materia de usucapión (Artículo 413-5) y que, además sean emplazados todos los que se crean con derecho sobre el mismo (artículo 413-6). Los titulares de aquellos derechos reales ya registrados no pueden, pues, ser citados por la vía del emplazamiento general, y la demanda debe dirigirse contra ellos nominalmente. Esta la razón para que la Corte haya expresado que *el curador ad litem que se nombra a las personas indeterminadas a que hace referencia el artículo 413 citado, regla 8, no puede representar válidamente a quienes sean titulares de derechos reales registrados, pues ellos no son, de un lado, personas indeterminadas sino personas ciertas, y, de otro, deben* (artículo 413, 5), *y no por la vía del emplazamiento, como si fueran seres inciertos*", (refiriéndose al artículo 407 del actual código).

"*No procediéndose así, sería desmesurado contrasentido que la ley le diera efectos erga omnes a una sentencia alcanzada con desmedro notorio del derecho de defensa mediante procedimientos reñidos con el principio de la lealtad y tocados de engaño y de mala fe, a espaldas de los titulares de derechos reales indiscutibles. La ley ni los jueces pueden tornarse en cómplices complacientes de artimañas disfrazadas de legalidad, que quienes se escudan en la simple letra fría de la ley con rudo quebranto de su espíritu que clama contra procederes vituperables*". "*La regla 11 del citado artículo 413 no puede seguir sirviendo como rey de burlas, como comodín para amparar a quienes por carecer de un derecho sólido o por el temor de ser*

vencidos por los titulares de derechos reales registrados, o por eludir la oposición que estos puedan formular, esquivan al máximo el llamamiento nominativo de los demandados y se abrigan al amparo de la citación edictal que sólo puede tener eficacia frente a personas indeterminadas, más no frente a los que tengan derechos reales registrados, pues estos son personas ciertas que deben ser convocadas por su nombre y apellido...".

5. El primer capítulo del libelo pretende, principalmente, que se decrete la nulidad de lo actuado, por cuanto no se notificó como correspondía a los herederos del señor Jorge E. Salgar. Y en efecto, como se observa en el expediente del proceso de pertenencia, aceptando las afirmaciones de María Inés Suárez Galvis en relación con la ignorancia completa del paradero del señor Salgar, se ordenó el emplazamiento del demandado y de los demás interesados.

Sin embargo, María Inés Suárez en su oportunidad sí pudo comunicarse con Leonor Salgar de Silva, hermana del difunto, para intentar solucionar la situación del inmueble (fl. 44 C. 2). Conocía del proceso de sucesión y en él formularon oposición formal a la entrega. Y cuando, según la demandante, se enteraron del fallecimiento del señor Salgar, no comunicaron al juez que adelantaba la causa en el proceso de pertenencia el error en que se había incurrido, para que dicha autoridad procediera a corregir la falla por los medios legales y de este modo cumplir con el deber a su cargo de procurar la notificación en forma debida de las personas llamadas por el ordenamiento positivo a afrontar la litis.

En relación con este primer punto del recurso en estudio, la apoderada de María Inés Suárez Galvis afirma que para la época de la presentación de la demanda de pertenencia era el artículo 413 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil la disposición aplicable, norma esta según la cual a la demanda debía acompañarse el certificado de libertad en el cual sólo figuraba el señor Jorge E. Salgar R. como titular del derecho de dominio, y la señora Suárez Galvis desconocía el hecho de su fallecimiento.

Pero precisamente la actuación de la demandante no puede relegarse a afirmar el desconocimiento de la situación del que sería demandado para que se proceda a su emplazamiento. Debe emprender una cuidadosa tarea de ubicación para que realmente se proteja a los demás interesados en los resultados del proceso, interés del legislador que a todas luces se observa en las normas que regulan la materia.

Sin embargo, el descuido de la demandante concluyó en el emplazamiento que se hizo a un difunto y en la falta de notificación a los herederos del señor Salgar para que se hubieran hecho parte en el proceso de pertenencia, situaciones que permiten considerar como válida la crítica formulada en la demanda de revisión, lo que conduce a declarar la nulidad existente en dicho proceso a partir del auto admisorio de la demanda.

De todo lo expuesto, pues, ha de concluirse que en este caso debe procederse del modo en que lo mandan los artículos 384 y 146 del Código de Procedimiento Civil.

Decisión:

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

PRIMERO.- Declarar fundada la causal de revisión invocada en este caso, o sea la prevista en el artículo 380 numeral 7o. del Código de Procedimiento Civil, decretándose en consecuencia la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 24 de noviembre de 1989 (folio 27 del cuaderno principal) en el proceso de declaración de pertenencia adelantado por María Inés Suárez Galvis ante el Juzgado 10 Civil del Circuito de Santafé 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 declaratoria de pertenencia afectado por la precedente declaración de nulidad, como de la demanda que dio lugar a este recurso de revisión y de la escritura pública 887 de la Notaría 26 de este círculo, la cual contiene una dación en pago de derechos de cuota en favor de la demandada AMPARO CAÑON ORTEGON.

Para la efectividad de las determinaciones anteriores y con los recaudos de ley, por secretaría remítase la respectiva comunicación a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, haciendo expresa referencia al folio real de matrícula inmobiliaria No. 050-0920670 de la mencionada oficina.

TERCERO.- Cancélese la caución que para los efectos de este recurso otorgó el recurrente. Líbrese el correspondiente oficio a la Compañía de Seguros que la otorgó.

Por haber dado lugar a la nulidad declarada, las costas son de cargo de las opositoras por partes iguales. Tásense en su oportunidad.

Cópiese y notifíquese.

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

SENTENCIA SUSTITUTIVA / PERJUICIO - Legitimación / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL / PERJUICIO - Legitimación / PERJUICIO MATERIAL / PERJUICIO MORAL / ARBITRIUM IUDICIS

Si de la privación de la vida de una persona se trata, cuentan con legitimación personal o propia para reclamar indemnización las víctimas mediatas o indirectas del mismo acontecimiento, es decir quienes acrediten que sin ser agraviados en su individualidad física del mismo modo en que lo fue el damnificado directo fallecido, sufrieron sin embargo un daño cierto indemnizable que puede ser: de carácter material al verse privados de la ayuda económica que esa persona muerta les procuraba o por haber atendido al pago de expensas asistenciales o mortuorias, y de carácter puramente moral, reservados estos últimos para aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima directa del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo, legitimación esta que dimana de la urdimbre de las relaciones que se entretejen con ocasión de los vínculos propios de la familia. / Reparar valores morales por el sendero del "arbitrium iudicis" no importa crear beneficios injustificados para nadie, sino corregir con sentido de justicia, satisfacer o desagraviar sentimientos legítimos heridos sin derecho. / En el presente caso, se justiprecia en la suma de dos millones de pesos (2.000.000.oo) el valor de los perjuicios morales subjetivos para cada uno de los padres demandantes, mientras que para las hermanas, se fija en la cantidad de quinientos mil pesos (500.000.oo).

Corte Suprema de Justicia. — *Sala de Casación Civil.* — Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: *Expediente No. 3446* *Sentencia No. 40*

Mediante sentencia de fecha ocho (8) de octubre de 1992, la Corte casó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el nueve (9) de noviembre de 1990 en el proceso ordinario adelantado por Guillermo Méndez Paternina, Sara Olivares Ojeda y Juana del Milagro, Anastacia, Nalvis, Flor María, Esther, Dominga Isabel, Farides del Socorro, Doris de los Santos y Fredys Enrique Méndez Olivares contra la sociedad Electrificadora del Cesar S.A. Compete ahora dictar en instancia la decisión que debe remplazar la del Tribunal, para desatar el recurso de apelación que había interpuesto la parte demandante contra el fallo que con fecha doce (12) de marzo de 1990 dictó el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, en atención a que la relación procesal existente se ha constituido en forma regular, el trámite adelantado está libre de vicios y fueron evacuadas las diligencias de prueba que oficiosamente decretó esta Sala en la sentencia primeramente mencionada.

Esta corporación resumió entonces los pormenores del litigio en la siguiente forma:

"... En demanda presentada el 9 de junio de 1988 y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar Guillermo Méndez Paternina y Sara Olivares Ojeda, actuando en su propio nombre y en el de sus hijas menores de edad Juana Del Milagro, Anastacia y Nalvis Méndez Olivares, y Flor María, Esther, Dominga Isabel, Farides, Doris y Fredys Enrique Méndez Olivares, estos mayores de edad y domiciliados en El Copey, solicitaron se declare, previo proceso ordinario, que la sociedad Electrificadora del Cesar S.A. es civilmente responsable de la muerte de Guillermo Méndez Olivares, ocurrida el 23 de diciembre de 1985; y que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la referida sociedad a pagar a los padres de la víctima el monto correspondiente a los perjuicios materiales, y a todos los demandantes el equivalente a los perjuicios morales que se les ocasionaron, obligación a la que deberá dar cumplimiento la sociedad demandada dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Como causa de pedir afirmaron que el día 23 de diciembre de 1985 falleció en el perímetro urbano de la localidad de El Copey, departamento del Cesar, Guillermo Méndez Olivares a causa de 'paro respiratorio por choque eléctrico' al pisar involuntariamente un cable electrificado de Electrocesar S.A., conectado en esos momentos a la corriente de alta tensión por imprudencia y negligencia de la demandada, empresa industrial y comercial del Estado de

orden departamental, que presta el servicio público de venta y distribución de energía eléctrica en forma exclusiva a todos los municipios del departamento (...) y por lo cual es propietaria de todas las redes de electrificación y alumbrado público que existen en dicho departamento. En otras palabras, la muerte de Guillermo Méndez Olivares se produjo por efecto de una falla imputable a la demandada en la prestación del servicio de energía eléctrica, lo que produjo perjuicios indemnizables a los padres y a los hermanos de la víctima, toda vez que al momento de su muerte contaba con 16 años de edad y no obstante su juventud, había demostrado ser un buen hijo 'pues ayudaba a sus padres con el ingreso económico como trabajador de Rogelio González'. Notificado el auto admisorio de la demanda, la Electrificadora del Cesar S.A. se opuso a las pretensiones en ella deducidas y alegó como defensa la fuerza mayor y la intervención de un tercero. Tramitada la primera instancia del proceso, el juzgado del conocimiento le puso fin con la sentencia de fecha 12 de marzo de 1990 en la cual declaró probada la mencionada excepción (...) y en consecuencia no accedió a las súplicas de la demanda, condenando en costas a los demandantes...".

Puestas así las cosas y bajo el entendido que, en primer lugar, la atribución de responsabilidad civil a la entidad pública demandada frente a los demandantes que recurrieron en casación, es decir frente a Guillermo Méndez Paternina, Sara Olivares Ojeda y dos de sus hijas (Anastacia y Nalvis) que aún eran menores de edad para la fecha en que se otorgó el poder visible a folios 6 y 7 de este cuaderno, constituye ahora firme punto de partida que no admite nueva controversia y, en segundo lugar, que también por fuerza de las razones expuestas a espacio para infirmar la sentencia absolutoria de segunda instancia, ha de ser revocada la de primer grado al menos parcialmente pues el recurso de casación no favorece al otro grupo de demandantes que no otorgaron dicho poder y por lo tanto no puede entenderse sustentado en su nombre el mencionado recurso, procede la Corte a decidir y en orden a hacerlo son suficientes las siguientes

Consideraciones:

1. Consagrando un principio cuya generalidad no ofrece mayores dudas dados los términos amplios de la fórmula utilizada por el artículo 2341 del Código Civil, dispone este último precepto que toda persona que sufre daños como consecuencia del hecho ilícito a otro atribuible, ha de recibir reparación. Indica en primer término, entonces, que es esa persona víctima del delito o del

cuasidelito civiles, el sujeto activo por antonomasia de la correspondiente pretensión indemnizatoria que, en el común de los casos y en tanto han sido afectados su personalidad o sus bienes, ejercitará por derecho propio y lo mismo harán sus mandatarios o representantes legales, sus herederos o cesionarios y el legatario de la acción, hipótesis ésta por cierto distinta a aquella en que el hecho perjudica a varias personas por diferentes conceptos, ya porque cada una respecto del objeto destruido era titular de facultades legítimas cuyo alcance no es igual o bien porque el daño ocasionado a una de ellas lo experimentan también otras por contragolpe, habida cuenta que en estos supuestos habrá tantas acciones resarcitorias como personas fueron lesionadas.

Por eso, si de la privación de la vida de una persona se trata, se ha sostenido que cuentan con legitimación personal o propia para reclamar indemnización las víctimas mediatas o indirectas del mismo acontecimiento, es decir quienes acrediten que sin ser agraviados en su individualidad física del mismo modo en que lo fue el damnificado directo fallecido, sufrieron sin embargo un daño cierto indemnizable que puede ser: de carácter material al verse privados de la ayuda económica que esa persona muerta les procuraba o por haber atendido al pago de expensas asistenciales o mortuorias, y de carácter puramente moral, reservados estos últimos para "... aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima directa del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo..." (G. J. Tomo CXIX, pág. 259), legitimación esta que "... dimana de la urdimbre de las relaciones que se entretejen con ocasión de los vínculos propios de la familia (consanguinidad, afinidad y adopción) y no sólo de una de ellas en particular..." (G. J. Tomo CC, pág. 85).

2. De acuerdo con lo anterior, son de dos clases los perjuicios cuyo reconocimiento y pago reclaman los demandantes en el libelo que al proceso objeto de estudio le dio comienzo. En primer lugar, los patrimoniales directos que para los padres del joven Guillermo Méndez Olivares significó su muerte prematura, toda vez que a raíz de este hecho se vieron privados de la ayuda económica que con el producto de su trabajo él les proporcionaba para el sostenimiento de la familia, y en segundo lugar los de carácter extrapatrimonial, puestos de manifiesto en el agravio que como consecuencia del mismo hecho sufrieron en sus sentimientos íntimos todos los demandantes, padres y hermanos, luego resulta aconsejable, para proceder ordenadamente, dividir el examen de estas pretensiones en los siguientes puntos:

A. Los perjuicios materiales demandados por los actores Guillermo Méndez Paternina y Sara Olivares Ojeda con ocasión de la muerte de us hijo Guillermo Méndez Olivares

El plenario ofrece argumentos de prueba concluyentes para inferir que en la responsabilidad civil que corre a cargo de la entidad pública demandada, los perjuicios de esta naturaleza han de ser incluidos y por lo tanto deben ser materia de regulación en la sentencia.

En efecto, con apoyo en las correspondientes partidas del estado civil que obran a folios 3 y 9 del cuaderno 1 unidas a los testimonios que por iniciativa oficiosa de esta corporación rindieron Rogelio de Jesús González, Eurípides Herrera Herrera y Sara Marlene Araujo de Rengifo (fls. 151 a 157 de este cuaderno), ha de tenerse por probado que el joven Guillermo Méndez Olivares, miembro de una familia humilde dedicada a las labores agrícolas, murió cuando tenía apenas dieciséis años, diez meses y siete días de vida, así como también que para ese entonces y con el producto de su trabajo, venía prestándole ayuda económica a sus padres, ayuda que por lo tanto estos perdieron como consecuencia del accidente que a aquél le ocasionó la muerte y para cuya evaluación en cifra numérica concreta se dispuso la práctica de un dictamen pericial que, complementado por solicitud de la parte actora y también por determinación de este despacho, puede leerse a folios 167 a 176, 187 a 189, 209 a 215 y 221 a 226 de este cuaderno, dictamen que como pasa a verse enseguida, adolece de considerables defectos de fundamentación que no permitieron a la postre acogerlo en su integridad respecto de ninguna de las tres alternativas de liquidación que del mismo y sus adiciones se desprenden.

i) Siguiendo derroteros jurisprudenciales que se remontan a varios lustros atrás (G. J. Tomos LV, pág. 417, y LX, pág. 287, entre otras) y de conformidad con las cuales ha de fijarse el valor del lucro cesante que la muerte de la víctima directa puede generar para terceras personas, parientes o no, siempre en el bien entendido desde luego que en eventos de esta naturaleza lo que pretende medirse en términos de cantidad no es la vida desaparecida sino la cuantía del perjuicio que por ese concepto de ventaja patrimonial lícita y frustrada en su perspectiva futura, repercutió en quienes eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que aquella persona fallecida producía, a los peritos Carrillo Gullo y Amariles Hernández se les encargó la tarea de determinar en cantidad numérica cierta "... el valor del daño propio de tipo patrimonial que para los demandantes Guillermo Méndez Paternina y Sara Olivares Ojeda

significó la prematura muerte de su hijo, debiendo los expertos, con vista en el expediente (...) tomar en consideración por lo menos, para efectuar la liquidación correspondiente ..." dos factores que el fallo de casación señaló a manera de orientación general: a- La vida probable de los padres reclamantes y la presunta supervivencia del hijo muerto, "... factores que (...) deben relacionarse entre sí en orden a fijar la duración de los períodos indemnizables a que hubiere lugar ..."; y b- La asistencia económica que, "... dadas sus condiciones particulares y en la hipótesis de que no hubiese fallecido en el accidente ...", el joven Guillermo Méndez Olivares habría estado en capacidad de prestarle a sus dos progenitores, ".. teniendo en cuenta las aptitudes laborales de la víctima por ese entonces, las perspectivas de razonable progreso a ellas inherentes y los gastos en que una persona de su condición social podría incurrir...".

ii) Así, pues, haciendo uso del material probatorio que obra en los autos, particularmente de los respectivos certificados de registro civil de nacimiento (folios 164 y 165 de este cuaderno) y de defunción (fl. 3 del cuaderno 1), dictaminaron los peritos que al momento de producirse el accidente, es decir a 23 de diciembre de 1985, la madre del joven Guillermo Méndez Olivares tenía cuarenta y tres años, dos meses y veinticinco días de nacida, con una esperanza matemática de vida calculada de 32 años aproximadamente, mientras que respecto del padre, con cuarenta y seis años, tres meses y veintiún días de edad, estimaron su vida probable en poco menos de treinta años, tomando en consecuencia estos períodos para, en la primera liquidación por aquellos realizada, determinar los lapsos de tiempo que debe indemnizar la entidad demandada, considerando que la posible supervivencia del menor muerto la fijaron en 52 años puesto que al producirse su fallecimiento contaba con dieciséis años, diez meses y siete días de vida. Dicho en otras palabras, haciendo de lado el segundo de los elementos de análisis indicados en la providencia que decretó la prueba, los peritos, en la primera etapa de su dictamen, tuvieron por supuesto que durante el resto de la vida de sus padres a quienes con seguridad habría de sobrevivir, Guillermo Méndez Olivares contaría con la posibilidad real y efectiva de suministrarles el auxilio del cual se vieron privados, apreciación que desde el punto de vista de las probabilidades, carece en verdad de fundamento pues aún cuando es dado presumir que los hijos siguen prestando gustosos ayuda económica a sus padres necesitados en la medida en que se lo permita su capacidad actual de producir (G. J., Núm. 2141, págs. 707 y siguientes), también es de verse que de ordinario y atendiendo al modo constante como suele manifestarse el obrar humano, esos hijos contraen obligaciones nuevas con el paso de los años, forman por lo general hogar aparte después de cierta edad, y

ello, en circunstancias precarias por el estilo de las que rodean a la familia Méndez Olivares, implica en últimas que no pueden continuar brindando la ayuda en cuestión. Por eso, en busca de la equidad apropiada al caso concreto materia de estudio, mediante auto de fecha nueve (9) de julio de 1993 se ordenó de oficio complementar el dictamen para obtener una nueva liquidación del daño en la cual, tomándose en cuenta aquella situación, se limitara la duración del período indemnizable "... en lo que respecta al tiempo en que el menor fallecido, dada su condición social, podía continuar prestando asistencia económica a sus padres por no haber pasado a formar por aparte una relación familiar estable...", siendo lo razonable suponer a este efecto, naturalmente a falta de prueba contraria capaz de desvirtuar la exactitud de una apreciación que como la que sigue deriva de la simple observación de leyes que impone la biología humana para inferir de ellas verdaderas reglas de conducta social, que es a la edad de veinticinco años cuando por lo general y ante condiciones personales semejantes a las que en vida sobrellevó Guillermo Méndez Olivares, los jóvenes contraen los compromisos que esa nueva y probable relación familiar ocasiona y por cuya virtud disminuyen, hasta desaparecer, sus posibilidades económicas anteriores respecto de terceros.

iii) De otro lado y en lo tocante con la determinación del importe de la ayuda que como consecuencia de la muerte de su hijo Guillermo dejaron de percibir los padres Guillermo Méndez Paternina y Sara Olivares Ojeda, es decir en la fijación cuantitativa de la merma que ese lamentable acontecimiento significó para las condiciones de subsistencia de estos últimos, en el dictamen inicialmente rendido los peritos utilizaron como punto de referencia en orden a realizar los cómputos respectivos, un salario mínimo que rigió siete años después del accidente, luego tampoco por este aspecto había lugar a tener como debidamente fundamentado el experticio en cuestión pues de la regulación que propone, hecha la observación precedente, es imposible predicar que constituya evidente resultado de consideraciones lógicas y racionales ante las cuales deba someterse "... sin discriminación de ninguna especie..." (G. J., Tomo LVII, pág. 532) el amplio poder de valuación jurídica que en este campo las leyes procesales le reconocen al juzgador. De aquí entonces que por iniciativa oficiosa de la corporación, igualmente, y mediante el mismo auto de nueve (9) de julio de 1993 atrás citado, se haya ordenado que para los fines del dictamen por practicarse, la capacidad de producción económica del menor fallecido y la condigna contribución para atender a las necesidades de su familia, habrían de calcularlas los peritos con base en el salario mínimo en vigencia al producirse la muerte, vale decir el imperante durante el segundo semestre de 1985 que era

de $13.558 con un incremento por subsidio de transporte de $1.350 para un total de $14.908, no así en el que regía a la fecha en que se hizo la tasación pericial comentada.

iv) Así las cosas, con el propósito de darle cumplimiento a las instrucciones impartidas en el auto tantas veces mencionado de fecha nueve (9) de julio de 1993, presentaron los peritos un trabajo complementario que también resultó ser inadmisible en cuanto que el valor total de la indemnización en favor de los dos padres demandantes, estimado en cifra que inexplicablemente supera en algo más de cinco veces a la fijada en el dictamen inicial (cfr. fls. 209 a 215 de este cuaderno), se determinó tomando en consideración elementos variables de análisis económico no indicados en la citada providencia y tampoco utilizados en el peritaje inicial, como es el reajuste por depreciación de la moneda aplicado al valor del salario tomado como base de cálculo, así como también datos importantes que cual ocurre con el valor de ese salario a diciembre de 1985 y con el tiempo que al menor Guillermo Méndez Olivares le faltaba para alcanzar los 25 años cuando le sobrevino la muerte, no son exactos ya que el salario mínimo legal para esa fecha, como líneas atrás se dejó apuntado, no era de 20.000 y, de otra parte, si aquel joven tenía a la fecha de su deceso dieciséis años, diez meses y siete días, para llegar a los veinticinco años le faltaban apenas ocho años un mes y veintitrés días, no nueve años diez meses y siete días como erróneamente lo consignaron los peritos, por manera que en estas condiciones el comentado trabajo complementario, por resultar defectuosa la configuración de los supuestos sobre los que descansa la liquidación allí efectuada, tampoco podía acogerse para estimar la cuantía de los perjuicios patrimoniales objeto de resarcimiento.

Hubo necesidad, entonces, por tercera vez y con el concurso de los mismos peritos, de procurar encontrar un justo equilibrio en la mensura de la reparación de acuerdo con las pautas para el efecto marcadas de nuevo en el auto de cuatro (4) de agosto de 1993, elaborándose con tal fin la liquidación que puede verse a folios 221 a 226 de este cuaderno y que al igual de las dos anteriores, es forzoso desatender pues no obstante acercarse más a la realidad de las cosas, es producto en últimas de un dato imaginado por los peritos en lo que al salario base de cálculo concierne, y resulta igualmente equivocado el período indemnizable que se tomó para aplicar las complejas fórmulas matemáticas que allí se describen, lo primer porque, se repite, el salario mínimo legal mensual para diciembre de 1985 era de $13.558, no de $20.000, y lo segundo porque el lapso durante el cual es probable que el joven Guillermo Méndez Olivares habría podido

continuar prestándole asistencia a sus padres, no es de nueve años, diez meses y siete días, sino de ocho años, un mes y veintitrés días que es lo que queda después de restarle a 24 años, es decir a veinticuatro años once meses y treinta días, dieciséis años diez meses y siete días que, como se sabe, es a edad que aquél tenía cuando falleció.

v) Llegados a este punto de suyo extremo y en vista de que definitivamente no puede aceptarse ninguna de las tres cuantías totales que los peritos le dieron a la indemnización, entiende esta corporación que se encuentra autorizada por los artículos 187 y 241 del Código de Procedimiento Civil para prescindir de esas valoraciones técnicas y que tampoco es absolutamente indispensable hacer uso de la facultad de decretar un segundo dictamen al tenor del artículo 233 ib, pues los hechos a esta altura comprobados le permiten hacer la regulación que en justicia corresponde acomodándose a la verdad de esos hechos (G. J. Tomo XLVI, pág. 69) y tomando en consideración que por mandato constitucional expreso (Artículo 230 de la Constitución Nacional), es imperativo, en guarda del espíritu de equidad que ha de atemperar siempre la aplicación judicial del derecho, no pasar por alto que en casos concretos con las particularidades que ofrece el que hoy viene ocupando al atención de la Corte, el daño en cuestión, aunque futuro, ha de ser resarcido en tanto se muestra como la prolongación evidente y directa de un estado de cosas que además de existir al momento de producirse la muerte accidental del joven Méndez Olivares, es susceptible de evaluación en una medida tal que la indemnización no sea ocasión de injustificada ganancia para quienes van a recibirla y comprenda por lo tanto, sin caer desde luego en el prurito exagerado de exigir exactitud matemática rigurosa en la evidencia disponible para hacer la respectiva estimación, el valor aproximado del perjuicio sufrido por los progenitores demandantes, ni más ni menos, siguiendo de cerca en este cometido conocidas directrices de jurisprudencia al tenor de las cuales, frente a circunstancias como las anotadas, difícil es en verdad "... hallar un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño, por manera que dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que remplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona. Y no porque este equivalente escolle en dificultades, la indemnización pierde su razón de ser. Si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias. La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la

equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática...", luego tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, haciéndose manifiestos en la pérdida de beneficios patrimoniales que "... según el giro de las probabilidades del mundo ..." los demandantes tenían derecho a esperar mientras la persona fallecida conservara la posibilidad de prestarles ayuda, "... la prestación de la indemnización -afirma la Corte en la misma sentencia- debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo..." (G. J. Tomo XLVI, pág. 690).

En este orden de ideas, poniendo en práctica los lineamientos generales del sistema de cálculo señalado desde un principio para llevar a término el dictamen pericial decretado en el fallo de casación, sistema que consiste en tomar el valor periódico de la ayuda pecuniaria del hijo en función de la probable supervivencia de sus padres y ateniendo a la salud del primero, a su capacidad de producción económica efectiva y a la posición social del núcleo familiar al que pertenece, el monto de la indemnización viene impuesto por los siguientes factores que a su vez constituyen la base de las correspondientes operaciones de liquidación:

v. a) Primeramente y por lo que toca con la duración del período indemnizable. se extiende hasta el día 16 de febrero de 1994, fecha en la cual el joven Guillermo Méndez Olivares habría cumplido veinticinco años de edad, es decir que solamente hasta esta fecha es razonable suponer que sus padres, los demandantes Guillermo Méndez Paternina y Sara Olivares Ojeda, seguirían gozando de los lucros que su hijo habría podido proporcionarles, como producto de una mermada actividad laboral, de no haber perdido la vida en el accidente del que es responsable la entidad pública demandada.

v. b) En segundo lugar, la pauta para establecer el valor mensual de la contribución familiar frustrada tiene que ser, a falta de otra prueba categórica sobre el particular, el salario mínimo por mensualidades, unido al subsidio de transporte y a un porcentaje adecuado por concepto de prestaciones sociales que por mandato legal tienen derecho a percibir los trabajadores, porcentaje que no es exagerado estimar en un 70% del sueldo básico pues es lo que corresponde en la práctica de cualquier negocio organizado y la verdad sea dicha, no hay motivo especial ninguno en el expediente que lleve a concluir que no lo fuera el que dijo tener abierto en la localidad de El Copey (Cesar) el señor Rogelio de Jesús González y de donde era trabajador asalariado Guillermo Méndez

Olivares. En consecuencia, no pudiendo tomarse una cantidad fija para la totalidad del período de indemnización, la liquidación debe hacerse año por año y, dentro de cada anualidad, mes por mes, partiendo de la siguiente tabla elaborada de acuerdo con los decretos gubernamentales que entre 1985 y 1994 han fijado el salario mínimo.

AÑO	SALARIO MINIMO	SUBSIDIO	DECRETO
1985	$13.558	$1.350	Decr. 01 de 1985
1986	$16.811	$1.650	Decr. 3754 de 1985
1987	$20.510	$2.000	Decr. 3732 de 1986
1988	$25.637	$2.450	Decr. 2545 de 1987
1989	$32.560	$3.062	Decr. 2662 de 1988
1990	$41.025	$3.797	Decr. 3000 de 1989
1991	$51.720	$5.500	Decr. 3074 de 1990
1992	$65.290	$6.930	Decr. 2867 de 1991
1993	$81.510	$7.542	Decr. 2061 de 1992
1994	$98.700	$8.975	Decr. 2548 de 1993

v. c) En fin, para cuantificar los perjuicios materiales y siguiendo también una larga tradición jurisprudencial sobre la materia, es aceptable suponer que del salario mínimo que devengaba Guillermo Méndez Olivares un 25% lo destinaba a gastos para la propia subsistencia, de suerte que el 75% restante es lo que a título de beneficio patrimonial perdido se reparte por iguales partes entre los dos padres, ello por cuanto la prueba producida en el plenario no demuestra que todo su ingreso lo dedicara a atender las urgencias del hogar; por el contrario, vistas las cosas con criterio simplemente humano, puede considerarse con fundamento que para satisfacer incentivos y provocaciones propias de un muchacho de su edad, aquél tomaba una pequeña parte de su sueldo.

vi) Definidos así los presupuestos básicos de conformidad con los cuales ha de verificarse, la operación final de liquidación del valor total del perjuicio indemnizable por un lapso que va desde el 23 de diciembre de 1985 hasta el 16 de febrero de 1994, no presenta mayor dificultad. Para cada mensualidad, hasta completar dicho período se sigue un procedimiento sencillo de cómputo que bien puede ilustrarse con el siguiente ejemplo, correspondiente al lapso corrido entre el 23 de diciembre de 1985 y el 31 de diciembre del mismo año.

Salario mínimo para 1985	$13.558
Subsidio de transporte	$ 1.350
Prestaciones sociales	$ 9.991
Salario base mensual	$24.399
Valor para 7 días = $24.399 / 30 X 7 =	$ 5.693
Intereses equivalentes al 6% anual	
(0.5% mensual) en 7 días	$ 0.007
Total saldo a 31-XII-85	$ 5.700

De esta manera, la liquidación completa puede resumirse en el siguiente cuadro, elaborado tomando en cuenta los resultados por año y fracciones de año, en su caso, según la vigencia de cada salario mínimo.

AÑO	SALDO TOTAL A DICIEMBRE 31
1985	$ 5.700
1986	$ 380.808
1987	$ 861.344
1988	$ 1.485.045
1989	$ 2.300.810
1990	$ 3.354.340
1991	$ 4.719.428
1992	$ 6.472.431
1993	$ 8.682.985

Finalmente, para el año 1994 se incluyen los días transcurridos hasta el 28 de febrero, lo cual arroja un gran total de $9.022.320 que a su vez se distribuye del modo siguiente:

Gastos personales de la víctima (25%)	$2.255.580
Valor indemnización a los padres	
- Guillermo Méndez Paternina	$3.383.370
- Sara Olivares Ojeda	$3.383.370

B- La reparación de daños extrapatrimoniales en favor de los demandantes Guillermo Méndez Paternina, Sara Olivares Ojeda y los menores Anastacia y Nalvis Méndez Olivares.

Resta por considerar, entonces, el punto atinente a los perjuicios no patrimoniales y para este propósito basta con advertir que al tenor de la prueba documental allegada a los autos, quedó demostrado que el occiso Guillermo Méndez Olivares, fallecido cuando apenas se acercaba a los diecisiete años de vida, además de ser hijo de los demandantes Guillermo Méndez Paternina y Sala Olivares Ojeda, también era hermano de las menores Anastacia y Nalvis Méndez Olivares. Dicho en otras palabras y por obra de una deducción "... cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y psicológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuges..." (G. J. Tomo CC pág. 86), preciso es presumir que la muerte de aquél, acaecida prematuramente y en las desgraciadas circunstancias que se conocen, ha debido necesariamente provocar un vivo y prolongado sufrimiento a sus padres y hermanos, dado que la naturaleza humana, como acaba de advertirse, es propensa a sufrir con particular intensidad por la pérdida de sus familiares más cercanos cuando de ellos todavía puede aguardarse un largo y persistente afecto.

Se trata sin embargo de un daño que incidiendo en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, no puede ser determinado o avaluado en las mismas condiciones en que lo fueron los llamados perjuicios materiales; de ahí que, como lo ha señalado la Corte con insistencia, "... en la práctica judicial se haya hecho uso de diversos sistemas con el objeto de que la estimación se aproxime lo más posible a las consecuencias del daño sufrido, pero es lo cierto que un método susceptible de garantizar en cada caso ese ideal de justicia reparatoria está aun muy lejos de ser alcanzado. Como todos los fenómenos del alma humana, el dolor, la pena, la sensación de desamparo y desconcierto que experimenta quienes víctima de un acontecimiento delictuoso o culposo, comportan diversos grados, y son variables y cambiantes como lo es la individualidad psíquica del hombre. El suceso desgraciado que a un sujeto dado le ocasiona un dolor muy intenso que repercute profundamente en el terreno de sus sentimientos hasta el extremo de producir alteraciones emocionales de consecuencias graves, en cambio en otra persona de diferentes condiciones no produciría los mismos trastornos ni en igual grado de intensidad. Aparte de estos factores de índole interna, que pertenecen por completo al

dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada..." (G. J. Tomo LX, pág. 290).

Puestas en este estado las cosas y en atención a que la prestación en referencia no puede aludir a nada diferente que a una cierta cantidad de dinero destinada a representar la equilibrada medida de una satisfacción personal para cada uno de los demandantes que obtuvieron en su favor la infirmación del fallo absolutorio de instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, ahora la tarea a cargo de la Corte es, por lo tanto, la de dar cabida en este extremo del litigio a una decisión de equidad, vale decir a una condena que por la vía de las presunciones judiciales de las que es deducible la existencia del daño moral y ateniéndose a los antecedentes del hecho que suministra la causa, tenga en cuenta, además del intenso dolor que debe suponerse experimentaron aquellos a raíz del trágico desaparecimiento de su hijo y hermano, las circunstancias externas que rodearon al hecho culposo generador de responsabilidad, partiendo naturalmente de la premisa según la cual reparar valores morales por el sendero del "arbitrium iudicis" no importa crear beneficios injustificados para nadie, sino corregir con sentido de justicia, satisfacer o desagraviar sentimientos legítimos heridos sin derecho, factores todos estos que llevan a justipreciar en la suma de dos millones de pesos ($2.000.000.oo) el valor de los perjuicios morales subjetivos que a cada uno de los padres demandantes le será resarcido por la entidad demandada, mientras que para las hermanas, también actoras en el proceso y dada su muy corta edad cuando aquél hecho ocurrió, se fija en la cantidad de quinientos mil pesos ($500.000.oo) el importe de la correspondiente indemnización debida a cada una de ellas por igual concepto.

Decisión:

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

Resuelve:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia que con fecha doce (12) de marzo de 1990 profirió el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, en cuanto dicha providencia es desestimatoria de la demanda incoada por Flor Marina, Esther, Dominga Isabel, Farides del Socorro, Doris de los Santos, Fredys Enrique y Juana del Milagro Méndez O. contra la sociedad Electrificadora del Cesar S.A.

Queda en estos términos modificado el punto segundo de la parte resolutiva de la mencionada sentencia.

Segundo.- REVOCAR el punto primero de la parte dispositiva de la misma sentencia y, en su lugar, DECLARAR que la sociedad ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. es civilmente responsable por los perjuicios ocasionados a los demandantes GUILLERMO MENDEZ PATERNINA y SALA OLIVARES OJEDA, así como también a las dos hijas de estos NALVIS Y ANASTACIA MENDEZ OLIVARES, con motivo de la muerte del joven Guillermo Méndez Olivares.

Tercero.- CONDENAR por lo tanto a la sociedad ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. a pagarle a cada uno de los demandantes GUILLERMO MENDEZ PATERNINA y SARA OLIVARES OJEDA, por concepto de perjuicios materiales y morales padecidos por ellos con ocasión de la muerte de su hijo Guillermo Méndez Olivares, la cantidad de CINCO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS ($5.383.370), sumas que se pagarán una vez adquiera ejecutoria el auto del juzgado que disponga obedecer y cumplir lo resuelto en esta sentencia y sobre las cuales, a partir de ese momento, se causarán y liquidarán intereses a la tasa legal.

Cuarto.- CONDENAR así mismo a la sociedad ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. a pagarle a cada una de las demandantes NALVIS y ANASTACIA MENDEZ OLIVARES, por concepto de perjuicios morales a ellas causados en virtud de la muerte de su hermano Guillermo Méndez Olivares, la cantidad de QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($500.000.00), sumas que se pagarán una vez adquiera firmeza el auto del Juzgado que disponga obedecer y cumplir lo resuelto en esta sentencia y sobre las cuales, a partir de ese momento, también se causarán y liquidarán intereses a la tasa legal.

Quinto.- Las costas causadas en las dos instancias son de cargo de la entidad demandada en un setenta y cinco por ciento (75%). Tásense en la debida oportunidad.

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

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

REVISION / MANIOBRA FRAUDULENTA

Finalidad de la causal sexta de revisión. Qué comporta la alegación de esta causal. Significado de la expresión "maniobra fraudulenta". No resulta admisible en manera alguna que, so pretexto de la existencia de "maniobras fraudulentas" en el proceso en el cual se dictó la sentencia impugnada intente revivirse el debate que sobre la cuestión fáctica ha debido surtirse en las instancias, pues, mediante el recurso extraordinario de revisión, no puede pretenderse enmendar situaciones graves y perjudiciales que hubieran podido evitarse en el proceso con una gestión oportuna y eficaz de la parte afectada con la sentencia, ni tampoco un replanteamiento del asunto ya decidido, procurando mejorar la causa petendi o las pruebas.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: *Expediente No. 4418* *Sentencia No. 41*

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por MARIA RUBY ZORRILLA ESCOBAR, MARIA DEL SOCORRO, LUZ ANGELA, MARIA ELENA, JESUS ANTONIO, KETTY, HENRY, MABEL y JOSE MAURICIO ZORRILLA ESCOBAR, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 17 de mayo de 1991 en el proceso ordinario (reivindicatorio) iniciado por PEDRO NEL ZORRILLA VICTORIA contra MARIA ANGELA ESCOBAR y otros.

I. Antecedentes:

1. Mediante demanda que obra a folios 32 a 42 de este cuaderno, María Ruby, María del Socorro, Luz Angela, María Elena, Jesús Antonio, Ketty,

Henry, Mabel y José Mauricio Zorrilla Escobar interpusieron recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga -Sala Civil-, el 17 de mayo de 1991, en el proceso ordinario iniciado por Pedro Nel Zorrilla Victoria contra los recurrentes y Rodolfo Antonio Zorrilla Escobar, proceso éste en el cual el demandado acabado de mencionar y Luz Angela Zorrilla Escobar, actuaron representados por su madre María Angela Escobar Marmolejo.

2. Los demandantes en revisión invocan para proponer este recurso la sexta de las causales establecidas por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil y, para el efecto aducen como presupuestos fácticos los siguientes:

2.1. Pedro Nel Zorrilla Victoria inició un proceso ordinario contra los recurrentes en revisión, que por reparto correspondió conocer al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tuluá, con la pretensión de que se declarara que el actor es dueño de un lote de terreno, ubicado en jurisdicción de Tuluá, con una "extensión superficiaria de dos (2) plazas", con matrícula inmobiliaria No. 384-0014965 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tuluá, alinderado como se expresa en la demanda inicial.

2.2. En ese proceso, al decir de los recurrentes en revisión el demandante adujo como prueba del derecho de dominio sobre el inmueble citado la escritura pública No. 349 de 22 de noviembre de 1943, otorgada en la Notaría Unica del Municipio de Bugalagrande, en la cual aparece el contrato de compraventa celebrado entre Julia Villafañe de Chávez y Pedro Nel Zorrilla, escritura pública ésta que fue objeto de aclaración mediante la No. 5 de 13 de enero de 1945 de la Notaría de Cerrito (Valle), sin que esta última fuera acompañada a la demanda.

2.3. El haber omitido acompañar a la demanda inicial la escritura No. 5 de 13 de enero de 1945, otorgada en la Notaría de Cerrito (Valle), indujo a error al sentenciador, pues "la parte resolutiva de la sentencia, se refiere ya a un predio de una hectárea y 4.849 mts. cuadrados, es decir, mayor que la que aparece en la escritura 349, que establece una extensión superficiaria de dos plazas, o sea 12.800 mts. cuadrados, que equivalen a una (1) hectárea y 2.800 mts. cuadrados, e igualmente los linderos en dicha sentencia, no fueron los que se indicaron en la demanda" (fl. 36, cdno. Corte).

2.4. En la demanda inicial se afirmó que María Angela Escobar, con antigüedad de tres (3) años "en forma arbitraria" entró en posesión del lote de

terreno a que se hace referencia, afirmación ésta que "constituye argucias y maniobras fraudulentas para obtener a su favor la declaración de dominio", pues en la misma escritura 349 de 22 de noviembre de 1943, otorgada en la Notaría Unica del Municipio de Bugalagrande, la vendedora de entonces Julia Villafañe de Chávez dejó constancia "de que el inmueble se encuentra ocupado por unos señores Arteaga, y de esta manera obtuvieron un despojo de un predio que poseía legalmente el señor Rodolfo Antonio Zorrilla desde antes del año de 1943, pues de la lectura de la escritura mencionada se saca en conclusión que la vendedora nunca hizo entrega material a su comprador Pedro Nel Zorrilla Victoria, y por tanto no pudo la señora María Angela Escobar haber arrebatado la posesión al señor Pedro Nel Zorrilla Victoria, pues éste nunca estuvo en posesión material del inmueble" (fls. 36 y 37 de este cuaderno, hecho 6o. demanda de revisión).

2.5. Fallecido Rodolfo Zorrilla Victoria el 25 de diciembre de 1976, la posesión sobre el inmueble mencionado la continuaron sus herederos, hoy recurrentes en revisión, "hasta el día 22 de noviembre de 1991 en que fueron desalojados en cumplimiento de una sentencia arbitraria e injusta" (fl. 37 cdno. Corte).

2.6. Los recurrentes, mediante demanda de reconvención invocaron a su favor haber adquirido el dominio del inmueble aludido por prescripción extraordinaria, pretensión ésta que "no mereció ningún pronunciamiento del juez de primera instancia", como tampoco por parte del Tribunal Superior del Distrito judicial de Buga, cuyo fallo fue confirmatorio del proferido por aquél (fl. 37, cdno. Corte).

2.7. Aun cuando María Angela Escobar se opuso en tiempo a la entrega del inmueble, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra lo decidido en la diligencia en que aquella se llevó a cabo, se negó a reconocer la calidad de poseedora de la opositora.

3. Prestada por los recurrentes en revisión la caución señalada por la Corte para los efectos establecidos por el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil y recibido el expediente contentivo del proceso en el cual se dictó la sentencia cuya revisión se pretende, se decretó, a petición de los recurrentes, como medida cautelar, la inscripción de la demanda con la cual se formuló este recurso, en el folio de matrícula No. 384-0014965 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tuluá (fl. 52, cdno. Corte).

4. Admitida la demanda de revisión mediante auto de 29 de julio de 1993 (fl. 53) y emplazados los herederos indeterminados de Pedro Nel Zorrilla Victoria con las formalidades establecidas por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil (fls. 55 y 56, edno. Corte), se les designó a éstos curador ad-litem, para proseguir la actuación (fl. 60, edno. Corte).

5. Notificado el curador ad-litem del auto admisorio de la demanda de revisión y corrido el traslado de la misma y sus anexos (fl. 63, edno. Corte), le dió contestación como aparece a folios 64 y 65, con expresa oposición a la prosperidad del recurso, por considerar que, conforme a los hechos aducidos por los recurrentes, no les asiste la razón.

6. Practicadas las pruebas decretadas por auto de 8 de octubre de 1993 (fls 67 y 68 de este cuaderno), se corrió traslado para alegar de conclusión, en auto del 9 de noviembre de 1993, vencido el cual, sin que las partes hubieren hecho uso de este derecho, se procede por la Corte a decidir lo que corresponda.

Consideraciones:

1. Con la expedición del Código de Procedimiento Civil vigente, mediante Decretos 1400 y 2019 de 1970, se introdujo en la Legislación Colombiana como nueva causal de revisión, el haberse obtenido la sentencia impugnada en proceso en el cual hubiere ocurrido "colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes", aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que se cause perjuicio al recurrente. Con ello, como salta a la vista, se persigue reprimir por la ley la conducta de las partes cuando ella resulte atentatoria de los principios superiores de la buena fe, la lealtad y la probidad que deben presidir las actuaciones procesales.

2. *La alegación de la existencia de maniobras fraudulentas, como hecho constitutivo de la causal 6a. de revisión establecida por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, comporta la demostración de una conducta torticera, de una maquinación capaz de inducir a error al juzgador al proferir el fallo, de una actividad engañosa que conduzca al fraude como instrumento para obtener la sentencia que, precisamente por ello, ha de retirarse del ordenamiento jurídico. La cosa juzgada, en tal caso, ha de ceder ante la necesidad jurídico-política de que los fallos judiciales producto de la ilicitud no queden amparados, ni subsistan extendiendo a ellos la presunción de acierto y legalidad con que se rodean por la ley las sentencias, pues tales*

presunciones parten, necesariamente, de la base de que ellas contiene la aplicación del Derecho para el caso concreto, sin que para obtener la resolución judicial se haya acudido a este tipo de maniobras, respecto de las cuales tiene dicho la jurisprudencia que esa "expresión viene a significar todo proyecto o asechanza oculto, 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 manera de reprimir el fraude procesal, cuando éste es la causa determinante de una sentencia inicua (G.J. t. LV, pág. 536; tomo CLXV, pág. 36), jurisprudencia ésta reiterada en sentencia 217 de 19 de junio de 1989.

3. En virtud de lo dicho en los numerales precedentes, *no resulta admisible en manera alguna que, so pretexto de la existencia de "maniobras fraudulentas" en el proceso en el cual se dicto la sentencia impugnada intente revivirse el debate que sobre la cuestión fáctica ha debido surtirse en las instancias, pues, mediante el recurso extraordinario de revisión, tal cual lo tiene por sentado desde antiguo la jurisprudencia de esta Corporación, no puede pretenderse "enmendar situaciones graves y perjudiciales que hubieran podido evitarse en el proceso con una gestión oportuna y eficaz de la parte afectada con la sentencia" (G.J. t. CXLVIII, pág. 46), ni tampoco "un replanteamiento del asunto ya decidido, procurando mejorar la causa petendi o las pruebas, es decir, intentando remediar los errores o deficiencias cometidos en el proceso en que se dicto la sentencia, trocando la revisión en 'medio para impedir la ejecución de fallos proferidos en procesos que se han rituado con plena observancia de sus formalidades propias'"* (G.J. t. CLV, pág. 26).

4. Aplicadas las nociones anteriores al caso sub-lite, encuentra la Corte que el recurso extraordinario de revisión a que se refiere esta providencia, está destinado al fracaso, por cuanto:

4.1. El derecho de dominio del actor en un proceso reivindicatorio, es asunto que ha de debatirse en el proceso, durante las instancias y, de ninguna manera a través del recurso extraordinario de revisión, dado que la titularidad de ese derecho es uno de los presupuestos de la legitimación en causa del demandante. Por ello, escapa por completo a la órbita de la causal invocada por el recurrente en revisión la omisión en adjuntar a la demanda la escritura pública No. 5 de 13 de enero de 1945, otorgada en la Notaría de Cerrito, complementaria o aclaratoria de la escritura pública No. 349 de 22 de noviembre de 1943,

otorgada en la Notaría Unica del Municipio de Bugalagrande, mediante la cual Pedro Nel Zorrilla compró a Julia Villafañe de Chávez el inmueble inscrito bajo el folio de matrícula inmobiliaria No. 384-0014965 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tuluá.

4.2. Agrégase a lo anterior que la referida escritura pública No. 5 de 13 de enero de 1945, que el recurrente echa de menos, expresamente se encuentra mencionada, como "anotación No. 03" en el certificado No. 378, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Tuluá,, que obra a folio 7 del cuaderno No. 1 y que fue anexado con la demanda inicial. Ello muestra, con absoluta claridad que la existencia de la escritura pública mencionada no era desconocida por ninguna de las partes en el proceso ordinario en que se dictó la sentencia cuya revisión se pretende, razón ésta que, de suyo pone de manifiesto, lo inane de la acusación y la improcedencia de la pretensión impugnaticia.

4.3. Tampoco resulta de recibo la alegación de que haber afirmado en la demanda con la cual se inició este proceso que María Angela Escobar, "en forma arbitraria" entró en posesión del inmueble objeto del litigio "hace unos tres años", constituye, "argucias y maniobras fraudulentas", pues, esa es una cuestión fáctica cuyo debate, por su propia naturaleza ha de cumplirse en la etapa probatoria del proceso, como quiera que versa sobre el fondo del litigio y que no es, por ello, materia del recurso extraordinario de revisión.

4.4 En relación con la omisión que, al decir de los recurrentes en revisión se cometió por el Tribunal al dictar la sentencia de segunda instancia en este proceso, de entrada se observa por la Corte que esa supuesta deficiencia del fallo impugnado, no constituye maniobra fraudulenta de ninguna de las partes en el proceso, que es la causal de revisión a cuyo análisis se circunscribe la competencia de la Corte, conforme a la demanda con la cual se formuló este recurso extraordinario.

4.5. De otra, a esa observación ha de agregarse que el yerro in procedendo en que, según el recurrente se incurrió por el fallador por falta de pronunciamiento sobre la pretensión de haberse adquirido el bien por los recurrentes por usucapión extraordinaria, formulada en demanda de reconvención, *no puede enmendarse mediante el recurso extraordinario de revisión, pues la incongruencia de los fallos judiciales se encuentra instituida como una de las causales de casación* (Art. 368, numeral 2o. del C. de P. C.).

Decisión:

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

PRIMERO. Declárase infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por MARIA RUBY ZORRILLA ESCOBAR, MARIA DEL SOCORRO, LUZANGELA, MARIA ELENA, JESUS ANTONIO, HENRY, KETTY, MABEL y JOSE MAURICIO ZORRILLA ESCOBAR, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 17 de mayo de 1991, en el proceso ordinario iniciado por PEDRONEL ZORRILLA VICTORIA contra MARIA ANGELA ESCOBAR y los recurrentes.

SEGUNDO. En consecuencia, cancélase la inscripción de la demanda en el folio de matrícula No. 384-0014965 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tuluá, decretada como medida cautelar a petición de los recurrentes en revisión. Oficiese para el efecto por secretaría.

TERCERO. Condénase en costas y perjuicios a los recurrentes en revisión, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada mediante póliza judicial No. 242960, expedida por la Compañía de Seguros Atlas S.A. (fl. 46, cdno. Corte). Tásense las primeras. Liquídense los perjuicios, conforme a lo preceptuado por el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil. Oficiese por secretaría a la mencionada Compañía de Seguros, para los efectos pertinentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

PETICION DE HERENCIA

El derecho que alegue el demandante, derivado de la calidad de heredero que demuestre como prevaleciente o simplemente concurrente en relación con la misma calidad que aduzca el ocupante de los bienes herenciales es el cimiento fundamental de la acción de petición de herencia.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Prueba / ESTADO CIVIL / PRUEBA DEL ESTADO CIVIL

Tratándose de la demostración de la filiación paterna extramatrimonial, esta no queda satisfactoriamente fijada con la simple mención que de este se haga. Fuentes legales de la precitada filiación.

PARTICION / NEGOCIO JURIDICO / INOPONIBILIDAD

Corresponde a la partición, negocio jurídico de carácter declarativo con efectos retroactivos, la función de liquidar la comunidad hereditaria mediante la distribución de lo que corresponde a cada asignatario. /La sentencia aprobatoria de la partición es inoponible al demandante titular de la acción de herencia, lo que lo legitima para exigir que la partición se efectúe con su intervención y atendiendo las normas que disciplinan la división sucesoral.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil. — Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*

Referencia: *Expediente No. 3272* *Sentencia No. 42*

Profiere la Corte la sentencia sustitutiva de la de segunda instancia dentro del proceso ordinario adelantado por LUISA MARIA ALONSO GAMEZ frente a SORAYA ALONSO APONTE, quien fue citada como heredera de TOMAS RAFAEL ALONSO BAQUERO.

Antecedentes:

Correspondió al Juzgado 1o. Civil del Circuito de Valledupar aprehender el conocimiento de la demanda por medio de la cual impetró la demandante que se dijese que tiene vocación hereditaria para suceder a su padre TOMAS RAFAEL ALONSO BAQUERO, en concurrencia con la demandada en igual proporción que esta. Deprecó. así mismo, que se le adjudicase la cuota hereditaria que legalmente le corresponde, declarando en lo pertinente ineficaces los actos de partición y adjudicación hechos en favor de la demandada. Que se declarase, igualmente, ineficaz la diligencia de inventarios y avalúos elaborado en el sucesorio de ALONSO BAQUERO por serle lesivo, debiéndose practicar una nueva con peritos avaluadores sobre los bienes dejados por el causante, y que a la demandante se le asignase una cuota equivalente a los herederos legítimos sobre cada uno de los bienes que se relacionan en la demanda. Consecuentemente, que se condenase a la demandada a restituirle la posesión material de los bienes adjudicados, con sus aumentos, productos y frutos desde la notificación del auto admisorio hasta la restitución material, o en su defecto, su valor. Finalmente, que se ordenase la cancelación de los registros de transferencia de la propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio de los bienes mencionados, que se hayan efectuado después de la inscripción de la demanda, la cual también se solicitó.

Fundamentó tales pretensiones en los hechos que bien pueden resumirse así:

El señor TOMAS RAFAEL ALONSO BAQUERO falleció el 25 de julio de 1987 y la totalidad de la herencia le fue adjudicada a SORAYA ALONSO APONTE, quien ocupa materialmente los bienes. La demandante es "hija natural" del causante, como se acredita con el registro civil de nacimiento allegado junto con la demanda y, en consecuencia, tiene derecho a heredarlo en la misma proporción que la demandada. En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar se adelantó el proceso de sucesión del susodicho causante y la partición allí elaborada contiene las características antes anunciadas.

Una vez notificada la demandada del auto admisorio de la demanda, la contestó oponiéndose a las pretensiones de la actora, para cuyo efecto, aceptó algunos hechos y dijo desconocer los referentes a la condición de hija del causante que aduce la demandante.

Cumplida la primera instancia, el *a-quo* la desató con sentencia en la que declaró que la actora tiene derecho a heredar a su padre TOMAS RAFAEL ALONSO BAQUERO en iguales condiciones que la demandada. Dispuso, igualmente, adjudicarle los bienes descritos en la demanda y condenar a la demandada a pagarle los frutos percibidos y los que se hubieran podido percibir desde la contestación de la demanda. Ordenó, así mismo, la inscripción de la sentencia.

Incumbe, pues, a la Corte proferir la sentencia sustitutiva de la de segunda instancia, con apoyo en las siguientes

Consideraciones:

El derecho que alegue el demandante, derivado de la calidad de heredero que demuestre como prevaleciente o simplemente concurrente en relación con la misma calidad que aduzca el ocupante de los bienes herenciales es el cimiento fundamental de la acción de petición de herencia, razón por la cual debe el actor acreditar, conforme a las disposiciones legales sobre la materia, el título de heredero con que demanda, vale decir, la prueba de la vocación hereditaria que se pretende enfrentar a la del demandado.

Tratándose de la demostración de la filiación paterna extramatrimonial, esta "...no queda satisfactoriamente fijada -se dijo en la sentencia que casó la del Tribunal- con la simple mención que de este se haga, pues la paternidad extramatrimonial al tener dos fuentes legales - el reconocimiento voluntario y la declaración judicial-, conduce a que, con miras a la determinación del parentesco cuya comprobación se pretende, en la copia del registro o en la certificación se establezca la que corresponda, de igual manera como en la filiación legítima, según lo observado precedentemente, es necesario que se demuestre el matrimonio de los padres, única fuente de la misma..."

De ahí que, por no encontrarse la susodicho prueba, en los términos anotados, dentro del proceso, se dispuso de oficio en la referida providencia que se solicitara al señor Notario Unico de Villanueva (Guajira) la expedición de copia íntegra del registro civil de nacimiento de la demandante.

sObra al folio 41 del cuaderno de la Corte tal copia con las características exigidas y que se echaron de menos en la aludida sentencia, documento que no fue discutido por la parte frente a la cual se opuso y por cuya virtud puede, ahora sí, decirse que la demandante demostró su vocación hereditaria en la sucesión de TOMAS RAFAEL ALONSO BAQUERO a título de hija extramatrimonial de este, calidad que le permite concurrir en igualdad de condiciones con la demandada en la partición de los bienes sucesorales, como así lo ordena la ley 29 de 1982.

Ahora bien, *según el artículo 673 del C.C. la sucesión por causa de muerte, es uno de los modos de adquirir el dominio, razón por la cual en el momento de fallecer la persona, su patrimonio se transmite a sus herederos quienes adquieren, en consecuencia, el derecho a sucederlo en los activos y pasivos que conforman la universalidad jurídica patrimonial, sin hacer relación a determinados bienes; como tampoco son ellos, los herederos, en principio, responsables de determinadas obligaciones del causante. Corresponde, entonces, a la partición, negocio jurídico de carácter declarativo con efectos retroactivos, según se deduce de lo dispuesto por el artículo 1.401 del C.C., la función de liquidar la comunidad hereditaria mediante la distribución de lo que le corresponda a cada asignatario.*

Dado el carácter negocial propio de la partición, pueden los asignatarios "legítima y unánimemente" convenir reglas de distribución del acervo hereditario distintas de las previstas en la ley (art. 1.391), apartarse de las tasaciones periciales (art. 1.392) y en general, sentar las bases para la partición material de los bienes (art. 1384). En este orden de ideas, cuando el actor y el demandado en un proceso de petición de herencia son Herederos concurrentes, cada uno en determinada cuota de la herencia, lo que el demandante pretende no es otra cosa que se le reconozca su derecho en esa parte de la universalidad sucesoria y por lo tanto, que se verifique la partición con arreglo a la ley, razón por la cual no puede la sentencia que se profiera en un proceso de tal índole entrar a distribuir y adjudicar los bienes que conforman la masa sucesoral.

"Ciertamente, cuando la acción de herencia se traba entre coherederos, su finalidad específica no es la de que al accionante, desalojado de la posesión de su cuota hereditaria por los otros, se le asignen determinadas cosas singulares de las adjudicadas a aquellos o cuotas pro indiviso de esas cosas singulares, apedazándose así la composición de la hijuela a que tiene derecho y producción de este mismo resultado en la estructura de la hijuela de los demás. Sino que,

en tal caso, es el de que al peticionario se le satisfaga, con ajuste a los preceptos rectores de la materia, su participación en la herencia sin perjuicio de los derechos de los demás herederos, resultado integral a que solo podrá llegarse mediante un acto de partición celebrado con la presencia de todos los interesados y consentido por estos o aprobados por el Juez.

"Esta solución de estricto derecho no obstaría, empero, a que la petición de herencia entre coherederos llegase a un resultado pragmático distinto, o sea a que, sin prescindirse absolutamente de la partición ya hecha, se le asignase al peticionario triunfante cuota o cuotas determinadas en los bienes de la sucesión adjudicados a los demás, siempre y cuando así lo hubiera impetrado el demandante y que, para el caso de que triunfase, así lo hubieren aceptado los demandados. Habría entonces allí una solución de orden práctico, amparada ya por la fuerza de la relación jurídico procesal, ya que por el acuerdo expreso o tácito de la unanimidad de los interesados, permitido por el ordenamiento jurídico...(CXXXII pag. 254).

Sin embargo, no es posible inferir esa aceptación tácita cuando, como acontece en el asunto sub-judice-, los demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda y, a su vez, recurrieron las sentencias de instancia con base en la inconformidad sobre el juicio que en cada una de ellas se hizo de uno de los presupuestos procesales, ataque que, por lo demás, resultó avante en casación. Vale decir, que los demandados, por enjuiciar un aspecto esencial de la cuestión de fondo, no entraron a discutir los tópicos propios de las consecuencias de esta.

Si las cosas son como se ha dicho, resulta obvio inferir que *la sentencia aprobatoria de la partición es inoponible al demandante titular de la acción de herencia, lo que lo legitima para exigir que la partición se efectuó con su intervención y atendiendo las normas que disciplinan la división sucesoral.*

En este orden de ideas, se revocarán las decisiones de la sentencia apelada por medio de las cuales el A-quo hizo adjudicación de los bienes herenciales.

Decisión:

Por lo anteriormente 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,

Resuelve:

PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales primero, cuarto y quinto de la sentencia proferida el 29 de marzo de 1990 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario adelantado por LUISA MARIA ALONSO GAMEZ frente a SORAYA ALONSO APONTE, quien fue citada como heredera de TOMAS RAFAEL ALONSO BAQUERO.

SEGUNDO.- REVOCAR los numerales segundo y tercero de la susodicha sentencia y en su defecto se dispone lo que sigue.

TERCERO.- Tiene derecho la demandante a que se le adjudique una cuota herencial equivalente a la de la demandada, en la partición que se efectúe en la sucesión de TOMAS RAFAEL ALONSO BAQUERO y a que se le restituyan los bienes que se le adjudiquen, junto con sus frutos en la forma a que alude el numeral 4 de la sentencia recurrida.

Cópiese y Notifíquese.-

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

CONTRATO DE SUMINISTRO / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En la hipótesis de acordar las partes que una de ellas pueda dar por terminado el contrato de suministro con la asunción como consecuencia de determinadas prestaciones, al hacer uso de la facultad dicha parte tiene que cumplir las prestaciones que su voluntad convenida determinó con la otra parte, luego si no responde a lo que se obligó, es pretermitir su compromiso surgido del consentimiento contractual. Es por eso entonces por lo que ante la inconsecuencia ocurrida la hipótesis convencional, la situación es de responsabilidad contractual por incumplimiento. / Características del contrato de suministro.

CONTRATOS / INTERPRETACION CONTRACTUAL

El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituyen una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon.

CORRECCION MONETARIA

Para establecer la suma de dinero que el deudor debe pagar al acreedor. se aplica la regla general según la cual se procede de la siguiente manera: cada una de las sumas constituyen la base que debe ser objeto del reajuste, de lo cual se infiere que la actualización resulta de sumar a esta base la variación ocurrida entre la fecha del pago y la del último índice certificado por el Dane (base x variación). La variación a su vez se obtiene multiplicando la base por el índice final certificado dividiendo por 100. pues ésta corresponde a la

devaluación porcentual de las dos fechas. En síntesis y en los términos más claros, al capital nominal a restituir se le debe sumar la depreciación ocurrida, a ese capital en el lapso respectivo. / SALVAMENTO DE VOTO: Se formula salvamento de voto en torno a las operaciones de liquidación allí puestas en práctica para expresar las mencionadas condenas en cantidades determinadas, habida cuenta que el procedimiento utilizado con la asistencia de peritos para calcular intereses y aplicarlos a capitales de antemano reajustados, en tanto no consulta la distinta naturaleza de las obligaciones en discusión, redunda en una carga excesiva para aquella entidad en su condición de deudora de las prestaciones respectivas, carga que en consecuencia no tiene claro respaldo en la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 3061* *Sentencia No. 43*

Se procede a dictar la sentencia sustitutiva en el proceso ordinario instaurado por el "Consorcio Colombiano de la Construcción", integrado por las sociedades "Ingenieros Constructores Gayco S.A.", "Vías y constructores Vincon S.A.", "Carrillo Manrique y Asociados Limitada", "Uricoechea Calderón y Cía. Ltda." y "Nieto Reyes Ltda.", frente a "Occidental de Colombia Inc., Corporación de Del Ware, Estados Unidos de Norteamérica (sic), sucursal de Colombia", de acuerdo con lo previsto en la de casación del 23 de enero de 1992, (fls. 42 a 61, c. Corte).

1. Antecedentes:

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, el "Consorcio Colombiano de la Construcción", integrado por "Ingenieros Constructores Gayco S.A.", "Vías y Construcciones Vincon S.A.", "Carrillo Manrique y Asociados Limitada", "Uricoechea Calderón y Cía. Ltda." y "Nieto Reyes Ltda.", por medio de procurador judicial, demandó a la sociedad "Occidental de Colombia Inc., Corporación de Delware, Estados Unidos de Norteamérica (sic), sucursal de Colombia", para que por los

trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"A.) Que la sociedad demandada, está obligada a reconocer y pagar a las sociedades demandantes el valor de la indemnización pactada en la cláusula 18 del contrato identificado con el número M-14/85, el cual estimó en cifra superior a cien millones de pesos m/cte., o la suma mayor o menor que determinen los peritos que para tal efecto se servirá designar ese Despacho, incluyendo los intereses corrientes y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, desde la fecha en que debió pagarse la indemnización, o sea inmediatamente se declaró, unilateralmente, terminado el contrato a partir del 31 de diciembre de 1985.

"SEGUNDO. Que se ordene el reconocimiento y pago de las facturas cuentas o actas que aún no se han cancelado, correspondientes a las prestaciones cumplidas por mis representantes durante el año de 1985 en desarrollo del OTROSI No. 3, así como también la depreciación de esos valores, y los intereses moratorios por el no pago de tales sumas dentro del término de 30 días siguientes a su presentación conforme a lo estipulado expresamente en el contrato, todo esto de acuerdo con las pruebas que se alleguen". (fls. 82 y 83, c. 1).

2. Las precedentes pretensiones se fundamentaron en los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. Las partes suscribieron contrato de ejecución de obras el 28 de febrero de 1985, mediante el cual el Consorcio Colombiano de la Construcción, integrado por las mencionadas sociedades, se encargó en favor de la Occidental de Colombia de la "construcción por sistema de precios fijos unitarios de los terraplenes de factibilidades de producción No. 2, según alcance detallado del trabajo y de las especificaciones indicadas en el anexo 8. Se deja constancia que el contrato es de obra y no de exploración.

2.2. La sociedad contratante. Occidental de Colombia, en la cláusula 18 del convenio "se reservó el derecho a dar por terminado el contrato en cualquier momento antes de la terminación de los trabajos contratados, sin necesidad de expresar causa alguna...", pactando la obligación de indemnizar los perjuicios que reciban los contratistas.

2.3. Cumpliendo el objeto principal del contrato, las partes acordaron,

mediante "OTROSI No. 3 AL CONTRATO C/M-14/85", mantener vigentes las condiciones generales del contrato principal, pero modificando el objeto de dicha relación en el sentido de que el contratista suministrara el servicio de "mantenimiento de tierras, mediante el sistema de tarifas horarias de maquinaria".

2.4. La cláusula cuarta del "OTROSI" dejó constancia que los trabajos contratados fueron concluidos y se cumplieron las obligaciones relativas al mismo por parte de los contratistas, "con lo cual se está reconociendo que mis representadas (sociedades del consorcio) no fueron objeto de reclamo alguno por parte de la OXY en relación con la ejecución total del contrato".

2.5. Según la cláusula sexta del OTROSI, el plazo final del contrato se prolongó hasta el 1o. de julio de 1986, agregando que "sin perjuicio de lo cual OXICOL continúa reservándose el derecho de dar por terminado unilateralmente este contrato mediante aviso escrito dirigido al CONTRATISTA con 24 horas de anticipación".

2.6. La prerrogativa de la OXY es igual al contrato original con la diferencia de comprometerse a dar aviso. La iniciación de trabajos objeto del OTROSI por parte de los contratistas se definió en la cláusula segunda, según la cual "los equipos ... se hallan a disposición de OXICOL en el sitio de la obra desde el primero (1o.) de julio de 1985, y los servicios objeto de este OTROSI comenzaron a efectuarse a partir del dieciséis (16) de julio".

2.7. La cláusula novena expresó que las "anteriores modificaciones no darán lugar a otros cambios en las condiciones y términos del contrato, los cuales continuarán con plena exigibilidad y vigencia entre las partes en la forma como originalmente se estipularon en cuanto no contradigan lo dispuesto en este otrosí".

2.8. Aunque en el OTROSI no se acordó expresamente la indemnización por terminación anticipada, la intención de las partes fue la de que "quedará vigente la fórmula pactada en la cláusula NOVENA del otrosí, y además porque al ratificarse expresamente la prerrogativa de OXY para declarar terminado unilateralmente el contrato en forma anticipada, quedaba indiscutiblemente vigente su complemento o fórmula indemnizatoria contractual...". La adición que incluyó el compromiso de OXY para dar aviso con antelación de 24 horas, no puede dejar sin valor el resto del contenido de esta cláusula.

2.9. En oficio que dirigió el señor B. Larsen al contratista el 26 de diciembre de 1985, recibido por éste el 30 del mismo mes y año, el contratante dio aviso de terminación del contrato No. M-14/85 y Otrosí, a partir del 31 de diciembre de 1985.

2.10. Terminado unilateralmente el contrato, los contratistas han requerido el pago e indemnización pactada sin resultados favorables.

2.11. Las cuentas presentadas por los contratistas dentro de los 30 días siguientes a su terminación, como se pactó, no han sido canceladas.

3. Trabada la relación jurídico procesal y tramitada la primera instancia, el juzgado del conocimiento profirió sentencia el 12 de enero de 1989 denegando las pretensiones de las sociedades demandantes (fls. 496 a 499, c. 1). Apelada la decisión, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por sentencia del 10 de noviembre de 1989 la confirmó. (fls. 22 a 30 c. 2).

4. Interpuesto el recurso de casación por la parte demandante contra la decisión del Tribunal, la Corte la casó con sentencia del 23 de enero de 1992 (fls. 42 a 61, c. Corte). Pero antes de proferir la sustitutiva decretó pruebas de oficio que, allegadas, corresponde proferir el fallo de instancia.

II. Consideraciones:

5. Como no se observa motivo de nulidad capaz de invalidar lo actuado y los presupuestos procesales concurren a plenitud, es de rigor decidir el asunto en el fondo.

En efecto, se radicó en el *a-quo* la competencia, las partes, personas jurídicas, acreditaron su existencia y representación con los correspondientes certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá, por lo tanto son capaces para ser partes (artículo 77, numerales 3 y 4 del C.P.C.); comparecen al proceso asistidas por apoderados judiciales debidamente acreditados para postular (artículo 63 ibidem) y las exigencias formales de la demanda no merecen reparo alguno.

6. Les asiste a las partes legitimidad por activa y por pasiva para conformar la relación jurídica procesal, pues están vinculadas como demandantes y demandada por un contrato del cual nacen obligaciones recíprocas.

7. Reclamaron las demandantes que la sociedad Occidental de Colombia INC, está obligada a reconocer y pagar el "valor de la indemnización pactada en la cláusula 18 del contrato identificado con el número M-14/85...", que se estimó en suma superior a los cien millones de pesos, incluyendo intereses corrientes y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda desde la terminación del contrato el 31 de diciembre de 1985. Y "de las facturas, cuentas y actas que aún no se han cancelado correspondientes a prestaciones cumplidas en 1985 en desarrollo del contrato denominado OTROSI No. 3, así como también la depreciación de esos valores y los intereses de mora por el no pago conforme se estipuló expresamente en el contrato". (fls. 82 y 83, c. 1).

Definido el contrato de suministro por el artículo 968 del C. de Co., emana de allí que es bilateral, y oneroso y de ejecución sucesiva, además de ser consensual.

Estas características permiten entender que *las partes gozan de la autonomía de su voluntad y de la libertad contractual, de modo que lo estipulado es imperativo para ellas al tenor del artículo 1602 del Código Civil, aplicable a este negocio en virtud de las previsiones de los artículos 2o. y 822 del C. de Co. Por lo tanto, si de acuerdo con el artículo 973 de este ordenamiento una parte confiere a la otra el derecho de dar por terminado el contrato, sujetando su facultad a las formas que acuerden y asumiendo las prestaciones que, aun tácitamente, los sujetos del contrato determinen, entonces, si una parte a la otra le confirió la facultad de ruptura y ésta la ejerce de modo diferente o no asume el comportamiento a que se comprometió, se está frente a una situación de incumplimiento del acuerdo. La responsabilidad en que incurre la parte es contractual, como que está faltando al comportamiento a que libremente se comprometió en el contrato que a su talante dio por terminado. Esto es, en la hipótesis de acordar las partes que una de ellas pueda dar por terminado el contrato de suministro con la asunción como consecuencia de determinadas prestaciones, al hacer uso de la facultad dicha parte tiene que cumplir las prestaciones que su voluntad convenida determinó con la otra parte, luego si no responde a lo que se obligó, es pretermitir su compromiso surgido del consentimiento contractual. Es por eso entonces por lo que ante la inconsecuencia ocurrida la hipótesis convencional, la situación es de responsabilidad contractual por incumplimiento.*

Por lo tanto, son de vigencia clara las reglas y normas relativas al incumplimiento del contrato. Esto es, el incumplido deberá indemnizar a la

parte cumplida la integridad de los perjuicios causados por faltar a su promesa.

8. Con las afirmaciones y material probatorio recaudado durante el proceso quedó establecido:

8.1. La parte actora "Consorcio Colombiano de la Construcción", integrado por las sociedades "Ingenieros Constructores Gayco S.A.", "Vías y Construcciones Vincon S.A.", "Carrillo Manrique y Asociados Limitada", "Uricoechea Calderón y Cia. Ltda." y "Nieto Reyes Ltda.", como apoyo de las pretensiones, invocó la calidad de contratista con la entidad "Occidental de Colombia Inc.", mediante convenio suscrito en Bogotá el 28 de febrero de 1985, identificado como "contrato para la construcción de los terraplenes y factibilidades de producción No. 2 (M/85)" (fls. 6 a 32, c. 1).

A este contrato inicial se le adicionó el acuerdo que se denominó "OTROSI" No. 3 AL CONTRATO C/M 14/85, suscrito en Bogotá el 2 de octubre de 1985, en el que se manifestó: "PRIMERO: Por motivo de la terminación del objeto inicial del contrato las partes mediante el presente otrosí están de acuerdo en mantener vigentes las condiciones generales pactadas en el contrato principal, modificando el objeto de dicha relación. En consecuencia el nuevo objeto consiste en el suministro por parte del CONTRATISTA del servicio de movimiento de tierras, mediante el sistema de tarifas horarios de maquinaria". (fls. 33 y 33v., c. 1).

8.2. Los contratantes en la cláusula 18 del convenio inicial expusieron:

"Terminación anticipada del contrato por parte de Oxy

"Mediante notificación el contratista OXY tendrá el derecho de dar por terminado el presente contrato, sin expresión de causa, en cualquier momento antes de la terminación del trabajo objeto del presente contrato. En dicho caso, OXY pagará al contratista la suma que resulte mayor entre: (I) los costos y gastos reales y razonables incurridos por el contratista hasta la fecha de terminación del contrato, más 10% o (II) un porcentaje del monto bruto pagadero al contratista bajo el presente contrato equivalente al porcentaje del trabajo total a ser ejecutado bajo el presente contrato que haya sido completado al momento de dicha terminación" (fls. 16 y 16v., c. 1).

Respecto de lo anterior, en el "OTROSI No. 3 AL CONTRATO C/M-14/85", expresaron:

"SEXTO- PLAZO Y TERMINACION: Por virtud de los nuevos servicios el plazo final del contrato se prolonga hasta el dia primero (1o.) de julio de 1986, sin perjuicio de lo cual, OXYCOL continúa reservándose el derecho de dar por terminado unilateralmente este contrato mediante aviso escrito dirigido al CONTRATISTA con 24 horas de anticipación". (fl. 35, c. 1).

8.3. La "OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC.", mediante comunicado del 26 de diciembre de 1985 que dirigió a "Señores Consorcio Colombiano de la Construcción. Atención: doctor Germán Alvarado...", manifestó:

"Sirva la presente para dar a ustedes aviso de terminación del contrato No. M-14/85 fechado el dos (2) de octubre de 1985, en desarrollo de lo estipulado en la cláusula sexta del OTROSI No. 3, para que dicha terminación tenga efecto el día treinta y uno (31) de diciembre de 1985, fecha a partir de la cual no requerimos de sus servicios... Atentamente. OCCIDENTAL DE COLOMBIA, INC. (fos.) B. Larsen Vicepresidente de Construcción...". (fl. 73 c. 1).

8.4. Demostrado está también que la entidad demandante envió a la OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC., las actas y cuentas de cobro correspondientes a los períodos 16 a 31 de julio, agosto y septiembre de 1985, con oficio del 29 de octubre de ese año, recibido por la empresa demandada, según se observa en los folios 36 y ss. del cuaderno primero. Además la comunicación del 19 de noviembre de 1986, en la cual se detallan los valores, que ascienden a la suma de $14.631.612,75 como "total no pagado injustificadamente" (fls. 103 y 104 c. 1).

9. Las sociedades integrantes de la parte demandante pretenden obtener el pago de la indemnización derivada del rompimiento unilateral del contrato de suministro por la entidad OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC.

El contrato de suministro, como se dijo, lo regula el Título III, Libro Cuarto del Código de Comercio. El artículo 968 lo define como "... el contrato por el cual una persona se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios".

El negocio jurídico celebrado conforme con preceptos jurídicos constituye "una ley para los contratantes" (1602 del C.C.): la forma de ejecución y demás cláusulas son, pues, "ley para los contratantes"; su verdadera voluntad determina el comportamiento que tiene que observar, la una frente a la otra.

En el punto tiene dicho la Corte:

"... analizando e interpretando unas con otras, de modo que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajuste a la naturaleza y a la finalidad de la convención y que concurran a satisfacer la común intención de las partes. El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituyen una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon" (Cas. Civ. 15 de marzo de 1985, CXI y CXII, 71).

10. La armonía entonces de las cláusulas del contrato, conformado por el acuerdo inicial y por el del otrosí, la estrecha relación y conexidad entre ellas, estando lejos de constituir contratos diferentes o como novación contractual, claramente permiten entender que lo acordado en el otrosí No. 3 expresa la intención de los contratantes de guardar coexistencia en un solo contrato, como que no se vislumbra incompatibilidad entre las varias manifestaciones de unas mismas voluntades. Esa conexidad armónica conduce además a la legitimación en causa activa de los contratantes demandantes, pues reitérase que el mencionado Otrosí no altera de ninguna manera lo relacionado con los sujetos del contrato.

Así lo entendió la Corporación al expresar en la sentencia de casación:

"Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que la conclusión del Tribunal en el sentido de que la relación contractual fue novada por otra en la que la parte contratista es también diferente, es contraria a la realidad ofrecida por el proceso, como quiera que el llamado contrato inicial y el otrosí No. 3 conforman un sólo cuerpo, suscrito por unas mismas partes. Por ende, la deducción a que llegó el fallo del *ad-quem* respecto de que las sociedades actoras carecen de legitimación en causa para iniciar este proceso, es contraevidente". (fls. 58 y 59, c. Corte).

11. Siendo así, pues, que no existió novación contractual; teniendo los demandantes legitimación para exigir el cumplimiento del contrato y, en consecuencia, existencia jurídica la obligación contractual, es necesario, en sede de instancia, y en virtud de la alzada de la parte demandante, revocar el fallo del *a-quo*, acceder a las pretensiones, y declarar en cambio, imprósperas las excepciones de mérito tanto las que se alegaron como cualquier otra, por no aparecer probada ninguna.

En efecto, los documentos que contienen el contrato M-14/85 con el Otrosí No. 3, no fueron tachados de falsos ni objetada su existencia; las cláusulas en ellos contenidas admiten conexidad, de modo que la voluntad de las partes manifestada inicialmente se extiende a la expresada adicionalmente "en cuanto no contradigan lo dispuesto en este otrosí", ya que no se vislumbra contradicción. Por esto la OXICOL al declarar terminado unilateralmente el contrato, debe dar cumplimiento a su compromiso en favor de los contratistas expresado en la cláusula 18 del convenio, en armonía con la cláusula 6a. del OTROSI. Al arribar a esta conclusión es irrelevante retroceder al análisis de la cuestión, como que fue definitivamente precisada en la sentencia que quebró la del *ad-quem*.

12. La Sala, para establecer en forma concreta la indemnización a que tiene derecho la parte demandante, ordenó, de un lado, la práctica de prueba pericial, mediante la cual, previa la actividad preliminar y de desarrollo del dictamen a los libros de la sociedad demandante, se determinó que dichos libros "se encuentran debidamente registrados, numerados y rubricados en la Cámara de Comercio de Bogotá. Además verificamos los libros auxiliares y demás soportes pertinentes como facturas, recibos de ingreso de caja, consignaciones, listados de movimiento, hojas de trabajo, etc.", dicen los expertos.

De otro lado, se pidió al Departamento Nacional de Estadística, DANE, informar la devaluación o pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano desde el 1o. de enero de 1986 hasta noviembre de 1992, con el propósito de determinar la cantidad equivalente de dinero que la demandada debe pagar a las demandantes como indemnización por su incumplimiento contractual. Al efecto la entidad mencionada informó el 1o. de diciembre de 1992 (fls. 118 c. Corte) "que la Variación Porcentual Acumulada del Indice de Precios al Consumidor Nacional Total en diciembre 31 de los años a continuación relacionados es como sigue: Año 1986 diciembre 31, 20.95... Año 1992 - Enero 1o.- Octubre 31, 23.07...".

Con base en dicho informe, y por ordenarse así, los peritos conceptuaron (fls. 134 a 137 c. Corte) en dictamen que se puso en conocimiento de las partes, como igualmente el citado informe, que: "sumas de dinero a pagar basadas en la cláusula 18 del Anexo A, del contrato M-14/85 y 6o. del Otrosí No. 3 del mismo contrato:

1. Según alternativa (i)

Actualización a valor presente de $117.940.217 del 1.1.86 al 30.11.92 de acuerdo con el informe o certificación del DANE No. 00016 del 26.11.92 y 531-62.13 del 1.12.92 que obran en el expediente (Anexo No. 1, de 5 hojas) ($117.940.217 x 500.80%, ver Anexo No. 2A). ... $891.124.607.

- Más intereses comerciales sobre $117.940.217 del 1.1.86 al 30.11.92 año por año, según detalle (Anexo No. 3A) y calculados con base en certificación de la Superbancaria (Anexo No. 4) ... $429.040.453

Cantidad total a pagar $1.320.165.060.

2. Según alternativa (ii)

Actualización a valor presente de $190.838.682 del 1.1.86 al 30.11.92 de acuerdo con el informe o certificación del DANE No. 00016 del 26.11.92 y 531-62.13 del 1.12.92 que obran en el expediente (Anexo No. 1, de 5 hojas), (190.838.682 x 500. 80%. Ver anexo No. 2B) ... $955.720.119.

- Más intereses comerciales sobre $190.838.682 del 1.1.86 al 30.11.92 por año, según detalles (Anexo No. 3B) y calculados con base en certificación de la Superbancaria (Anexo No. 4) ... $460.140.580

CANTIDAD TOTAL A PAGAR: $1.415.860.699.

Como en este caso obra prueba pericial, producida con base en el informe del DANE, y dicha prueba reúne los requisitos del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual merece credibilidad, esa será la probanza que se tenga en cuenta para determinar la suma de dinero que la parte condenada deberá pagarle al acreedor.

Como en la demanda -pretensión primera A) (fls. 82, c. 1)- se pide una condena por cien millones de pesos ($100.000.000.00) o la suma mayor o menor que se determine pericialmente, de acuerdo con la cláusula 18 del

contrato (fl. 15 y 15v., c.), y esta trae dos alternativas para el demandante, la interpretación que surge de dicha súplica en la forma como está concebida, es la de que la sociedad demandante aspira a la mayor cantidad de acuerdo con dictamen pericial. Con ese entendimiento, la cantidad que deberá pagar la parte demandada será la de un mil cuatrocientos quince millones ochocientos sesenta mil seiscientos noventa y nueve pesos ($1.415.860.699.oo), según el citado dictamen pericial. Las demandantes, si les fuere necesario, tienen el derecho que el artículo 308, inciso tercero, del C. de P.C., confiere al acreedor de sumas de dinero.

12.1. La objeción por error grave al concepto pericial rendido en primera instancia, además de carecer de fundamento pues no se puede calificar al Consorcio Colombiano de la Construcción como extraño o tercero, según arriba se dijo, es intrascendente porque la pericia que se acoge para la solución del litigio es el decretado y practicado en esta segunda instancia.

13. La certidumbre procesal de al prueba pericial comentada; su conducencia frente a los hechos demostrados; la idoneidad de los expertos; la ausencia de causa para poner en duda la seriedad y sinceridad de los conceptos; la explicación de los motivos que los llevaron a las conclusiones a que llegaron; la firmeza y lógica; los traslados que se dieron en legal forma, llevan entonces a la conclusión de acoger este medio probatorio en concordancia con el informe del DANE para efectos de la tasación en concreto de la indemnización que debe cancelar la entidad demandada, único objeto además del informe y de la pericia.

14. Respecto de la suma de dinero que según las demandantes se les adeuda por trabajos realizados, el examen conjunto de los medios probatorios existentes en el proceso (documental, testimonial, de confesión), permiten establecer en forma precisa, que es la suma de $14.631.672.75, la cantidad que por concepto de pago de los trabajos correspondientes al Otrosí No. 3, debe la OCCIDENTAL DE COLOMBIA al Consorcio Colombiano de la Construcción.

A esta cifra se refiere el procurador judicial de los demandantes en su alegato de conclusión como monto "no pagado y adeudado por Occidental" (fl. 478, c. 1), haciendo referencia al documento visto en el folio 104 del mismo cuaderno, sin que en realidad, por parte de la OCCIDENTAL DE COLOMBIA, exista prueba de su negativa a su reconocimiento, porque se limitó a expresar, por intermedio de su representante judicial, que "sólo está demostrado, en favor de la parte demandante, que presentó unas cuentas de cobro que

fueron oportunamente OBJETADAS y que dichas objeciones no han sido discutidas dentro del proceso...". (fl. 494).

Las referidas objeciones, según comunicación del 26 de diciembre de 1985 (fls. 133 y 134, c. 1), son de este contenido:

"Sirva la presente para informarles que hemos revisado las cuentas presentadas por el Consorcio Colombiano de la Construcción correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1985, sobre las cuales tenemos objeciones que se resumen así:

"1. Cuenta de agosto de 1985:

"C.C.C. Cobra	$17.666.922.oo
"OXICOL reconoce	$9.933.295.oo
Cantidad rechazada	$7.733.627.oo

"2. Cuenta de septiembre de 1985

"C.C.C. cobra	$40.081.840.75
"OXICOL reconoce	$35.807.694.50
Cantidad rechazada	$4.274.146.25

"3. Cuenta de octubre ...

"4. Cuenta de noviembre ...

"Las dos primeras cuentas arriba citadas fueron estudiadas por nuestro Departamento de Auditoría con base en sus informes de obra".

Respecto de la primera cuenta, Occidental de Colombia en comunicación del folio 229 del 31 de diciembre de 1985, le informa a Consorcio Colombiano de la Construcción, que le deduce la suma de $7.733.627.oo por razón de "valor no aprobado por el Departamento de Construcción".

En relación con la segunda factura, en comunicación del folio 223 (cdno. No. 1), Occidental de Colombia, Inc., informa a Consorcio Colombiano de la Construcción que ha deducido de su factura No. 1412 acta No. 3, $4.274.146.25 debido a "valor no aprobado por el Departamento de Construcción".

El juez *a-quo* en la nombrada sentencia del 12 de enero de 1989 (fls. 496 a 499, c. 1), en nada se refirió a este tema, pues su decisión descansó sobre la

base de que había ilegitimidad en causa activa, negando por eso las pretensiones. Al propio tiempo la parte demandada se refirió a puntos relativos a esa misma posición del *a-quo*, calificando de extraños o terceros a las entidades demandantes ya que existió novación del contrato.

14.1.1.a parte demandante pide por este concepto la suma de $14.631.612,75.

Precísase que esta suma resulta del examen que se hace de los siguientes elementos de prueba:

a) EL OTRO SI No. 3 AL CONTRATO C/M 1485 (fl. 133) en las cláusulas que son de este contenido: "... En consecuencia el nuevo objeto consiste en el suministro por parte del CONTRATISTA de servicios de movimiento de tierras, mediante el sistema de tarifas horarias de maquinaria". "... TERCERA, FORMA DE PAGO. EL CONTRATISTA presentará sus cuentas de cobro a OXICOL en pesos colombianos, mensualmente, por triplicados, debidamente visadas por interventoría procurando que esto se realice dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente a aquél en que se efectúen los servicios en virtud del nuevo objeto del contrato. Para ello el CONTRATISTA deberá remitir todas las cuentas de acuerdo con lo siguiente..." (fl. 34). "...A su vez OXICOL pagará las sumas adeudadas al CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la presentación de las cuentas de cobro. Estas deberán contener el número del NIT (Número de Identificación Tributaria) una descripción de los servicios prestados, y estarán en idioma español..." (fl. 34v).

b) El envío por parte del Consorcio Colombiano de la Construcción C.C.C. GAYCO S.A. a Occidental de Colombia de las actas y cuentas de cobro correspondientes a los períodos que van del 1 al 31 de agosto y del 1 al 30 de septiembre de 1985, debidamente visadas por Federico Braver -jefe de construcciones- el 29 de octubre de 1985 y recibidas en la misma fecha por Federico Braver (fl. 36, c. 1).

La primera de dichas cuentas es por la cantidad de $17.666.922.oo y la segunda por la suma de $40.081.840.75 moneda corriente (fls. 39 y 41, c. 1).

Respecto de la primera cuantía es de recordar que la Occidental de Colombia, conforme a la comunicación que obra en los folios 133 y 134, reconoce a la demandante la suma de $9.933.295.oo y rechaza la cantidad de $7.733.627.oo. Frente a esta última cuantía la demandada no demostró con

elementos idóneos de convicción, el fundamento de la objeción, según las glosas que hizo el Departamento de Construcciones de la Occidental de Colombia, Inc. (fl. 229, c. 1). Por el contrario está el visto bueno que Federico Braver, jefe de construcciones de Occidental de Colombia Inc., colocó a la cuenta de cobro (fl. 39) como al acta No. 002 (que registra el récord de trabajo desarrollado en ese período, como el total de horas a cobrar).

Síguese entonces que por este concepto queda a cargo de la Occidental de Colombia Inc. un saldo por servicios prestados en cantidad de $7.733.627.oo moneda corriente.

En relación con la partida segunda de $40.081.840.75, la Occidental reconoce la suma de $35.807.694.50 y rechaza la cantidad restante, esto es $4.274.146.25.

De modo que como durante el curso del proceso no se probó la razón de ser de la objeción, con el Acta del Departamento de Construcciones de la Occidental de Colombia, Inc. ni con otra prueba técnica, la objeción en esas condiciones concebida carece de asidero legal.

Y dado que la preacta y acta están debidamente visadas por Federico Braver, jefe de construcciones de la Occidental de Colombia, hay que concluir que el guarismo reclamado corresponde exactamente al valor de las obras realizadas por el consorcio demandante.

Resulta entonces que a favor de la demandante hay un saldo por la suma de $4.274.146.25 que totalizado a la cantidad de $7.733.627.oo da un total de $12.007.773.25.

Empero como el apoderado judicial de la parte demandante en comunicación del folio 104 del cuaderno principal, refiere que las cuantías aceptadas por la Occidental son superiores a las sumas atrás indicadas ($9.933.295.oo y $35.807.694.50, $11.185.435.oo y $36.889.438.50, según tal escrito), a dicha suma debe subordinarse la Corporación para los fines de la regulación de que se trata. Entonces, como en relación con la primera cuenta que comprende el período que va del 1o. al 31 de agosto de 1985, se establece un saldo de $6.481.487.oo, que resulta de aceptar la confesión del apoderado de la parte actora contenida en el escrito del folio 104 renglón 17 y para la segunda que se refiere al ciclo que va del 1o. al 30 de septiembre de 1985 (folio 41), la cantidad

de $3.192.402.25, con igual origen de la anterior, -folio 104, renglón 18-, tiénese que lo adeudado asciende a $9.673.889.25. Más como en relación con la cuenta del 16 de julio al 31 de julio de 1985, quedó un saldo de $4.957.723.50 el total adeudado asciende entonces a la cantidad de $14.631.612.75.

Es evidente que las cuentas de cobro están sujetas a revisión y aprobación posterior. Mas como las objeciones a dichas cuentas tienen que estar fundadas en circunstancias de hecho muy precisas y además estar debidamente probadas dentro del proceso, ya que en caso contrario debe prevalecer el visto bueno que a tales cuentas les haya colocado el interventor o la persona autorizada por la Occidental de Colombia, Inc. la omisión de la prueba a que en otro sitio de esta providencia se hizo referencia, implica que éstas deben aceptarse en la forma en que han sido presentadas.

c) La manifestación que se contiene en el escrito de contestación a la demanda (fl. 157) al replicar la pretensión segunda en estos términos: "SEGUNDO. Parte de una supuesta mora para pedir intereses moratorios, el doble del interés bancario corriente, mas corrección monetaria, lo cual implica un interés superior al 85% anual lo cual está sancionado en el artículo 235 del Código Penal".

De su contexto se infiere que se acepta la obligación principal que se reclama, y solo se cuestiona lo referente a la indemnización pedida.

d) El testimonio de Víctor Rodríguez (fl. 289), quien en su condición de jefe del departamento de Ingeniería Civil de la Occidental de Colombia Inc., declara: "PREGUNTADO. Recuerda usted el sistema utilizado o procedimientos para el registro de las horas máquinas, trabajadas por el equipo contratado al consorcio colombiano de la Construcción y que servía posteriormente de base para el cobro de las cuentas pertinentes? CONTESTO. Durante la ejecución de este contrato y de todos los contratos nuestros supervisores de campo deberían llevar el tiempo en planillas diariamente el cual se pasaría a un cuadro resumen que posteriormente sería la base de las actas. PREGUNTADO: En el caso del Otro Si No. 3 podría usted informarle al despacho el nombre del representante de la Occidental que cumplió las funciones de supervisor? CONTESTO: En el momento de la ejecución de este contrato había dos supervisores en campo, cuyos nombres son Federico Brawer o Brauer y Mario Uribe ...." (Y son precisamente estas personas quienes aparecen visando las cuentas que el Consorcio Colombiano de la Construcción GAYCO S.A. presenta a la Occidental de Colombia, Inc., fls. 39 a 44, 46 y 47, c. 1).

e) La declaración del doctor Alfonso Bejarano Gallo, rendida el 23 de octubre de 1987 (fl. 291v) quien relata: "PREGUNTADO: Recuerda usted cuál era el procedimiento utilizado durante la relación contractual para contabilizar las horas máquina trabajadas por el equipo suministrado por el Consorcio Colombiano de la Construcción, con fundamento en el cual se elaboraban posteriormente las cuentas de cobro? CONTESTO: Si las cuentas las elaborabamos en base de una relación de las horas que las vigilaba un interventor de parte de la Occidental que le ponía el visto bueno para poder luego presentárselas al señor Federico de un apellido no recuerdo, pero como extranjero que era él, quien tenía también un visto bueno por parte de la Occidental, su cargo no se si era supervisor o alguna cosa y luego si presentábamos o elaborábamos la cuenta. Ya recuerdo FEDERICO BRAUER o BRAWER...".

f) El interrogatorio de parte que a instancia de la parte demandante absolvió el representante legal de la sociedad demandada doctor José Francisco Chalela Mantilla (fl. 201) cuya respuesta séptima es de este contenido: "PREGUNTADO: El señor Federico Brawer quien en alguno de los documentos que obran dentro del expediente aparece rubricándolos con su firma, qué función cumplía a nombre de Occidental de Colombia? CONTESTO: El señor Federico Brawer era funcionario del Departamento de Construcción en la compañía y desempeñaba las funciones propias de los ingenieros de campo y supervisión de obras".

g) El contenido y nota de recibo del documento del folio 36 del cuaderno principal por parte de la Occidental de Colombia, Inc. Lo primero, en cuanto al envío de las actas y cuentas de cobro correspondientes al período que va del 16 al 31 de julio de 1985; lo segundo respecto a que dichas cuentas fueron recibidas por Federico Braver jefe de construcciones de la Occidental de Colombia, Inc., el 29 X 85.

De cara a dicha prueba, debe precisarse, que como la parte demandada al contestar el libelo de demanda, no desconoció expresamente el contenido de tal documento, ni menos formuló ataque respecto de la autenticidad de la firma que en él aparece, impuesta precisamente por uno de los funcionarios de la Occidental de Colombia, Inc., como lo era el ingeniero Federico Braver, debe admitirse entonces que las cuentas del periodo que va del 16 al 31 de julio de 1985, sí fueron efectivamente remitidas por el consorcio demandante y recibidas por la compañía demandada.

Siendo así las cosas, aparece que el valor de la cuenta de cobro presentada por el período de que se trata, lo fue por la cantidad de $7.654.511.50.

Y como de esta suma, la parte actora, en los escritos de folios 104 y 478 del cuaderno No. 1 explica que hubo un abono de $2.696.788.oo moneda corriente quedando un saldo pendiente de $4.957.723.50, es de inferir que la suma total adeudada por la Occidental Inc. al Consorcio demandante, es la cantidad de $14.631.612.75 ($6.481.487.oo + 3.192.402.25 (fl. 27) + 4.957.723.50 (fl. 30) = $14.631.612.75).

Ahora bien. Como la nota que aparece en el original del documento del folio 138 (cdno. principal), no desvirtúa el recibo de la cuenta de cobro por el período del 16 al 31 de julio de 1985, por la Occidental de Colombia, Inc., ora porque el contenido y firma del documento que obra al folio 36 del cuaderno principal, no fue desconocido por la parte demandada en la oportunidad a que se refiere el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, ya porque nada adicional se le agregó a su texto por la persona que lo recibió (el ingeniero Federico Braver), ha de concluirse la intrascendencia del documento de que se habla, para los fines de la resolución que aquí se toma.

Es de resaltar el hecho de que siendo el ingeniero Federico Braver, jefe de construcciones de la Occidental de Colombia, Inc., y por lo tanto persona que conocía la relación de carácter contractual existente entre el consorcio demandante y la Occidental de Colombia Inc., no hubiese dejado constancia expresa y escrita de lo que aconteció con las cuentas del período que va del 16 al 31 de julio de 1985, en la copia que firmó en señal de su recibo, y solo la hubiese impuesto en el original que se le entregó. La experiencia enseña que nadie firma el recibo de un documento sin antes enterarse de su contenido y detalles. Si en realidad los hechos ocurrieron tal y como los plantea el ingeniero Braver, su descuido no puede alterar aquí la realidad objetiva y clara que muestra el documento tantas veces analizado.

h) La comunicación del 18 de marzo de 1986 de José Francisco Chalela - asesor general de Occidental de Colombia Inc.-, al doctor Fernando Santos Silva, mediante la cual se reconoce la existencia de una obligación a cargo de la primera y en favor del consorcio demandante, por la suma de $5.030.672.oo moneda corriente y se pone de presente que la cuenta de cobro firmada por el período del 16 al 31 de julio no ha sido recibida por Oxicol, si bien su monto no coincide con el que se extrae de las pruebas atrás examinadas, sí demuestra que en principio existen a cargo de la Occidental de Colombia Inc., obligaciones a favor del consorcio demandante y que están pendientes de satisfacción (fl. 113 a 118, c. 1).

15. De modo que como la sociedad demandante reclamó: "El reconocimiento y pago de las facturas, cuentas o actas que aún no se han cancelado, correspondientes a las prestaciones cumplidas durante el año de 1985 en desarrollo del Otro sí No. 3 así como también la depreciación de esos valores y los intereses moratorios por el no pago de tales sumas dentro del término de treinta (30) días siguientes a su presentación conforme a lo estipulado expresamente en el contrato, todo de acuerdo con las pruebas que se alleguen" (pretensión segunda fls. 82 y 83, c. 1) y presentó el título de donde emana la prestación que por vía judicial reclama, como también los documentos que acreditan el cumplimiento de la prestación a su cargo; mas se probó que quienes visaron las cuentas de cobro cuyo pago se pretende son funcionarios al servicio de la Occidental de Colombia Inc., y desempeñan funciones propias de los ingenieros de campo y supervisión de obras (entre ellas el registro y control de las planillas de trabajo); se precisó que el saldo que existía a su favor por el concepto reclamado, era la cantidad de $14.631.612.75 (fl. 104, c. 1), el cual coincide con el que la Corte dedujo con fundamento en las probanzas que se dejan analizadas, es de concluir que el actor cumplió con la carga que le imponen los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 del Código Civil en orden a obtener la tutela de los derechos que por esta vía reclaman.

Y como quiera que debe aceptarse que las cuentas presentadas por el consorcio demandante a la sociedad aquí demandada, corresponden al trabajo desarrollado por la primera, en razón de que si ello no hubiese sido así el propio ingeniero de campo las hubiera rechazado u objetado al tiempo en que se le presentaron para su aprobación, es de convenir entonces que como ni Federico Braver ni Mario Uribe concurrieron al proceso a declarar en contra de lo que ellos inicialmente aceptaron como real, ni menos obra en autos el informe del Departamento de Construcciones de la Occidental de Colombia, Inc., que especifique o particularice concretamente cuáles fueron las causas por las cuales esa sección rechazó el pago de las sumas que reclama la entidad demandante y a que atrás se hizo referencia, la legalidad de las cuentas presentadas, así como la cuantía que en ellas se contiene, resultan indiscutibles.

Siendo así las cosas, resulta entonces, que ni el testimonio de Derrick Jones (fl. 309), como los documentos que obran en los folios 126 y 127 del cuaderno No. 1 (estos últimos de creación posterior a la fecha de terminación del contrato, 31 de diciembre de 1985), acreditan las causas que aquel departamento tuvo para hacer las deducciones de que hablan los documentos de folios 223 y 229, es de admitir que lo debido por este concepto es lo que afirma la parte demandante.

De la misma manera la comunicación de folios 113 a 118 demuestra las causas atrás indicadas. Si la relación contractual terminó el 31 de diciembre de 1985 y tal escrito es del 10 de abril de 1986, es de lógica que las glosas que en él se puntualizan resultan extemporáneas.

Por consiguiente como el deudor no cumplió con la carga probatoria que le exige el artículo 1757 del Código Civil en razón a que no probó que en oportunidad hubiese satisfecho la prestación que a través de este proceso se le exige, resulta de lógica que el actor continúa legitimado en la causa para reclamar el reconocimiento y pago de la prestación que por medio de esta acción ha particularizado, como quiera que con las probanzas que pretendió demostrarlo no lo logró.

En efecto, de cara a los documentos que obran en los folios 438 a 441 y a los interrogatorios de parte que absolvieron los representantes legales de Vincon S.A. (fl. 436), Carrillo Manrique y Asociados Ltda. (fl. 442, c. 1), Uricoechea Calderón y Cía. Ltda. (fl. 444) y Nieto Reyes Ltda. (fl. 446), cabe precisar:

Respecto de los primeros su contenido no puede ser apreciado en razón a que fueron presentados extemporáneamente al proceso. Reza al texto el acta inicial: "Nota del Juzgado. Al formular esta pregunta -la segunda- el apoderado interesado en la prueba se vale de documentos que guarda personalmente".

En relación con la segunda prueba, su contenido no muestra la satisfacción de la obligación que aquí se reclama, ora porque se refiere a hechos anteriores a la formalización del contrato Otro Sí No. 3, ya porque dentro de la fase de contención la parte demandada no propuso por vía de excepción la compensación de estas sumas frente a las que la actora reclamaba por esta vía judicial.

15.1. De modo que como la cantidad de $14.631.612.75, según la cláusula 3a. (fl. 34v., c. 1), debía cubrirse por la Oxi dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la presentación de las cuentas de cobro y éstas se presentaron a la Occidental de Colombia el 29 X 85 (29 de octubre de 1985), es forzoso concluir que como a partir del 30 de noviembre de 1985 la sociedad demandada incurrió en mora en el pago de la suma que se trata, los intereses que se reclaman se causaron desde esa fecha y hasta su pago total.

15.2. En consecuencia como el cálculo de esta prestación no se sometió a peritaje, pero obra el certificado del DANE respecto de la depreciación o

pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, debe aplicarse la regla establecida por esta corporación en la sentencia del 10 de diciembre de 1992, con el propósito de actualizar la mencionada cantidad a la fecha en que se concretó la anterior o sea el 30 de noviembre de 1992. Dijo la Corte:

"... Para establecer la suma de dinero que el deudor debe pagar al acreedor, se aplica la regla general según la cual '... se procede de la siguiente manera: cada una de las sumas constituyen la base que debe ser objeto del reajuste, de lo cual se infiere que la actualización resulta de sumar a esta base la variación ocurrida entre la fecha del pago y la del último índice certificado por el Dane (base x variación). La variación a su vez se obtiene multiplicando la base por el índice final certificado, dividiendo por 100, pues ésta corresponde a la devaluación porcentual de las dos fechas. En síntesis y en los términos más claros, al capital nominal a restituir se le debe sumar la depreciación ocurrida, a ese capital en el lapso respectivo...' ".

Conforme a esa certificación resulta:

Actualización a valor presente de:

$14.631.612.75 del 30 de noviembre de 1985 al 30 de noviembre de 1992:

$14.631.612.75 x 500.80% ...	$73.275.116.65
Más capital nominal a restituir...	$14.631.612.75
Suma total...	$87.906.729.40

Ahora bien. Como los intereses comerciales de la primera cantidad se causaron del 30 de noviembre de 1985 al 30 de noviembre de 1992, a la liquidación de tal rubro procede la Corte, advirtiendo desde ya, que en el cálculo de éstos se toma en cuenta el capital inicial de $14.631.612.75 y no la cantidad de $73.275.116.65.

Respecto de los intereses cabe precisar que como la regulación que hicieron los expertos Alvaro Anduckia y Jorge Elias Alcázar en su ampliación al dictamen pericial inicial (fls. 134 a 137 c. Corte), con respaldo en la certificación de la Superintendencia Bancaria que obra en el folio 133 (ib) no recibió reclamo alguno dentro del término de traslado de que habla el auto del 14 de diciembre de 1992 (fol. 139 ejus), es de rigor convenir que como las tasas de interés que en dicho documento se precisan, tácitamente fueron aceptadas por las partes,

su campo de aplicación se hace extensivo a la liquidación de los intereses de la suma de $14.631.612.75.

16. Así las cosas, se ha de declarar que la sociedad OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC., está obligada a pagar a las sociedades integrantes del CONSORCIO COLOMBIANO DE LA CONSTRUCCION el valor de la indemnización "que resulte mayor" por la terminación unilateral del contrato, que se estimó pericialmente en la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL CIENTO DIEZ Y NUEVE PESOS ($955.720.119), al tenor de las cláusulas 18 del contrato No. M-14/85 y 6a. del OTROSI No. 3, más los intereses comerciales calculados con base en la certificación de la Superbancaria (anexo #4), desde la terminación unilateral del contrato el 31 de diciembre de 1985 y hasta el 30 de noviembre de 1992, o sea la suma de CUATROCIENTOS SESENTA MILLONES CIENTO CUARENTA MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS ($460.140.580), esto es la cantidad de un mil cuatrocientos quince millones ochocientos sesenta mil seiscientos noventa y nueve pesos moneda corriente ($1.415.860.699), advirtiendo como arriba se dijo (fls. 18 y 19 de este pronunciamiento), que los intereses se calculan sobre la cantidad básica ($190.838.682).

16.1. Así mismo se ha de declarar que la entidad demandada debe reconocer también de las cuentas que no ha cancelado, la que se estableció en la cantidad de $14.631.612.75, debida desde el 30 de noviembre de 1985, a cuyo pago se condenará a la parte vencida, más el interés bancario corriente efectivo anual, conforme a las tasas que certifica la Superintendencia Bancaria, hasta el día del pago.

De modo que la liquidación de intereses queda así:

Por el año de 1985: 1 día de noviembre
(14.631.612.75 x 33.60 x 1) / 360 = $13.656.17

(Diciembre)
($14.631.612.75 x 33.60 x 1) / 12 = $409.685.16

Por el año de 1986
(Enero a marzo)
($14.631.612.75 x 2.80 x 3) $1.229.055.48

(Abril a diciembre)
($14.631.612.75 x 33.81 x 9) / 12 = $3.710.211.20

Por el año de 1987
(Enero a mayo)
($14.631.612.75 x 33.81 x 5) / 12 = $2.061.228.45

(Junio a diciembre)
($14.631.612.75 x 32.52 x 7) / 12 = $2.775.616.94

Por el año de 1988
(Enero a mayo)
($14.631.612.75 x 32.52 x 5) / 12 = $1.982.583.53

(Junio a diciembre)
($14.631.612.75 x 34.04 x 7) / 12 = $2.905.350.57

Por el año de 1989
(Enero a diciembre)
($14.631.612.75 x 34.04) = $4.980.600.98

Por el año de 1990
(Enero a mayo)
($14.631.612.75 x 34.04 x 5) / 12 = $2.075.250.41

(Junio a diciembre)
($14.631.612.75 x 36.15 x 7) / 12 = $3.085.441.34

Por el año 1991
(Enero a febrero)
($14.631.612.75 x 36.15 x 2) / 12 = $881.554.67

(Marzo a diciembre)
($14.631.612.75 x 34.27 x 10) / 12 = $4.178.544.74

Por el año de 1992
(Enero a febrero)
($14.631.612.75 x 34.27 x 2) / 12 = $835.708.95

(Marzo a abril)
($14.631.612.75 x 42.41 x 2) / 12 = $1.034.211.16

(Abril a junio)
($14.631.612.75 x 38.47 x 3) / 12 = $1.407.195.36

(Julio a agosto)
($14.631.612.75 x 38.18 x 2) / 12 = $931.058.29

(Septiembre a octubre)
($14.631.612.75 x 34.33 x 2) / 12 = $837.172.11

(Noviembre)
($14.631.612.75 x 32.15 x 1) / 12 = $392.005.29

SUMA TOTAL DE INTERESES $35.726.130.80

RECAPITULACION:

Actualización de $14.631.612.75	$73.275.116.65
Capital nominal	$14.631.612.75
Intereses comerciales	$35.726.130.80
Suma total	$123.632.860.20

17. Arribase de este modo a que la apelación de los demandantes debe prosperar, para revocar la sentencia de primer grado y, en cambio, acceder a las pretensiones en la forma que acaba de indicarse, declarar no probadas las excepciones que alegó la entidad demandada y condenarla en las costas de ambas instancias.

Decisión:

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

Resuelve

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá el 12 de enero de 1989.

Segundo. En su lugar, DECLARAR que la entidad OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC CORPORACION DE DELWARE, ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (sic) Sucursal de Colombia, está obligada a reconocer a las sociedades "INGENIEROS CONSTRUCTORES GAYCO S.A.", "NIETO REYES LIMITADA", "VIAS Y CONSTRUCCIONES VINCON S.A.", "CARRILLO MANRIQUE Y ASOCIADOS LIMITADA" Y URICOECHEA CALDERON & CIA. LTDA." integrantes del "CONSORCIO COLOMBIANO DE LA CONSTRUCCION C.C.C.", el mayor valor de la alternativa pactada en la cláusula 18 del contrato identificado como M-14/85 y OTROSI No. 3 del 28 de febrero y 2 de octubre de 1985 y el valor de las cuentas dejadas de cancelar por OXICOL a las demandantes.

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la OCCIDENTAL DE COLOMBIA, INC (OXICOL) a pagar a las sociedades integrantes del CONSORCIO COLOMBIANO DE LA CONSTRUCCION (CCC), las siguientes cantidades de dinero:

A. UN MIL CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS ($1.415.860.699.oo), pago que se hará dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento a lo resuelto por el superior que profiera el *a-quo*.

B. CIENTO VEINTITRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS CON VEINTE CENTAVOS ($123.632.860.20) m/cte., pago que se hará dentro del término indicado en el numeral anterior.

Cuarto. Si fuere el caso, las demandantes podrán ejercer la facultad que les confiere el art. 308, último inciso, del Código de Procedimiento Civil.

Quinto. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Sexto. CONDENAR a la sociedad demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC en las costas de ambas instancias. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

Pedro Lafont Pianetta, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Pablo Cárdenas Pérez (Conjuez)

SALVAMENTO DE VOTO

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil

Referencia: Expediente No. 3061

Muy breve y respetuosamente paso a formular voto personal en este fallo, *no en cuanto a su parte medular que desde luego comparto pues no tengo duda del fundamento que en términos de derecho concurre para imponerle a la entidad demandada las condenas de las cuales dicha providencia da cuenta, sino en torno a las operaciones de liquidación allí puestas en práctica para expresar las mencionadas condenas en cantidades determinadas, habida cuenta que el procedimiento utilizado con la asistencia de peritos para calcular intereses y aplicarlos a capitales de antemano reajustados, en tanto no consulta la distinta naturaleza de las obligaciones en discusión, redunda en una carga excesiva para aquella entidad en su condición de deudora de las prestaciones respectivas, carga que en consecuencia no tiene claro respaldo en la ley.*

1. Sea lo primero apuntar que las obligaciones insatisfechas que dieron lugar a las condenas, aunque ambas de carácter pecuniario o monetario en sentido amplio, no son idénticas desde el punto de vista de la función que en ellas está llamado a cumplir el dinero, por decirlo con mayor exactitud, su valor nominal. Una es a todas luces de naturaleza indemnizatoria pues corresponde al resarcimiento de los daños causados al consorcio demandante por razón de lo que acabó siendo un verdadero incumplimiento contractual, imputable a la demandada por no haber pagado en la oportunidad debida la prestación pactada a su cargo para el evento en que decidiera dar por terminado unilateralmente el "suministro" de servicios contratado, mientras que la otra es una típica deuda de suma, consistente en solventar el importe de una serie de facturas por trabajos que durante el año de 1985 y por cuenta de OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC., llevó a cabo el denominado CONSORCIO COLOMBIANO DE LA CONSTRUCCION, luego en esta última la moneda opera como un medio de puro intercambio y con esta perspectiva debe mirársele para evitar confusiones,

diferenciándola por lo tanto de aquella primera situación en que el dinero desempeña apenas el papel de medida de un valor económico destinado a expresar el contenido de una prestación compensatoria, de reparación o restitutoria.

2. Una vez sentada la premisa que antecede, no queda alternativa distinta a convenir que, en materia de intereses y reajuste por depreciación del signo monetario, tampoco pueden igualarse las dos obligaciones en referencia puesto que, como enseguida pasa a verse, obedecen a reglas distintas que no debieron pasar desapercibidas al decidirse el presente litigio.

a) La obligación dineraria pura, consistente en cancelar la retribución adeudada al consorcio demandante por servicios facturados periódicamente durante 1985, regida en cuanto tal por el principio nominalista con todas las secuelas que le son inherentes según tuvo ocasión de explicarlo esta misma corporación no hace mucho tiempo (G. J. Tomo CC, págs. 20 y siguientes), tiene por definición importes fijos e inamovibles en los que no inciden, para modificarlos, los embates de la espiral inflacionista y su efecto de mayor significación que sin duda lo es el marcado proceso de envilecimiento monetario; en otras palabras, este fenómeno económico cuya particular gravedad nadie ignora, no autoriza a variar, aumentándola, la cantidad de moneda que por concepto de capital debe dar la compañía demandada para obtener su liberación, y es por la vía del pago de los intereses moratorios como las consecuencias del aludido fenómeno, en la medida en que son fuente de daño resarcible para el acreedor, vienen a recibir el correctivo adecuado en el ámbito de las relaciones mercantiles, teniendo en cuenta sobre todo el sistema de fijación del interés legal de mora que consagra el artículo 884 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 66 de la Ley 45 de 1990. Por eso, frente a estos preceptos y de haberse estado a lo dicho por el artículo 65 de esta misma ley en tanto dispone que en las obligaciones mercantiles "... de carácter dinerario ..." el deudor está obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella, en cambio de incluir en la liquidación obrante en la página 40 de la sentencia la nada despreciable suma de $73.275.116,75 a título de "... actualización..." de los $14.631.612,75 que se estimó constituyen el "capital nominal" debido por cuentas no canceladas desde el 30 de noviembre de 1985, lo procedente era limitarse a computar los intereses moratorios causados desde esa fecha de acuerdo con las tasas que tuvieron vigencia hasta noviembre de 1992 según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria, llegando así a un resultado total que apenas sí pasa de los 86 millones de pesos y por lo tanto implica para la compañía

demandada una condena en exceso que alcanza los 37.5 millones de pesos aproximadamente.

b) Ahora bien, por lo que toca con la otra obligación atrás calificada como indemnizatoria y por mérito de la cual el perjuicio ocasionado al consorcio demandante por la terminación unilateral del contrato ha debido repararse por la demandada entregándole el día 1o. de enero de 1986 la cantidad de $190.838.682, cierto es que la fijación de intereses es de recibo no obstante haberse reajustado esa suma para "actualizarla a valor presente" del día 30 de noviembre de 1992, pero siempre y cuando se tenga el buen cuidado de no permitir que por obra de semejante acumulación, esos rubros se alejen de las ideas jurídicas básicas que los justifican y puedan consumarse entonces resultados liquidatorios que le den cabida al lucro ilícito del acreedor en detrimento del deudor, cosa que sin duda alguna acontece cuando para este propósito son aplicados tipos de intereses corrientes que, en cuanto son tales y no la expresión de tasas puras o netas de suyo representativas de la justa renta del capital, se muestran como reflejo de las condiciones reales del mercado de dinero y por consiguiente involucran, no solamente ese margen de razonable rentabilidad que una suma puede producir en determinado lapso, sino también y entre otros factores de importancia llamados "escorias", un componente compensatorio de la depreciación experimentada por el signo monetario durante el mismo período que aun cuando la Superintendencia Bancaria quiera ignorarlo, se conoce y funciona con el nombre de "tasa de inflación".

En este orden de ideas, si ante supuestos litigiosos de la índole del que fue ventilado en este proceso y porque así lo impone la naturaleza misma de la prestación involucrada, ha de concederse por los jueces el reajuste de un determinado capital para fijar la medida de la respectiva obligación resarcitoria a cargo de una de las partes, es también en guarda de la equidad que manda observar el artículo 5o. de la Ley 153 de 1887 que la deuda accesoria por intereses, destinada a compensar la productividad frustrada de ese mismo capital impago, no debe cuantificarse con base en tasas que tiendan de alguna manera a recompensar de nuevo el poder adquisitivo de la moneda pues dos veces se estaría cubriendo un único concepto. Sostengo, pues, que una vez reconocida una cuota de revaluación estimada en $955.720.119 para una cantidad que en enero de 1986 era tan sólo de $190.838.682, las tasas de interés que en consecuencia pueden desempeñar una función justa ante semejante antecedente, no pueden ser en modo alguno las "corrientes" que llevaron a la Corte a incrementar la condena por este rubro en $460.140.580, sino aquellas

que, inclusive por el ministerio de la ley en no pocos casos, rigieron en el país en épocas en que la caída sistemática del poder adquisitivo de la moneda no tuvo las dramáticas dimensiones que hoy en día la caracterizan, es decir aquellas tasas que con referencia a textos legales expresos como son los artículos 1617 y 2232 del Código Civil, podían tenerse con el auxilio de expertos como una prudente indicación económica de la contraprestación del plazo, como el justo precio del uso de recursos financieros ajenos o, en fin, como el valor ponderado del sacrificio de liquidez que el acreedor, si hubiera sido satisfecho a su tiempo, habría podido aplicar a una actividad lucrativa, siempre bajo el supuesto teórico de que todo se desenvuelve en condiciones de estabilidad económica ideales y que, por lo mismo, no es apreciable el efecto de influencias extrañas sobre la tasa neta de interés utilizada, esto por cuanto al decir de quienes dominan estas dificultosas materias, el interés puro que nada tiene que ver con la depreciación monetaria "*... es el interés de la moneda sana o de aquella que, aunque sometida al proceso inflacionario, ha corregido ya la pérdida del poder adquisitivo...*" (Jorge Mosset Iturraspe, Derecho Monetario, Cap. IV, num. 3).

Fecha Ut Supra.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss

SIMULACION / SIMULACION - Prueba

Puede demostrarse la simulación de los actos jurídicos acudiendo para el efecto, con entera libertad, a cualquiera de los medios de prueba admitidos por la ley, sin que para ello haya que distinguir quiénes son los sujetos del litigio, pues nada interesa ahora que el proceso se adelante entre quienes fueron parte en el acto o negocio jurídico cuya simulación se impetra declarar o sus herederos en el carácter de tales, o si la controversia judicial se plantea por un tercero o por herederos de una de las partes que actúan en el proceso jure propio y no jure hereditario.

VALORACION PROBATORIA / AUTONOMIA DEL JUZGADOR / ERROR DE HECHO / TESTIMONIO - Grupo de Testigos

Autonomía del juzgador en la función evaluadora de la prueba, a menos de incurrirse en yerro evidente de hecho o de derecho, sin que se incurra en aquel cuando ante la existencia de dos grupos de testigos se acoja lo dicho por uno de ellos y se desecha lo afirmado por el otro.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía indirecta / ERROR DE HECHO

Cuando se alegue la violación de normas de derecho sustancial, por vía indirecta como consecuencia de error de hecho en la apreciación probatoria es necesario que el recurrente lo demuestre, demostración que no se logra con la simple enunciación del yerro en que se dice incurrió el sentenciador.

DICTAMEN PERICIAL / ERROR DE DERECHO

En el presente caso, el tribunal incurrió en el error de derecho de apreciar esta prueba -dictamen pericial- con ostensible violación de los arts. 238 y 174 del Código de Procedimiento Civil, error este que, sin embargo, no tiene la fuerza suficiente para destruir la conclusión del sentenciador sobre el precio irrisorio de las ventas que se pretenden simuladas, por cuanto tal dictamen, no es el único soporte probatorio de la sentencia del tribunal al respecto.

LAPSUS CALAMI

En caso sub-lite, es cierto como que los folios 10 a 16 del cuaderno siete no existen, pero ese "lapsus calami" en la cita no tiene de ninguna manera fuerza de tal naturaleza como para infirmar la conclusión del sentenciador.

SIMULACION / NEGOCIO JURIDICO / MEDIO PROBATORIO / INDICIO / AUTONOMIA DEL FALLADOR / PRESUNCION DE ACIERTO

Hábitos o usos simulatorios de una persona como indicadores de comportamiento simulatorio en negocios jurídicos posteriores. / La inferencia lógica a que llega el juzgador en materia indiciaria, es un asunto que, de ordinario se deja al prudente juicio del fallador, a su "discreta soberanía", de manera tal que, tan solo cuando su conclusión resulta de bulto como manifiestamente contraria a las que en sana lógica se deduzca de los hechos indicadores, pueda ser infirmada mediante el recurso extraordinario de casación. / Presunción de acierto de las decisiones del tribunal.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía indirecta

Para la prosperidad de la censura en casación cuando el recurrente monta el cargo por violación indirecta de la ley sustancial, necesariamente ha de indicar, "en forma precisa y clara" (art. 374, C.P.C.), cuáles fueron las pruebas que dice fueron mal apreciadas, en qué consistió el error del juzgador y la trascendencia del mismo en la decisión, esto es, la relación de causa a efecto entre el error de hecho

o de derecho en la estimativa probatoria y la resolución judicial que se combate, pues aún existiendo la equivocación del sentenciador en materia de pruebas por haber incurrido en error de hecho o de derecho, ella no será bastante para quebrar el fallo en casación sino cuando sea la causa directa de la decisión que quebrante las normas sustanciales.

MEDIDA CAUTELAR / INSCRIPCION DE LA DEMANDA / DEMANDA / IDENTIDAD JURIDICA DE PARTES

A partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, la inscripción de la demanda decretada como medida cautelar en procesos ordinarios, si bien no pone los bienes sujetos a registro fuera del comercio, somete a quien los adquiera con posterioridad "a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 332" del mismo código. Es decir que, por ministerio de la ley, el adquirente se somete a lo que se decida en el fallo que se dicte en el proceso en el cual se decretó la medida precautoria en mención, a cuyo efecto "se entiende que hay identidad jurídica de partes" entre el tradente y el adquirente "por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda".

PROVIDENCIA JUDICIAL / SENTENCIA - Contenido / DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS

Las decisiones que contenga el fallo, como expresión que este es de la actuación de la ley en el caso concreto, han de ser inteligibles de un lado y, de otro, no pueden contener disposiciones contradictorias, es decir, que se excluyan entre sí, por cuanto en tal caso se torna imposible la operancia simultánea de lo resuelto en sentidos opuestos en el mismo fallo y, en rigor, habría de decirse que en tal hipótesis no se cumple con la función encomendada a la rama jurisdiccional, pues la inejecutabilidad de una sentencia que respecto al mismo litigio manda y no manda, condena y no condena, declara y no declara, vulnera en forma grave el derecho de los asociados a que se les administre justicia. / Excepción al principio de que la fuerza obligatoria de una sentencia se encuentra en la parte resolutiva y no en la motiva.

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía indirecta / CONGRUENCIA

El definir si tal pretensión existe o no existe, es asunto propio de la labor judicial de interpretación de la demanda, asunto este que en caso de error manifiesto sobre el particular, correspondería ser alegado dentro del ámbito propio de la primera de las causales de casación, por violación indirecta de normas sustanciales y no por una supuesta incongruencia del fallo, ya que esta es una causal autónoma e independiente de las demás que consagra la ley.

SIMULACION - Efectos / TERCERO / PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES / TESTAFERRO

Los efectos de la declaración de simulación de un contrato no se extienden a terceros de buena fe. Razón de ser del art. 1766 del C.C. / Si el supuesto tercero solo lo es en apariencia como ocurre cuando simplemente actúa como prestanombre o testaferro del supuesto adquirente simulado para fingir a su turno una calidad de dueño que no tiene en realidad, quien así actúa, una vez puesta al descubierto la simulación inicial se somete igualmente a sus consecuencias ya que, en caso contrario, habría de concluirse que en la hipótesis de más simulaciones sucesivas o en cadena, siempre podría burlarse de la restitución de las cosas al statu quo anterior, como si nada hubiese ocurrido, esto es, como si el acto simulado no hubiese sido puesto al descubierto, lo cual, sin duda, repugna al derecho y a la majestad de la justicia.

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía directa

Habiéndose presentado el cargo por violación directa de la ley sustancial, el casacionista desatiende la regla técnica que le impone el deber de no disentir las apreciaciones probatorias del ad-quem y aducir su argumentación en razones jurídicas de dicho quebranto, porque, ciertamente se aleja de ellas.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafè de Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Dr. Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: *Expediente No. 4088* *Sentencia No. 44*

Se decide por la Corte los recursos extraordinarios de *casación* interpuestos por MARIA DE JESUS CORREA DE POLO y por los sucesores procesales de RODOLFO ROJAS CUENCA: ISMENIA TRUJILLO VIUDA DE ROJAS, MARITZA Y RODOLFO ROJAS TRUJILLO, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia- el 11 de julio de 1991, en el proceso ordinario contra ellos promovido por GLADYS INES RAMON DE VASQUEZ, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar.

I- Antecedentes:

1.- Mediante demanda presentada ante el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón (Huila) (folios 15 a 21, C-1), la señora Gladys Inés Ramón de Vásquez, domiciliada en ese municipio, en su calidad de heredera de Jesús Ramón Cuéllar, convocó a un proceso ordinario de mayor cuantía a María de Jesús Correa de Polo y a Rodolfo Rojas Cuenca, igualmente domiciliados en Garzón, para que se declarase "que son absolutamente simulados los contratos de compraventa celebrados por Jesús Ramón Cuéllar y María de Jesús Correa de Polo", contenidos en las escrituras públicas números 746, de 3 de abril de 1978, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Neiva, y 413 de 17 de mayo de 1980, otorgada en la Notaría Única de Garzón, la primera de las cuales se inscribió en los folios de matrícula inmobiliaria números 202-3638 y 202-3639 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Garzón, y la segunda, en los folios de matrícula inmobiliaria números 202-3638 y 202-0006871 del mismo círculo registral, escrituras públicas en las que se identifican por su ubicación y linderos los inmuebles a que se refieren los contratos contenidos en ellas y que se transcriben en la demanda (folios 15 y 16, C-1). Así mismo, impetra la actora que, como consecuencia de la pretensión simulatoria mencionada, se ordene "la cancelación de las aludidas escrituras, así como las inscripciones que de los mismos títulos se hicieron en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Garzón a los folios con (sic) matrículas inmobiliarias

números 202-0003638, 202-0003639 y 202-0006871 y de las que posteriormente se efectuaron respecto de la escritura número 114 otorgada el 20 de febrero de 1986 en la Notaría Única del Círculo de La Plata" y, por último, solicita se condene "a los demandados a restituir a los herederos del señor Jesús Ramón Cuéllar" los inmuebles a que se refieren los contratos cuya simulación se pretende sea declarada, "junto con sus frutos naturales y civiles percibidos y que hayan podido percibir a partir del 15 de febrero de 1986" (folio 16 vuelto, C-1).

2.- Funda sus pretensiones la demandante en los hechos que se sintetizan así:

2.1.- Jesús Ramón Cuéllar, fallecido el 15 de febrero de 1986, fue en vida una de las personas de mayores bienes de fortuna en el municipio de Garzón y como tal, propietaria de varios inmuebles hacia el año de 1978 los cuales se relacionaron en la demanda, a folios 16 vuelto y 17 del cuaderno uno.

2.2.- El señor Jesús Ramón Cuéllar, casado por los ritos católicos el 10 de octubre de 1968 con Alicia Lozano Torrente, "negó siempre ser el padre" de Dilmar y Bristella Ramón Lozano, nacidos durante el matrimonio con aquella.

2.3.- Mediante sentencia dictada el 12 de marzo de 1973 por el Juzgado Promiscuo de Menores de Garzón, Jesús Ramón Cuéllar fue declarado padre ... extramatrimonial de Gladys Inés Bonilla (hoy Gladys Inés Ramón, aquí demandante).

2.4.- Demandada por la cónyuge de Jesús Ramón Cuéllar "a principios de 1972" la separación de bienes, a ello se sumó un proceso de alimentos promovido para reclamarlos respecto de los menores Bristella y Dilmar Ramón Lozano, que culminó con sentencia favorable proferida por el Juzgado de Menores de Garzón.

2.5.- Dado que el señor Jesús Ramón Cuéllar se sustrajo al cumplimiento de la obligación alimentaria respecto a los citados menores y también en relación con su hija Gladys Inés Ramón, "fue denunciado penalmente, por lo que estuvo detenido algún tiempo en la cárcel del Circuito de Garzón" (folio 18, C-1).

2.6.- En virtud de los hechos anteriores, Jesús Ramón Cuéllar optó por "sustraer u ocultar la totalidad de su patrimonio para aparentar que estaba quedando en la absoluta miseria y eludir así el pago de alimentos a sus hijos y

con el propósito de dejarlos sin herencia" (folio 18, C-1), para lo cual transfirió "ficticiamente" sus bienes "a título de compraventa a diferentes personas, hasta el punto de que en mayo de 1983 se había insolventado totalmente" (folio 18, C-1).

2.7.- En desarrollo del propósito mencionado anteriormente, el señor Jesús Ramón Cuéllar, mediante escrituras públicas Nos. 746 de abril 3 de 1978, otorgada en la Notaría de Neiva; y 413 de 17 de mayo de 1980, otorgada en la Notaría Única de Garzón, "dijo vender a la señora María de Jesús Correa de Polo, por la suma de $742.000", los bienes inmuebles que allí se mencionan o identifican por su ubicación y linderos, actos jurídicos cuya simulación se impetra declarar.

2.8.- La presunta compradora de tales inmuebles, carecía de recursos económicos para pagar el precio de ellos al supuesto vendedor, "vivía bajo el mismo techo con Jesús Ramón Cuéllar con anterioridad a la celebración de los contratos y era la esposa legítima del señor Fabio Polo, un antiguo empleado del vendedor" (folio 18 vuelto, C-1).

2.9.- Jesús Ramón Cuéllar no hizo jamás entrega de los inmuebles a que se refieren las escrituras públicas aludidas a la señora María de Jesús Correa de Polo, continuó pagando los impuestos de los mismos, habitaba "una de las casas vendidas", percibía los cánones de arrendamiento de sus "numerosos locales y apartamentos", e inclusive, "demandó la restitución de varios inmuebles", hasta el punto de que "a una cuñada suya de nombre Adela Gómez viuda de Ramón la lanzó de una de las casas que ya había vendido" (folio 18 vuelto, C-1).

2.10.- A escasos cinco días después de la muerte de Jesús Ramón Cuéllar, la señora María de Jesús Correa de Polo, mediante escritura pública No. 124 de 20 de febrero de 1986, otorgada en la Notaría de La Plata, transfirió a título de venta, al señor Rodolfo Rojas Cuevas, por la suma de un millón ($1.000.000.oo) los inmuebles que había comprado al causante.

2.11.- El señor Rodolfo Rojas Cuenca, adquirente de tales inmuebles, procedió en ese acto de "mala fe, pues conocía o debió conocer todas las circunstancias que culminaron con las ventas simuladas por el señor Jesús Ramón Cuéllar a favor de María de Jesús Correa de Polo y otras personas" (folio 19, C-1).

3.- Notificados personalmente los demandados del auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de ella y sus anexos para los efectos legales (fls. 55 y 55 vto., C-1), le dieron contestación, así: Rodolfo Rojas Cuenca, en escrito visible a folios 58 a 61 del cuaderno uno; y María de Jesús Correa de Polo, en memorial que aparece a folios 129 a 145 del mismo cuaderno. El primero, se opone a todas las pretensiones, niega por completo que el contrato contenido en la escritura pública No. 114 de 20 de febrero de 1986, otorgada en la Notaría de La Plata, sea simulado, pues tal negociación fue seria y real; e igualmente, afirma que en esa negociación adelantada con María de Jesús Correa de Polo, procedió con buena fe y asevera, de otra parte, que a él no le consta que ésta hubiere realizado un contrato ficticio o simulado con Jesús Ramón Cuéllar respecto de los inmuebles que, con posterioridad, le fueron vendidos por ella. Además, formula como excepciones de mérito las que denomina "inexistencia del interés para obrar", "falta de legitimación sustantiva para obrar por la parte activa", e "inexistencia de la legitimación en la causa por la actora" (folio 60, C-1).

La demandada María de Jesús Correa de Polo, se opone igualmente a las pretensiones de la parte actora y, en cuanto a los hechos, manifiesta que los contrato que se impetra declarar como simulados no lo fueron, pues las compraventas a que ellos se refieren fueron reales. Agrega que, si bien es cierto que su vendedor Jesús Ramón Cuéllar, adelantó proceso de lanzamiento contra un inmueble arrendado a Adela Gómez viuda de Ramón, ello ocurrió por su compromiso de entregarlo a la vendedora y, precisamente por haber sido arrendador de ese inmueble. Expresa luego que es cierto que Jesús Ramón Cuéllar continuó administrando algunos inmuebles después de haberlos vendido a la demandada, pero explica que ello ocurrió porque conforme a lo pactado entre ellos, actuaba a nombre de la compradora, aquí demandada, como excepciones de mérito, formuló las de "inexistencia del interés para obrar" y "falta de legitimación sustantiva para obrar por la parte activa" (folio 143, C-1).

4.- Agotada la tramitación procesal pertinente, el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón, profirió sentencia de primera instancia el 3 de septiembre de 1988 (folios 242 a 270, C-1), en la cual denegó las pretensiones de la parte demandante, declaró no probadas las excepciones de la parte demandada, decidió la tacha de sospecha sobre algunos testigos y decretó el levantamiento de la inscripción de la demanda decretada como medida cautelar.

5.- Interpuesto contra el fallo de primer grado el recurso de apelación por la parte demandante (folio 273, C-1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, lo desató mediante sentencia dictada el 11 de julio de 1991 (folios 66 a 91, C-9), en el cual tras revocar parcialmente la providencia apelada, declaró "que los contratos contenidos en las escrituras públicas Nos. 746 de 3 de abril de 1978 de la Notaría Primera del Círculo de Neiva y 413 del 17 de mayo de 1980, suscrita ante el Notario Unico del Círculo de Garzón, son absolutamente simulados", por lo que se condena a los demandados a restituirlos, "junto con los frutos civiles y naturales, no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, desde el momento en que empezó a explotar y percibir para sí las rentas de dichos bienes". Igualmente, ordena la cancelación de la inscripción de las citadas escrituras públicas en los respectivos folios de matrícula en la Oficina de Registro y condena a la parte actora a pagar a María de Jesús Correa de Polo, "las expensas necesarias invertidas en la conservación de los bienes presuntamente comprados", para cuya determinación en concreto, así como para la de "los frutos que a su turno debe pagar dicha demandada a la parte actora", se seguirá "el procedimiento que establecía el artículo 308 del C. de P.C. antes de ser reformado" (folio 90, C-9).

Finalmente, declara probada la "tacha por error grave" a un dictamen pericial y confirma las decisiones del *a-quo* en cuanto a la declaración de no tener por probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada y sobre la tacha de sospecha de algunos testigos (folio 91, C-9).

6.- Contra esta sentencia interpusieron y sustentaron recurso extraordinario de casación la demandada María de Jesús Correa de Polo y los sucesores procesales del demandado Rodolfo Rojas Cuenca.

II- Motivaciones de la sentencia del Tribunal:

1.- Luego de historiar el litigio y de sintetizar la actuación cumplida durante la primera instancia, el tribunal, por cuanto encuentra cumplidos los presupuestos procesales y no advierte causal de nulidad de lo actuado, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

2.- Sentado lo anterior, expresa el tribunal que encuentra demostrada la existencia de los contratos cuya simulación se pretende, con las copias de las escrituras públicas "Nos. 746 y 413 de fechas 3 de abril de 1978 y 17 de mayo

de 1980, otorgadas ante el Notario Primero del Círculo de Neiva y Notaría Unica del Círculo de Garzón, respectivamente'' (folios 75, C-9), las cuales aparecen debidamente registradas.

3.- Igualmente observa el tribunal que la demandante, Gladys Inés Ramón de Vásquez, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar, quien aparece en los contratos mencionados como vendedora de los inmuebles allí determinados, se encuentra legitimada para actuar como tal en este proceso.

4.- Seguidamente el tribunal recuerda que conforme a la jurisprudencia de esta corporación, la simulación contractual puede ser demostrada mediante la concurrencia de algunos indicios reveladores de la verdadera intención de las partes en el acto jurídico respectivo y expresa luego que, en este caso, ''la simulación ha quedado plenamente establecida'' con fundamento en la existencia de ''indicios reveladores inequívocos'' (folio 80, C-9), cuales son:

4.1.- La decisión públicamente expresada de Jesús Ramón Cuéllar, quien en vida ''había manifestado que no le dejaría ni a su esposa ni a sus hijos ninguna fortuna'', por razón de los procesos de ''separación de bienes y de alimentos con denuncia penal por incumplimiento de estos últimos'' promovidos en su contra por su cónyuge, hecho este acreditado ''con la copia de las providencias y actuaciones judiciales correspondientes'' y con las declaraciones testificales de Heriberto Sierra Ríos, Martín Polo Otálora y Blanca Líbia Carvajal de Guzmán (folio 80, C-9).

4.2.- La ''amistad íntima que unía a Jesús Ramón Cuéllar con la presunta compradora de sus bienes, señora María de Jesús Correa de Polo y su marido Fabio Polo'', (folio 81, C-9), hecho este debidamente demostrado con la declaración de la demandante y con los testimonios de Luis Eduardo Ardila, Rodolfo Cruz González, Pedro Vela Cuéllar y María Salazar Carvajal, que obran en el expediente (folios 1 a 6, 30 a 37, C-5 y folios 27 a 30 del C-6).

4.3.- La ''permanencia y comportamiento de Jesús Ramón Cuéllar al frente de la administración de los bienes vendidos, obrando como verdadero dueño de los mismos'' (folio 81, C-9), como se deduce de las declaraciones de Luis Eduardo Ardila (fls. 1 a 6, C-5) y Régulo Vásquez Vargas (folios 6 a 8, C-5), pues aunque el de cujus ''aparece celebrando un contrato de arrendamiento'' con la demandada María de Jesús Correa de Polo, sobre ''el apartamento que ocupó hasta sus últimos días'', lo cierto es que ''Jesús Ramón Cuéllar siguió actuando ante propios y extraños, mientras vivió como verdadero dueño de los

locales, cobrando y recibiendo los cánones de arrendamiento que los mismos producían, contratando y pagando de su bolsillo las reparaciones que dichos inmuebles requerían" (folio 82, C-9).

4.4.- El "precio exiguo o irrisorio estipulado en la escritura de venta, ya que tanto el dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia por peritos designados por el juzgado, como el rendido por el Instituto Agustín Codazzi" y el rendido por haber sido decretado por el tribunal, "ponen de presente que los inmuebles vendidos (lotes y apartamentos), por la época en que se realizó la venta, tenían un valor real y comercial varias veces superior al que se hizo aparecer en las escrituras que Jesús Ramón Cuéllar le otorgó (sic) a la demandada María de Jesús Correa de Polo" (folio 83, C-9).

4.5.- El "no pago del precio de la venta por parte de la demandada" (folio 83, C-9). A este respecto, asevera el tribunal que "no obstante que en las escrituras se expresa que el precio fue recibido a satisfacción por Jesús Ramón Cuéllar, este y la misma demandada se encargan de reconocer y confesar que eso no fue cierto, ya que según su versión salió a deberle al vendedor parte del precio; y de otra parte en cuanto a la forma como María de Jesús obtuvo el dinero necesario para obtener el precio del lote y de los locales, es un hecho que no aparece debidamente explicado, no solo porque no es muy clara la forma como lo consiguió, sino también porque los hechos en que se apoya no aparecen plenamente demostrados, ya que la persona que dice haber prestado a su marido parte del dinero, muestra cierta inseguridad sobre la época y la cantidad que le dio en préstamo (fls. 32 a 35, C-10 de pruebas)" (folio 83, C-9).

4.6.- La "incapacidad económica de la demandada María de Jesús Correa de Polo, para adquirir los bienes que aparecen vendiéndole Jesús Ramón Cuéllar" (folio 83, C-9), pues ella se dedicaba "a labores de hogar y al arreglo de ropas a otras personas, trabajo que por sí solo no le podía dar ingresos o rentas suficientes como para adquirir propiedades como las que se dice haber comprado a Jesús Ramón Cuéllar" (folio 84, C-9).

4.7.- La "no justificación del destino dado al dinero recibido por Jesús Ramón Cuéllar como precio de lo vendido" (folio 84, C-9), pues -dice el tribunal-, "si bien es cierto que algunos de los testigos que han declarado en este proceso, manifiestan que Jesús Ramón Cuéllar mantenía los billetes guardados en cajones en su propia casa, este hecho, después de muerto el causante, "no ha sido demostrado" (folio 84, C-9).

4.8.- Igualmente encuentra el tribunal, como indicios de simulación, "la falta de necesidad para enajenar los bienes vendidos", (folio 84, cdno. 9), la conducta de la compradora que "casi de inmediato procedió a venderlos al otro demandado Rodolfo Rojas Cuenca en forma simulada" (folio 85, C-9) y la "costumbre" del vendedor "de hacer escrituras de confianza con relación a sus bienes, entre otros una camioneta y unos locales a Calixto Polo (folios 165 a 175, C-5)" (folio 85, C-9).

5.- En lo que respecta a las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, estima el tribunal que no pueden prosperar, por cuanto de autos aparece probado que la demandante, Gladys Inés Ramón de Vásquez, acreditó su calidad de hija extramatrimonial del causante y, en consecuencia, heredera suya lo que de por sí la legitima en causa en este proceso.

6.- De otro lado, encuentra el tribunal que no hay lugar a declarar sospechoso el testimonio de Martín Polo Otálora, "porque los hechos que sirven de fundamento a la tacha no aparecen acreditados" (folio 87, C-9), en tanto que esa tacha sí es procedente respecto a Fabio Polo, cónyuge de la demandada María de Jesús Correa de Polo.

7.- En cuanto a la objeción que por error grave formularon los demandados al dictamen practicado a los predios a que se refieren los contratos cuya simulación se pretende y que aparece a folios 161 a 164 del cuaderno cinco, el tribunal manifiesta que "en realidad el avalúo comercial que aquellos dan a los inmuebles materia de su examen y justiprecio, resulta exagerado frente al que han dado en el proceso el Instituto Agustín Codazzi y los peritos que designó el Tribunal" en la segunda instancia, razón por la cual dicha objeción habrá de acogerse, con las consecuencias legales que de ello se desprende (folios 87 y 88, C-9).

8.- Finalmente, en relación con las prestaciones mutuas que han de imponerse a las partes, afirma el tribunal que la demandada María de Jesús Correa de Polo, por su conducta simulatoria de los contratos en cuestión, "queda obligada a restituir a la sucesión del vendedor los frutos naturales y civiles producidos por los inmuebles presuntamente dados en venta, tal como lo dispone el artículo 964 del C.C. desde el momento en que empezó a explotar y percibir para sí las rentas de dichos bienes" (folio 88, C-9), conservando eso sí, su derecho al pago de "las mejoras necesarias invertidas en la conservación de dichos bienes (Art. 965 del C. Civil)", (folios 88 y 89, C-9), frutos y mejoras

que se determinarán en su cuantía por el procedimiento señalado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil antes de ser reformado.

III- Las demandas de casación

La demandada María de Jesús Correa de Polo, formula demanda de casación que aparece a folios 16 a 72 del cuaderno de la Corte, en la cual acusa la sentencia, en dos cargos separados, de violación indirecta de normas sustanciales (causal 1a., art. 368 del C.P.C.).

Los sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca, a saber: Ismenia Trujillo de Rojas, Maritza Rojas Trujillo y Rodolfo Rojas Trujillo, sustentan el recurso de casación interpuesto por su antecesor en el proceso, mediante demanda que obra a folios 74 a 89 del cuaderno de la Corte, en la que formulan tres cargos a la sentencia impugnada, con apoyo, en su orden, en las causales 3a., 2a. y 1a. del artículo 368 del C.P.C.

La Corte, en acatamiento a la autonomía de los citados recursos extraordinarios de casación y, por cuanto el análisis de los distintos cargos con los cuales se ataca la sentencia impugnada en las dos demandas presentadas para sustentarlos así lo exige (Art. 375, C.P.C.), se avocará el estudio de ellas en el orden en que fueron propuestas.

Primera demanda de María de Jesus Correa de Polo

Cargo primero.-

Acusa en este cargo la recurrente la sentencia que se impugna, de ser "violatoria de la ley sustancial por vía indirecta consistente en la indebida aplicación del artículo 8o. de la Ley 153 de 1887; 1.746, 1766, 961 y 984 del C.C.; y por falta de aplicación de los artículos 673, 740, 756, 769, 1602, 1618, 1649, 1651, 1849, 1857, 1864 y 1866 del Código Civil, por error de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas" (folio 24, cdno. Corte).

En la argumentación expuesta para sustentar el cargo, manifiesta el censor que:

1.- El tribunal "erró de hecho" al considerar que para llevar a cabo su designio de no dejar bienes a su muerte, ni a su esposa ni a sus herederos, Jesús

Ramón Cuéllar optó por simular la venta de los inmuebles a que se refiere la demanda, pues, "la lógica establece" que "con una venta simulada no cumplía de ninguna manera su decisión de no dejarle nada a su cónyuge y herederos, pues al descubrirse la simulación, los bienes vendidos de todas maneras pasarían a poder de estos". De tal suerte que, "si Jesús Ramón Cuéllar al transferir el derecho de dominio de sus bienes buscaba disponer de ellos en vida para no dejarlos después de su muerte a su cónyuge y herederos, no puede más que afirmarse que solo a través de una venta real de sus bienes se cumplía el propósito que le indujo a contratar". Por ello, asevera el recurrente, este error del sentenciador en cuanto al móvil de la simulación, es protuberante, manifiesto, ostensible y decisivo para la sentencia, ya que este indicio, relacionado con otros que el tribunal encontró probados, lo llevaron a proferir sentencia violatoria de la ley sustancial (folios 25 y 26, cdno. Corte).

2.- Incurre en error de hecho el tribunal, "al encontrar establecida una amistad íntima entre el vendedor Jesús Ramón Cuéllar y la compradora de sus bienes María de Jesús Correa de Polo y su marido Fabio Polo", hecho que toma como indicador de la simulación contractual que se declara probada en la sentencia, ya que ni de los testimonios de Luis Eduardo Ardila, Rodolfo Cruz González, Pedro Vela Cuéllar, María Salazar Carvajal, ni de la declaración de la demandada, ni de la de su marido Fabio Polo tomada en su integridad, puede darse por demostrada "la intimidad de dicha amistad" (folio 26, cdno. Corte).

Asevera al punto el censor que no es cierto como lo da por sentado el tribunal, que con tales testimonios se hubiese demostrado que María de Jesús Correa de Polo "vivía pendiente de los asuntos personales de Jesús Ramón cuéllar y que además fue la persona que prácticamente lo atendió en su apartamento en sus últimos días llegando al extremo de trasladarse con Jesús Ramón Cuéllar a Neiva con ocasión de la enfermedad que lo llevó a la muerte" (folio 26, cdno. Corte). En efecto -dice el impugnador- de las declaraciones de los testigos citados, aparece que Luis Eduardo Ardila (folio 5, C-5), afirma que la demandada "jamás" aseveró que se trasladara a Neiva con Jesús de Ramón Cuéllar a raíz de la enfermedad de éste que lo llevó, ni que estaba pendiente de los asuntos personales de él"; ni tampoco tal cosa declararon Rodolfo Cruz González (folios 33 a 37, C-5), Pedro Vela Cuéllar (folios 27 a 30, C-6), María Salazar Carvajal (folios 30 a 33, C-5), pues todos coinciden en que esos hechos no les constan, por lo que queda demostrado que "de las respuestas anteriores se deduce que no había ninguna amistad íntima sino una amistad común y corriente entre los nombrados" (folio 29, cuaderno Corte), de la cual no puede inferirse la simulación que se declara en el fallo del tribunal.

Igualmente incurre en error de hecho el tribunal "al hacer decir a la demandada que Fabio Polo trabajó como administrador de una de sus fincas y además era persona de mucha confianza del causante, lo que "no dijo" la demandada, como puede observarse en su declaración, "vista al folio 81, cuaderno No. 5", en la que no aparece que ella "haya dicho tales cosas" (folio 29, cdno. Corte).

Tampoco es cierto, como lo afirma el tribunal, que "Fabio Polo fue administrador de una de las fincas del señor Jesús Ramón Cuéllar, hecho que no aparece demostrado testimonial ni documentalmente en el proceso" (folio 29, cdno. Corte). Además, -prosigue el censor-, no existe relación lógica entre el hecho indicador consistente en que el señor Fabio Polo fue partijero-aparcero del señor Jesús Ramón Cuéllar y el hecho indicado de la amistad íntima entre este y aquél, pues sería absurdo deducir que cada vez que existe una aparcería es porque hay amistad íntima entre el aparcero y el dueño de la tierra" (fl. 30, cdno. Corte).

De igual manera, el tribunal "cometió error de hecho" por mutilación parcial de "la declaración rendida por el señor Fabio Polo (folio 51, C-6) pues aceptó la confesión de que había sido partijero de Jesús Ramón Cuéllar en el año 71 para acá durante tres años", pero no tuvo en cuenta que a folio 57 del citado cuaderno dice el declarante aludido que su relación de amistad con el causante ocurría "por ser el patrón", sin que llegara a ser mayor, pues no existía entre ellos "mucha confianza" (folio 30, cdno. Corte).

De esta manera, en conclusión del recurrente, el error de hecho del tribunal "es evidente, trascendente, decisivo para la sentencia, pues la amistad íntima fue uno de los indicios que relacionados con otros llevaron al tribunal a dictar sentencia acogiendo las pretensiones del libelo demandatorio", con violación de las normas sustanciales que se denuncian como infringidas.

3.- El tribunal erró de hecho "al dar por probado sin estarlo el hecho indicador de simulación consistente en la "permanencia al frente de la administración de los bienes vendidos obrando como verdadero dueño de los mismos".

Expresa el recurrente que tal yerro se cometió por el sentenciador de segundo grado, por cuanto pretermitió, por no haberla visto, la declaración testimonial de Heriberto Sierra Ríos (folios 10 a 16, C-5), quien afirma haber sido "secuestre de esos locales que eran de Jesús Ramón Cuéllar" y haberse

enterado por tal causa de que dejó de ser dueño de esos inmuebles, y haber oído "que son de una señora o que a una señora le pagan los arrendamientos de los locales, a una señora de nombre María". (folio 31, cdno. Corte).

Tampoco tuvo en cuenta el sentenciador la declaración de María Salazar Carvajal (folios 30 a 33, cdno. 5), en la cual afirma que, fue Jesús Ramón quien le arrendó un local "y después a partir del año mas o menos 77-78 por la señora María Correa de Polo", nueva dueña del mismo (folio 32, cdno. Corte).

De la misma manera, manifiesta la recurrente que el tribunal ignoró los testimonios rendidos por Rodolfo Cruz González (folios 33 a 37, C-5), Marcony Dusán Lozada (folios 1 a 4, C-6), Hugo Gutiérrez Rivas (folios 7 a 11, C-6), Luis E. Ardila (folios 12 a 14, C-6), Esther Galvis de Navia (folios 14 a 19, C-6), Ezequiel Palma Andrade (folios 24 a 27, C-6), Fabio Polo (folios 50 a 60, C-6) y Noé Polanco Romero (folios 60 a 63, C-6), todos los cuales coinciden en afirmar que conocieron que la nueva dueña de esos inmuebles era la demandada en este proceso, los cuales adquirió por compra a Jesús Ramón Cuéllar, aseveración esta que el censor apoya con transcripciones parciales de los respectivos testimonios folios 31 a 39, cdno. Corte.

Tampoco apreció el tribunal "los 28 recibos visibles a los folios 38 a 65 expedidos a María del Carmen Salazar por María de J. Correa de Polo en virtud del contrato de arrendamiento visible al folio 66 que lleva fecha cierta de 29 de agosto de 1984 tal como consta al folio 66 vuelto". (folios 34 y 35, cdno. Corte). Ni se percató el sentenciador de la fotocopia auténtica del proceso de lanzamiento que "obra a folios 31 a 41 del cuaderno seis, en que María de Jesús Correa de Polo actúa como demandante contra el inquilino Hernán Castillo A. sobre el local 10-62 de la calle séptima de Garzón", proceso este en el cual Jesús Ramón Cuéllar la reconoce en declaración testimonial como dueña del inmueble arrendado.

Insiste luego en el análisis de la declaración testimonial de Luis Eduardo Ardila (fls. 1 a 6, C-5) y sostiene que de ella "jamás se puede interpretar que este afirme que el finado Cuéllar siguió administrando los bienes como si fueran propios ya que siempre manifestó el testigo que esos bienes no eran suyos, sino que estaban vendidos a María de Jesús Correa de Polo a quien debían pagarle los arrendamientos después de su muerte" (folio 41, cdno. Corte).

Además, a juicio del censor, también se incurrió en error de hecho, al haber decir (folio 82, C-9) al testigo Régulo Vásquez Vargas, lo que este no dijo en

cuanto a que Jesús Ramón Cuéllar "siguió actuando ante propios y extraños mientras vivió, como verdadero dueño de los locales, cobrando y recibiendo los cánones de arrendamiento que los mismos producían, contratando y pagando de su bolsillo las reparaciones que esos inmuebles requerían", pues ese declarante manifestó haber realizado algunos trabajos en tales inmuebles "hace 10 años", o sea hacia 1977, fecha para la cual, efectivamente no se había suscrito la escritura pública No. 746 de 3 de abril de 1978, ni la 413 de 27 de mayo de 1980 (fl. 41, cdno. Corte).

En forma similar, incurre el tribunal en error de apreciación sobre las supuestas "graves y serias contradicciones" que dice encontrar en la declaración "vista a folios 34 a 40 del cuaderno No. 6", pues el sentenciador "no dice", "cuáles son las contradicciones en que incurre el declarante" (fl. 42, cdno. Corte).

De lo expuesto, concluye el recurrente que son evidentes los errores de hecho del tribunal en la apreciación de las pruebas testimoniales y documentales ya referidas, los cuales "tomados en su conjunto son evidentes decisivos en la sentencia, pues al haber incurrido en ellos el Honorable Tribunal dio por probado sin estarlo, el hecho indicador de la permanencia y comportamiento de Jesús Ramón Cuéllar al frente de la administración de los bienes vendidos, obrando como verdadero dueño de los mismos", pese a que de esas pruebas en cuya apreciación se incurrió en error de hecho se demuestra "a las claras que quien siguió administrando y poseyendo los bienes objeto de la negociación fue la compradora María Correa de Polo, y que si alguna vez Jesús Ramón Cuéllar continuó recibiendo arrendamiento lo hizo como mero administrador de los bienes de la demandada y como inquilino de la misma" (fls. 42 y 43, cdno. Corte).

4.- Incurrió el sentenciador de segundo grado en error de hecho "al encontrar probado, sin estarlo, el hecho indicador" que denominó "precio exiguo o irrisorio estipulado en la escritura de venta" (folio 43, cdno. Corte), error que se cometió al no tener en cuenta el testimonio de Ismael Navia (fls. 19 a 23, C-6), en relación con el estado de los inmuebles vendidos, a la época de celebración del contrato, lo mismo que el de Esther Galvis de Navia (fls. 14 a 19, C-6) en el mismo sentido. De igual manera, ese yerro se produjo, por cuanto el tribunal no tuvo en cuenta que "las construcciones avaluadas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (fls. 22 a 26, C-5), según observación del perito visible a folio 24 se estableció de acuerdo a la tabla de precios de Neiva elaborada

por la seccional de Catastro del Huila en 1987 y no con base en la que debía estar elaborada para los años 77 y 78" (folio 45, cdno. Corte).

De otra parte, incurrió en "error de derecho el tribunal, al darle validez al dictamen pericial practicado en la segunda instancia visibles a folios 6 a 9 del cuaderno No. 11, siendo que este peritaje se hallaba objetado por error grave (fl. 41, C-9) objeción que se tramitó y se decretaron pruebas de la objeción (folio 47) pero nunca se decidió en el proceso, por lo cual el peritaje objetado no podía ser tenido en cuenta. En este punto el tribunal dejó de aplicar el artículo 238 y el 174 del C.P.C." (folio 45, cdno. Corte).

Tales errores fueron decisivos en la resolución judicial que se impugna, pues con apoyo en ellos se declaró probado el indicio de "precio exiguo o irrisorio", que "relacionado con otros indicios hizo que el tribunal profiriera sentencia declarando probada la simulación" (fl. 45, cdno. Corte).

5.- En cuanto al indicio de "no pago del precio de la venta por parte de la demandada María de Jesús Correa de Polo", se equivocó de hecho el sentenciador respecto de las pruebas de las cuales lo deduce, (folios 45 a 52, cdno. Corte), pues conforme a los testimonios de Esther Galvis de Navia, Ismael Navia y Fabio Polo, que obran en el cuaderno seis, aparece demostrado, -a contrario de lo dicho por el tribunal en el fallo impugnado-, que el esposo de la demandada, señor Fabio Polo, contratista y partijero de varias fincas, tenía recursos económicos para que, con ellos, se facilitara la compra de esos inmuebles por su cónyuge, para lo cual, inclusive solicitó dinero en préstamo a Martín Puyana Angoitia (folios 32 a 35, C-10), que "le fue reintegrado en su totalidad en cuatro o cinco cosechas", si bien por el tiempo transcurrido (13 o 14 años) el prestamista de entonces no recuerda "detalles", lo que califica el tribunal como "inseguridad" del declarante (folio 51, cdno. Corte). El error de hecho en cuestión, se acentúa, en razón de que el tribunal tampoco vio "las declaraciones de renta visibles a los folios 73 a 125 con sus respectivos anexos con que la señora María de Jesús Correa de Polo demuestra también cierta capacidad económica (folio 51, cdno. Corte).

6.- En cuanto a la falta de justificación del destino del precio de la venta, incurre el sentenciador en error de hecho al darlo por probado, pues no tuvo en cuenta que el causante, Jesús Ramón Cuéllar, acostumbraba tener el dinero, en efectivo, en su propia casa, de donde lo robaron en algunas ocasiones, antes y después de su fallecimiento, como aparece demostrado con el testimonio de Hugo Gutiérrez Rivas (folios 7 a 11, C-6) y con el denuncio penal por hurto

"visible a folios 42 a 49 del C-6), el cual "fue presentado por la misma demandante" por cuantía superior a $5.000.000 (folios 55, cdno. Corte).

7.- De igual manera, incurre en yerro de hecho el tribunal al dar por demostrada la "falta de necesidad para enajenar los bienes vendidos", indicio que finca en pruebas que dice obran en los "folios 10-16, C-7), siendo que dichos folios no existen en tal cuaderno" (folio 55, cdno. Corte).

8.- En relación con la conducta de la vendedora para enajenar luego los bienes a un tercero, erró el tribunal de hecho al analizar las declaraciones de María de Jesús Correa de Polo y Rodolfo Rojas Cuenca, pues ellos, ignorantes de la ciencia del derecho, manifestaron haber procedido así por consejo de un abogado y, en todo caso, manifestaron que su contrato no fue ficticio, sino real (folios 58 a 60).

9.- Erró también de hecho el sentenciador, al deducir que el vendedor tenía por costumbre realizar ventas simuladas, ya que aunque esa conclusión dice apoyarse en las pruebas obrantes a folios 165 y 175 del cuaderno 5, las ventas a que tales documentos se refieren no demuestran tal costumbre como lo imaginó el tribunal (folio 60, cdno. Corte).

10.- Por último, insiste la recurrente en que, como consecuencia de los errores de hecho ya mencionados, el tribunal incurrió también en yerro de esta especie al declarar como sospechoso el testimonio de Fabio Polo, pues este testigo coincide en su declaración "con lo dicho por las demás personas que declararon en el proceso" (folio 61, cdno. Corte).

Demostrado así el cargo propuesto, impetra la recurrente, en definitiva que la Corte proceda a "casar la sentencia recurrida" y en su lugar, confirme la de primer grado, "excepto en lo que se relaciona con la prosperidad de la tacha del testigo Fabio Polo" (folio 69, cdno. Corte).

Consideraciones:

1.- Como es suficientemente conocido, a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1970 (D. 1400 y 2019 de 1970), y en razón de la derogación por ese estatuto (art. 698) de los artículos 1759 y 1767 del Código Civil, 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, en nuestro derecho positivo puede demostrarse la simulación de los actos jurídicos acudiendo para el efecto, con

entera libertad, a cualquiera de los medios de prueba admitidos por la ley, sin que para ello haya que distinguir quiénes son los sujetos del litigio, pues nada interesa ahora que el proceso se adelante entre quienes fueron parte en el acto o negocio jurídico cuya simulación se impetra declarar o sus herederos en el carácter de tales, o si la controversia judicial se plantea por un tercero o por herederos de una de las partes que actúan en el proceso jure propio y no jure hereditario, punto este definido ya por la jurisprudencia de esta Corporación en sentencias de 25 de septiembre de 1973 (G. J. tomo CXVII, Nos. 2372 a 2377, págs. 61 a 78) y 28 de febrero de 1979, en la última de las cuales se dijo por la corte que, si se tiene en cuenta que en procesos como este, "no se trata de comprobar la existencia de un requisito 'ad-solemnitatem', que la simulación no implica la existencia de dos actos o contratos sino de uno solo, que en consecuencia el debate al respecto se contrae simplemente al campo probatorio, o sea si las pruebas aportadas al proceso desvirtúan la prueba preconstituida por las partes para disfrazar el verdadero acto o contrato verdadero y si la prevalencia de la prueba de este acto o contrato verdadero no implica desmedro de la situación de terceros de buena fe, se concluye que no hay razón para sostener hoy día diferencia alguna de régimen probatorio, o sea la parte o el tercero quien actúe a efecto de demostrar una simulación, como es el caso de los demandantes en este litigio" (G. J. tomo CLIX, pág. 51).

2.- En ejercicio de sus funciones y dando aplicación a tales principios, la sentencia de segunda instancia dictada en este proceso, declaró la simulación absoluta de los contratos contenidos en las escrituras públicas Nos. 746 de 3 de abril de 1978 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Neiva y 413 de 17 de mayo de 1980, otorgada en la Notaría Unica de Garzón, decisión esta a la cual llegó el sentenciador, por haber encontrado debidamente demostrados varios indicios contingentes, que llevaron al Tribunal a la existencia de la simulación impetrada.

3.- El recurrente en casación, combate la sentencia impugnada bajo la acusación de haberse infringido con ella por el tribunal, por la vía indirecta y por las razones expuestas al formular el cargo, las normas sustanciales que denuncia como transgredidas, por cuanto, por equivocada apreciación de las pruebas que en cada caso señala, se incurrió a su juicio en el error de dar por demostrados, sin estarlo, los hechos indicadores en cuya existencia funda sus conclusiones el sentenciador.

4.- El cargo así propuesto, se encuentra destinado al fracaso, por las razones que van a expresarse:

4.1.- En relación con el móvil de la simulación por parte de Jesús Ramón Cuéllar, coincide el censor con el tribunal en cuanto este dio por sentado y aquel acepta que el de cujus, a consecuencia de los conflictos de carácter familiar en que fue demandado en procesos de separación de bienes, de alimentos para sus hijos legítimos y denuncia penal por incumplimiento de la obligación de suministrarlos, "había manifestado que no le dejaría ninguna fortuna ni a su esposa ni a sus hijos" (folio 25, cdno. Corte, folio 80 C-9). Discrepa sin embargo el recurrente en la conclusión que de ese hecho deriva el tribunal, pues al paso que la sentencia deduce la celebración de los contratos simulados a que se refiere la demanda, el impugnador encuentra esa conclusión reñida con la lógica, pues es evidente que "con una venta simulada no cumplía de ninguna manera su decisión de no dejarle nada a su cónyuge y herederos, pues al descubrirse la simulación, los bienes vendidos de todas maneras pasarían a poder de éstos" (folio 25, cdno. Corte).

Si bien es verdad que este razonamiento obedece a la lógica jurídica en caso de que llegare a "descubrirse la simulación", bien podría ocurrir, con igual probabilidad, que ello no sucediera, o que al menos el señor Jesús Ramón Cuéllar confiara en que ello no acaeciese, hipótesis estas dos que indican con claridad que el hecho indicado y tenido por tal en la sentencia, no es una conclusión arbitraria, irracional y reñida con la lógica sino que esa inferencia del fallador resulta razonable y, en todo caso, dentro de la órbita de sus funciones de apreciación de la prueba, labor que, por ser puramente intelectual, el legislador ha confiado, como tiene que ser por fuerza de las cosas, al prudente juicio de los encargados de administrar justicia, vale decir, a la "discreta autonomía" del juzgador, así el censor pueda ensayar o plantear análisis probatorio que conduzcan a otras conclusiones igualmente razonables.

4.2.- Afirma el censor que la sentencia impugnada incurrió en error de hecho al dar por demostrada sin estarlo, "la amistad íntima que unía a Jesús Ramón Cuéllar con la presunta compradora de sus bienes, señora María de Jesús Correa de Polo", pues tal cosa no aparece probada con los testimonios que se dicen sirven de apoyo a semejante conclusión, ni tampoco se establece con la declaración de la demandada, ni con las pruebas documentales que obran en el expediente.

A este respecto, observa la Corte, que si bien es cierto que la amistad a que se alude no fue calificada como "íntima" por los testigos Luis Eduardo Ardila, Rodolfo Cruz González, María Salazar Carvajal (folios 1 a 6, 33 a 37 y 30 a 33, C-5), en lo que sí coinciden los declarantes es en la aserción de que el causante

y la compradora de los bienes a que se refiere la demanda, se conocían de tiempo atrás y algunos de ellos, como sucede en la declaración de Luis Eduardo Ardila (fl. 3, C-5), narran que cuando Jesús Ramón Cuéllar "se agravó" inmediatamente antes de morir "ella se vino a asistirlo a él" y que "siempre la veía a ella" cuando "iba" a donde vivía el causante, declaración que aparece en el mismo sentido de la rendida por Pedro Vela Cuéllar, quien afirma que ella, (María de Jesús Correa de Polo), cuando el causante "quedó solo, sin mujer, sin hijos ni nada" acompañaba "a Jesús como un servicio" (fl. 29, C-6). Tales declaraciones, así como la de María Salazar Carvajal (folios 30 a 33, C-5), quien afirma que entre Jesús Ramón Cuéllar y la compradora de los bienes en virtud de los contratos cuya simulación se impetra declarar, existía "amistad" que compara con la suya para expresar que eran similares (folio 32, cdno. citado), a lo que ha de agregarse que Rodolfo Cruz González (folios 33 a 37, C-5), asevera que nunca supo de la existencia de relaciones entre Jesús Ramón Cuéllar y María de Jesús Correa de Polo como "amantes", pero sí le consta que "ella ha vivido un tiempo ahí en esos apartamentos para darse cuenta de ellos mismos", lo que implica amistad con el de cujus. De esta suerte, ha de concluirse que si existía un alto grado de amistad entre Jesús Ramón Cuéllar y María de Jesús Correa de Polo, quien por ello prestó auxilio personal a aquél en su última enfermedad, circunstancias estas que en últimas, denotan un "affectio" sobre cuya calificación de "íntima" por el Tribunal puede discreparse como en efecto discrepa de ella el impugnante, sin que por ello pueda concluirse que desaparece la prueba de esa amistad, ni tampoco que se pueda descartar que por su existencia se llegó a la celebración de los contratos que se declaran simulados. Es decir, que en este caso, aún si se aceptara en gracia de discusión la existencia del error, este carecería de trascendencia para infirmar la conclusión indiciaria del juzgador, la que no resulta de suyo, opuesta a la razón, sino, al contrario, compatible con un sano criterio de probabilidad, suficiente para establecer este indicio de carácter contingente, independientemente de la amistad con Fabio Polo, no demandado en este proceso.

4.3.- En cuanto a la "permanencia y comportamiento de Jesús Ramón Cuéllar al frente de la administración de los bienes vendidos, obrando como verdadero dueño de los mismos", observa la Corte que se encuentra fuera de toda discusión que el causante continuó viviendo en uno de los apartamentos que aparecen como enajenados a la demandada, si bien a título de arrendamiento. Y, por lo que hace al comportamiento del causante en relación con los otros inmuebles, aparece que, según la declaración de Luis Eduardo Ardila, Jesús Ramón Cuéllar le dijo "que le pagara a él mientras él viviera" (folio 2, C-5),

a lo cual agrega que otros inquilinos, "no le pagaban, por lo menos ahí hubo uno que se fue y no le pagó", porque "como él no acosaba se iban y no pagaban y los demás arrendatarios pues mientras él vivió a él le pagaban" (folio 4, C-5).

Esta declaración, coincide con la rendida por Fabio Polo (folios 50 a 60, C-6), quien expresa que Jesús Ramón Cuéllar "administraba los bienes de la mujer mía porque ella lo había autorizado"; al igual que con la de Hugo Gutiérrez Rivas (folio 10. C-6), testigo este que manifiesta que el causante "se dedicó a administrar los bienes de doña María" y, aún, con la propia declaración que obra a folios 34 a 40 del cuaderno seis, rendida por Jesús Ramón Cuéllar en el proceso de lanzamiento promovido por María de Jesús Correa de Polo contra Hernán Castillo, prueba trasladada a este proceso y en la cual aquél acepta haber percibido algunos cánones de arrendamiento no obstante ser la señora Correa de Polo la arrendadora del inmueble a que aquel proceso se refería, si bien pretendió hacer algunas aclaraciones en sus respuestas a las preguntas que le fueron formuladas al rendir ese testimonio ahora trasladado como prueba a este proceso, y que al tribunal le merecen la calificación de contradictorias.

De otra parte, sostiene el censor que el tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación del testimonio de Régulo Vásquez, por cuanto los trabajos por él realizados, según su declaración, fueron llevados a cabo "hace 10 años", o sea hacia 1977, es decir, antes de que se celebraran los contratos que se dice fueron simulados. Ello no obstante, si se mira esa declaración testifical en su integridad, (folios 6 a 9, cdno. 5), queda claro que el obrero-declarante no realizó trabajos propios de su oficio en esos inmuebles en esa ocasión sino "en varias oportunidades" por haber sido contratado por Jesús Ramón Cuéllar para ello, y que por los mismos "siempre me pagó fue él" (folio 7, C-5), sin que el testigo pueda recordar cuándo "fue la última vez" que realizó tal tipo de trabajos "a don Jesús Ramón" antes de su muerte (folio 7, C-5).

Así las cosas, aparece que al lado de tales testimonios obran otros en el expediente en el sentido de que María Correa de Polo arrendó algunos inmuebles, como ocurre con los de María Salazar Carvajal (folio 30 a 33, C-5), Rodolfo Cruz (folio 33 a 37, C-5) y Ezequiel Palma Andrade (folios 24 a 27, C-6), que el tribunal, en ejercicio de su delicada función de juzgador no estimó como bastantes para infirmar su conclusión de que el de cujus continuó ejerciendo actos similares a los que realizaba como dueño en relación con algunos inmuebles a los que se refiere la demanda inicial. Tal proceder del juzgador, queda comprendido dentro de la órbita propia de la función evalua-

dora de la prueba, que se le atribuye por la ley y en la que goza de "discreta autonomía", a menos de incurrirse en yerro evidente de hecho o de derecho, sin que se incurra en aquel cuando ante la existencia de dos grupos de testigos se acoja lo dicho por uno de ellos y se deseche lo afirmado por el otro, pues, como se ha dicho por esta corporación, "cuando exista duda acerca de cuestión de hecho originada de las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurra en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar unas de ellas para resolver la cuestión" (G. J. tomo XLV, pág. 233).

4.4.- Da por demostrado la sentencia el indicio de "precio irrisorio estipulado en la escritura de venta", el cual funda el tribunal en sendos dictámenes rendidos por peritos tanto en primera como en segunda instancia y en otro rendido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

4.5.- El censor impugna esta conclusión indiciaria del Tribunal, por cuanto, a su juicio, para arribar a ella se incurrió en errores de hecho por falta de apreciación de los testimonios de Ismael Navia y Esther Galvis de Navia (folios 19 a 23 y 14 a 19, C-6), así como al no ver que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (folio 1, C-8) certifica que el avalúo de los bienes objeto del proceso, era, según su valor catastral en enero de 1977, de $675.000,oo para el "primer bloque" y $298.000,oo para el "segundo bloque". De la misma manera, se incurrió en error de esta clase al no percatarse el tribunal de que las construcciones existentes fueron avaluadas, teniendo en cuenta "la tabla de precios de Neiva elaborada por la seccional de Catastro del Huila en 1987 y no con base en la que debía estar elaborada para los años 77 y 78" (folio 45, cdno. Corte).

Por otra parte, se incurrió en error de derecho, "al darle validez al dictamen pericial practicado en la segunda instancia", pese a estar objetado por error grave y no haber sido decidida esa objeción.

4.6.- Observa la Corte, de entrada, que no asiste razón al recurrente al plantear como fundamento del error de hecho que aquí alega como motivo de casación, la falta de apreciación de los testimonios de Ismael Navia y Esther Galvis de Navia, pues, como puede verse de la lectura de tales testimonios (folios 19 a 23 y 14 a 19, C-6), en ellos nada se dice sobre el precio comercial de los inmuebles a que se refieren los contratos cuya simulación se pretende sea declarada, lo que, de suyo, denota que, ni existe en este punto el error que se achaca al tribunal ni, sustracción de materia, puede predicarse que sea evidente ni trascendente como para infirmar por ello la conclusión del sentenciador.

4.7.- La acusación de no haber tenido en cuenta el valúo catastral de los inmuebles en cuestión "en enero de 1977" (folio 44, cdno. Corte), resulta inane por completo, como quiera que la sentencia no refiere a ese valor, sino al precio real y comercial de tales inmuebles, el cual, como es de conocimiento público, difiere notablemente del primero.

4.8.- En cuanto al avalúo de las construcciones practicado según se dice por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi teniendo en cuenta "las tablas de precios" vigente para la ciudad de Neiva en 1987 y no las que debían regir para 1977 y 78, es claro que el censor tiene sobre sí la carga de probar en qué consistió el error, lo que no puede aceptarse que se cumpla con la simple atestación de no haber sido tenidas en cuenta las tablas de precios referentes a "los año 77 y 78", pues como es de conocimiento público, la ley exige que, cuando se alegue la violación de normas de derecho sustancial, por vía indirecta como consecuencia de error de hecho en la apreciación probatoria "es necesario que el recurrente lo demuestre" (art. 374, C.P.C.), demostración que, desde luego, no se logra con la simple enunciación del yerro en que se dice incurrió el sentenciador.

4.9.- Por lo que hace a los dictámenes periciales practicados en primera y en segunda instancia, observa la Corte que el rendido por los peritos Samuel Polanía Suárez y Fabio Ossa (folios 161 a 164, C-5) ante el Juzgado Unico del Circuito de Garzón carece de eficacia según la propia sentencia impugnada, toda vez que en ella se declara probada la objeción por error grave, no decidida por el fallador de primer grado. Ello significa, entonces, que el dictamen pericial tenido en cuenta junto con el informe del Instituto Geográfico Agustín Codazzi para dar por demostrada la existencia del "precio exiguo o irrisorio" (folios 82 y 83, C-9), no puede ser sino el rendido ante el tribunal y que obra a folios 6 a 9 del cuaderno once, el cual, como lo afirma el recurrente, fue objetado por error grave (folio 41, C-9), sin que se hubiese decidido tal objeción, no obstante haberla tramitado. Ello comporta, como puede verse sin esfuerzo, que el tribunal incurrió en el error de derecho de apreciar esta prueba con ostensible violación de los artículos 238 y 174 del Código de Procedimiento Civil, error este que, sin embargo, no tiene la fuerza suficiente para destruir la conclusión del sentenciador sobre el precio irrisorio de las ventas que se pretenden simuladas, por cuanto tal dictamen, como ya se dijo, no es el único soporte probatorio de la sentencia del tribunal al respecto (folios 82 y 83, C-9), ya que el fallador tuvo también como elemento de convicción el informe del Instituto Geográfico Agustín Codazzi visible a folios 22 a 26 del cuaderno ocho, que no obstante haberse atacado al sustentar el cargo, queda incólume por no haberse

demostrado en forma fehaciente el error que se le imputa a la sentencia, según se expresó en el numeral 4.7 de estas consideraciones.

5.- En relación con el "no pago del precio de la venta por parte de la demandada María de Jesús Correa de Polo" que el tribunal da por demostrado (folio 83, C-9) y que el censor combate por haberse incurrido en error de hecho en la apreciación probatoria de la declaración de la compradora demandada (folio 37, C-4), así como respecto de los testimonios de Esther Galvis de Navia (folios 14 a 19, C-6), Ismael Navia (folios 19 a 23, C-6), Fabio Polo (folios 50 a 56, C-6), Martín Puyana (folios 32 a 35, C-10) y los documentos visibles a folios 73 a 76 y 125 del cuaderno principal, observa la Corte que, examinadas estas pruebas, aparece claro que la señora María de Jesús Correa de Polo, al momento de la negociación carecía del dinero necesario para pagar la totalidad del precio, por lo que, al decir de ella misma, de su marido y de los declarantes citados, hubo de acudirse por Fabio Polo a conseguir prestado parte del dinero en dinero en efectivo (Testimonio de Esther Galvis, Ismael Navia, Fabio Polo y Martha Puyana), sin que se encuentre demostrado que efectivamente se hubiere cancelado parcialmente el precio con ese dinero, ni tampoco el pago del saldo, pagos estos de los cuales afirma la propia declarante que no hubo testigos (ni existen recibos) porque al comprador "no le gustaba... de los abonos no pusimos testigos ni recibos tampoco nos dio él (folio 87, C-9), declaración esta que desvirtúa lo dicho por los contratantes en las escrituras respectivas en las que se expresa que el precio se recibió a satisfacción por el vendedor, circunstancia de la cual, unida a otras declaraciones, dedujo el sentenciador que no se encuentra probado el pago del precio, inferencia razonable y que, por no ser manifiestamente arbitraria no puede ser desconocida ahora por la Corte, pues no constituye error evidente de hecho, como lo asevera el censor.

6.- En cuanto al indicio de falta de capacidad económica de la demandada para adquirir los inmuebles y que el tribunal da por demostrada, es lo cierto que de los testimonios obrantes en el proceso aparece que María de Jesús Correa de Polo, dedicada a labores de hogar y al arreglo de ropas de otras personas, carecía de recursos económicos para adelantar por sí misma las negociaciones que culminaron con los contratos que se declararon simulados por el tribunal, como incluso lo demuestran sus declaraciones de renta (folios 73 y ss., cdno. principal), punto este aceptado por todos en el proceso.

7.- Respecto a "la falta de necesidad para enajenar los bienes vendidos", es cierto como lo afirma el recurrente que los folios 10 a 16 del cuaderno siete

no existen, pero ese "lapsus calami" en la cita no tiene de ninguna manera fuerza de tal naturaleza como para infirmar la conclusión del sentenciador en el sentido de que el vendedor Jesús Ramón Cuéllar "no sufría afugios económicos" que lo determinaran a vender esos inmuebles, pues está demostrado que era persona acaudalada, que es a la que se refiere la sentencia impugnada.

8.- Asevera el censor que el indicio de simulación que el tribunal da por probado por la conducta posterior de la compradora en cuanto enajenó los bienes comprados, "casi de inmediato" a Rodolfo Rojas Cuenca luego de la muerte de Jesús Ramón Cuéllar, adolece también de error de hecho evidente en la apreciación probatoria, pues no tuvo en cuenta el testimonio de Fabio Polo, y da por sentado que esta nueva venta era simulada sin declaración judicial alguna al respecto, como tampoco existe prueba de que la demandada asumiera tal conducta porque sabía que esos bienes pertenecían a la sucesión del causante aludido.

A esta acusación, observa la Corte que examinadas las copias de los folios de matrícula de los inmuebles vendidos, que obran a folios 129, 130, 131 y 132 del cuaderno cinco, efectivamente aparece que las enajenaciones a que se refiere este indicio, si se produjeron en fechas muy próximas a la muerte de Jesús Ramón Cuéllar (15 de febrero de 1986, folio 12, cuaderno principal), ya que la escritura No. 114 de 20 de febrero de 1986, otorgada en la Notaría de La Plata, lo fue apenas cinco (5) días después de muerto el causante y en ella se vendieron a Rodolfo Rojas Cuenca los inmuebles que aquél había dicho vender a María de Jesús Correa de Polo, en las escrituras contentivas de los contratos que el tribunal declaró simulados. Y precisamente esa premura en desprenderse de dichos bienes, unida a las demás circunstancias antecedentes, resulta ciertamente, como lo asevera el *ad-quem*, un hecho indicante de ocultamiento de rastros inmediatos de la adquisición precedente, que refuerzan la demostración de la simulación demandada.

9.- En relación con la afirmación del sentenciador de que la simulación puede también inferirse de la costumbre de Jesús Ramón Cuéllar de realizar negocios simulados, observa la Corte que el recurrente asevera que de los documentos que aparecen a folios 165 a 175 del cuaderno cinco, "no se desprende el hecho indicador consignado por el tribunal", en lo que desacierta la censura, porque tal como lo ha dicho esta corporación, siguiendo la doctrina universal en el punto, cuando reconoce en los antecedentes, hábitos o usos

simulatorios de una persona, y particularmente en aquellos que se efectuaron con otras personas allegadas, circunstancias subjetivas de un comportamiento reiterado de ocultamiento negocial, suficiente para, unido a otros motivos (v.gr. el mismo móvil de simulación), puedan ser indicadores de comportamiento simulatorio en negocios jurídicos posteriores. De allí que dicho reparo no desvirtúe la mencionada inferencia lógica.

10.- Por último, ha de decirse que el tribunal, luego de analizar por separado los indicios contingentes anteriormente mencionados, expresa que todos ellos "apuntan a demostrar la simulación de los contratos contenidos en las escrituras 746 y 413" (folio 86, C-9), conclusión esta que escapa en este caso al control de la Corte en casación, como quiera que, conforme a doctrina jurisprudencial reiterada entre otras, en sentencia No. 059 de 23 de febrero de 1990, "la inferencia lógica a que llega el juzgador en materia indiciaria, es un asunto que, de ordinario se deja al prudente juicio del fallador, a su "discreta soberanía", de manera tal que, tan solo cuando su conclusión resulta de bulto como manifiestamente contraria a las que en sana lógica se deduzca de los hechos indicadores, pueda ser infirmada mediante recurso extraordinario de casación", por lo que, "si en el proceso mental realizado por el juzgador este no resulta convicto de contraevidencia, ni en la contemplación de los hechos constitutivos de los indicios, ni en la tarea dialéctica de discriminar, sopesar y relacionar éstos, en razón de lo cual llegó a las conclusiones de hecho en que cristaliza la prueba, entonces, aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del tribunal, cuyas decisiones como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto" (Cas. Civ. 22 de noviembre de 1965), (g. J., tomo CLXXVI, No. 2415, pág. 73), que hoy se reitera.

El cargo por lo dicho, no prospera.

Cargo segundo:

Con apoyo en la primera de las causales de casación establecidas por el artículo 368 del código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia que combate de ser violatoria, de manera indirecta, por errores de hecho "en la apreciación de algunas pruebas", de los artículos 1745, 1766, 961 y 964 del

Código Civil, por "indebida aplicación", y de los artículos 669, 673, 746, 756, 1602, 1849 y 1857, por "falta de aplicación" (folio 70, cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo, manifiesta el censor que el tribunal no apreció "la existencia en el expediente de la escritura pública No. 745 de fecha 27 de junio de 1986 de la Notaría Unica del Círculo Notarial de Garzón, por medio de la cual, Rodolfo Rojas Cuenca transfiere a título de venta real y legal a favor de María de Jesús Correa de Polo el derecho de dominio y posesión" que tenía adquirido sobre los bienes allí descritos y alinderados, que "son los mismos bienes cuya restitución se pide en la demanda con consecuencia de la acción de simulación" (folio 70, cdno. Corte).

A continuación agrega el impugnador que el tribunal, por haber pretermitido la apreciación de la mencionada escritura, no advirtió "que el dominio y posesión que actualmente ostenta la demandada María de Jesús Correa de Polo, la deriva de la tradición que de los bienes se le hizo mediante el mencionado instrumento", escritura debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Garzón, como aparece a folios 129, 130 y 131 del cuaderno cinco, documentos también desconocidos por el tribunal.

Estos errores de hecho en la apreciación de las pruebas aludidas, son de tal trascendencia que, de no haber sido cometidos por el fallador de segunda instancia, este "no habría de ninguna manera accedido a decretar en la sentencia la restitución de los bienes a la demandante, pues se hubiera percatado de que la posesión y dominio que actualmente ostenta la demandada la deriva de un título de adquisición muy diferente a los que el tribunal declaró simulados en cuanto a los contratos de compraventa en ellos consignados" (folio 71, cdno. Corte), todo lo cual condujo a la violación de las normas sustanciales enunciadas al proponer el cargo, razón para impetrar que se case la sentencia atacada, "en cuanto al numeral segundo de la parte resolutiva se refiere" (folio 72, cdno. Corte).

Consideraciones:

1.- La regulación legal del recurso extraordinario de casación civil, a tenor de los dispuestos en los artículos 368, num. 1 y 374, num. 3 del Código de Procedimiento Civil, permite aducir como causal para sustentar la acusación contra la sentencia así impugnada, la comisión por el fallador de errores facti in judicando, ora sea que ellos provengan de yerro de hecho o de derecho en la

apreciación probatoria, con lo cual, no obstante que por la naturaleza misma de este recurso el debate sobre el aspecto fáctico del litigio, en principio le es extraño, se le da cabida en forma excepcional al examen de los hechos y ello, en atención a que una equivocada fijación de los mismos por parte del sentenciador, puede conducir a un fallo contrario a derecho. A este respecto, tiene por sentado la jurisprudencia de esta corporación, entre otras providencias en auto de 9 de agosto de 1974 (ordinario de Campo Elías Mora contra Freddy Fernando Carvajal) que: "Si bien el examen de los hechos está, en principio, excluido del ámbito de la casación, a estos puede sin embargo referirse el recurso, cuando la errada apreciación que de ellos haga el tribunal a través del estudio de las pruebas es el medio que lo conduce a la violación de la ley sustancial".

2.- Corolario obligado de lo expuesto, es que para la prosperidad de la censura en casación cuando el recurrente monta el cargo por violación indirecta de la ley sustancial, necesariamente ha de indicar, "en forma precisa y clara" (art. 374, C.P.C.), cuáles fueron las pruebas que dice fueron mal apreciadas, en que consistió el error del juzgador y la trascendencia del mismo en la decisión, esto es, la relación de causa a efecto entre el error de hecho o de derecho en la estimativa probatoria y la resolución judicial que se combate, pues, aún existiendo la equivocación del sentenciador en materia de pruebas por haber incurrido en error de hecho o de derecho, ella no será bastante para quebrar el fallo en casación sino cuando sea la causa directa de la decisión que quebrante las normas sustanciales.

3.- En el caso de autos, observa la Corte que, de la aplicación de los principios expuestos, surge como conclusión la imposibilidad de que el cargo aquí examinado prospere, por cuanto:

3.1.- A partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil expedido por decretos 1400 y 2019 de 1970, la inscripción de la demanda decretada como medida cautelar en procesos ordinarios, (art. 690, C.P.C.), si bien no pone los bienes sujetos a registro fuera del comercio, somete a quien los adquiera con posterioridad "a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 332" del mismo código. Es decir que, por ministerio de la ley, el adquirente se somete a lo que se decida en el fallo que se dicte en el proceso en el cual se decretó la medida precautoria en mención, a cuyo efecto "se entiende que hay identidad jurídica de partes" entre el tradente y el adquirente "por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda".

3.2.- En este proceso, mediante auto de 13 de junio de 1986 (folio 44, C.1), se decretó la inscripción de la demanda respecto de los inmuebles con folios de matrícula inmobiliaria Nos. 202-003638, 202003639 y 202-0006871 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Garzón, para cuyo cumplimiento se libró el oficio No. 0467 de junio 17 de 1986 (folios 47 a 54, C-1), medida cautelar que se registró el 19 de junio de ese año (folio 55 vuelto, cuaderno citado y copias auténticas de los folios de matrícula que aparecen en el cuaderno cinco, folios 129, 130, 131 y 132).

3.3.- Significa entonces lo anterior que el contrato de compraventa celebrado entre Rodolfo Rojas Cuenca y María de Jesús Correa de Polo sobre los inmuebles cuyas matrículas inmobiliarias ya se mencionaron, contenido en la Escritura Pública No. 745 de 27 de junio de 1986, es posterior a la inscripción de la demanda decretada como medida cautelar y respecto de esos mismos bienes, razón por la cual la compradora adquirente quedó sujeta a lo que se decidiera en el proceso, en el cual, además, eran partes tanto ella como el vendedor en calidad de demandados.

3.4.- Así las cosas, si en la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso, se declaró la simulación absoluta de los contratos contenidos en las escrituras públicas Nos. 746, de 3 de abril de 1978 y 114, de 20 de febrero de 1986, otorgadas en las Notarías Primera de Neiva y La Plata, respectivamente, ello apareja como consecuencia incluctable afirmar que esos bienes inmuebles no salieron jamás del patrimonio de Jesús Ramón Cuéllar; y, por ende, ha de concluirse entonces que la orden judicial de restituir tales bienes con sus frutos civiles y naturales impartida en el numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en nada se afecta porque en su motivación no se hubiese hecho expresa mención de la escritura 745 de 27 de junio de 1986, otorgada en la Notaría de Garzón, mediante la cual uno de los demandados, Rodolfo Rojas Cuenca, vende tales inmuebles a la otra demandada, María de Jesús Correa de Polo, quien, por si fuera poco, actuó en el primero de los contratos que se declaran simulados como compradora de Jesús Ramón Cuéllar y en el segundo como vendedora de los mismos bienes a Rodolfo Rojas Cuenca.

3.5.- Viene entonces de lo dicho, que aunque ciertamente el tribunal omitió considerar como prueba la escritura 745 de 27 de junio de 1986, otorgada en la notaría de Garzón, y su inscripción en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos con sede en ese municipio, ese error carece de transcendencia por

completo para el propósito de casar parcialmente la sentencia como lo persigue el recurrente, requisito que para la prosperidad de la acusación resulta de cumplimiento inexcusable y que, en este caso, brilla por su ausencia.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Segunda demanda de los sucesores de Rodolfo Rojas Cuenca

Tres cargos formulan los sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca a la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso, los cuales serán despachados en su orden.

Cargo primero:

Con invocación para proponerlo de la causal 3a. de casación consagrada por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia impugnada de contener "en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias" (folio 82, cdno. Corte).

En la argumentación para sustentar la censura, manifiestan los recurrentes que, como quiera que Rodolfo Rojas Cuenca no fue parte en los contratos cuya simulación se decreta, es la contratante en ellos María de Jesús Correa de Polo, quien "debe reintegrar los inmuebles con los frutos", pues, además de la propia motivación de la sentencia así se desprende y como puede apreciarse inclusive del numeral 4o. de la parte resolutiva (folio 90, C-9) en cuanto dispone que la parte actora habrá de "pagar a favor de la demandada María de Jesús Correa de Polo, las expensas necesarias invertidas en la conservación de los bienes presuntamente comprados" (folio 84, cdno. Corte).

Agregan los recurrentes que, no obstante lo anterior, "contradictoriamente el Tribunal resulta en la sentencia condenando a la parte demandada a la restitución de los bienes y los frutos, sin tener en cuenta que Rodolfo Rojas Cuenca, conforma con María de Jesús Correa de Polo, que es la persona a quien el tribunal quiso condenar, la parte demandada", contradicción que "es absolutamente clara, puesto que tal como se ha fulminado la condena no se podrá exigir a los sucesores de Rodolfo Rojas Cuenca los bienes que el mismo tribunal dice que deben ser restituidos por María de Jesús Correa de Polo", razón esta que ha de conducir a casar la sentencia atacada y absolver a los recurrentes, en sede de instancia (folio 84, cdno. Corte).

Consideraciones:

1.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, las decisiones contenidas en la sentencia, deben ser clara y precisa, cualidades estas que se erigen por el derecho positivo para garantía de la certidumbre y la seguridad jurídica que persiguen los asociados cuando acuden a la rama jurisdiccional del Estado para que por ella se dirima al litigio existente entre las partes.

2.- En ese orden de ideas, las decisiones que contenga el fallo, como expresión que este es de la actuación de la ley en el caso concreto, han de ser inteligibles de un lado y, de otro, no pueden contener disposiciones contradictorias, es decir, que se excluyan entre sí, por cuanto, como resulta obvio, en tal caso se torna imposible la operancia simultánea de lo resuelto en sentidos opuestos en el mismo fallo y, en rigor, habría de decirse que en tal hipótesis no se cumple con la función encomendada a la rama jurisdiccional, pues la inejecutabilidad de una sentencia que respecto al mismo litigio manda y no manda, condena y no condena, declara y no declara, vulnera en forma grave el derecho de los asociados a que se les administre justicia, razón por la cual el legislador erigió como específica causal de casación el contener la sentencia "en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias", no obstante lo cual "el principio de que la fuerza obligatoria de una sentencia se encuentra en la parte resolutiva y no en la motiva, sufre excepción cuando aquella ha de explicarse necesariamente por las razones de orden objetivo que le sirven de fundamento, es decir, cuando se hace necesario conocer el motivo para determinar el sentido de la parte resolutiva" (G. J., tomo LXIX, pág. 544).

3.- Aplicadas las nociones precedentemente expuestas al caso sub-lite, encuentra la Corte que el cargo está destinado al fracaso ya que en nada resulta contradictoria.

3.1.- De una parte, porque en ella no aparece que condene a uno o a ambos sujetos demandados a la restitución pretendida, y al mismo tiempo se les absuelva a uno o a ambos por el mismo concepto, de tal manera que sea imposible su ejecución.

Además, de otra parte tampoco resultan contradictorias e inejecutables las resoluciones del fallo, cuando, de un lado, hace la declaración de ser

simulados los contratos contenidos en las escrituras públicas No. 746 de 3 de abril de 1978 de la Notaría Primera del Círculo de Neiva y la No. 413 de 17 de mayo de 1980, otorgada en la Notaría de Garzón, y, del otro, seguidamente profiere la condena consecuencial a restituir los bienes a que tales escrituras se refieren junto con sus frutos civiles y naturales, por la parte demandada en el proceso. Ello obedece a que, en primer término, con dicha decisión se obtiene que la simulación que se declara surta efectos jurídico-materiales, que es justamente lo que se persigue con la resolución judicial contenida en el numeral segundo de la parte dispositiva del fallo atacado; y, en segundo lugar, a que tales decisiones no tengan obstáculo jurídico para que puedan ejecutarse.

3.2.- Siendo así las cosas, la causal invocada se encuentra destinada al fracaso, sin que pueda la Corte analizar las discrepancias jurídicas formuladas por el censor sobre el alcance sustancial y procesal de la restitución a cargo de la parte demandada y su desarrollo en la ejecución del fallo. Lo uno, porque dada la autonomía de los cargos en casación, era imperativo para el recurrente aducir esta censura en cargo por separado; y lo segundo, porque, no siendo la casación una tercera instancia, le está vedado proveer sobre asunto de esta materia, como lo de la ejecución de los fallos, porque así se lo impone el carácter limitado de su competencia en este recurso extraordinario.

4.- Viene entonces de lo dicho, que por no haberse demostrado la existencia de disposiciones contradictorias en la parte resolutiva del fallo el cargo propuesto no prospera.

Cargo segundo:

Con apoyo en la segunda de las causales de casación señaladas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusan los recurrentes la sentencia del tribunal en este proceso, por ser incongruente.

En desarrollo del cargo así formulado, manifiestan los impugnadores que "del petitum número 2 de la demanda (fl. 16 vto., cdno. principal) en concordancia con los hechos 16 y 17 (folios 18 vto. y 19 ibídem) se infiere que una de las pretensiones de la demanda es que se declare simulado el contrato de compraventa celebrado entre María de Jesús Correa de Polo y Rodolfo Rojas Cuenca mediante escritura pública No. 114 de 20 de

febrero de 1986, de la Notaría Unica del Círculo de La Plata (Huila)", respecto de la cual el tribunal "omitió pronunciarse" (folio 85, cdno. Corte).

Agrega la censura que, no obstante lo anterior, la sentencia condenó "a la parte demandada", de la que forman parte los sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca "como litis-consortes facultativos", a restituir los bienes y los frutos de los mismos, condena esta que "se fulmina" como "consecuencia de la simulación de las escrituras 746 y 413 decretada en el numeral 1o." (folio 86, cdno. Corte), por lo que, además, fueron condenados en costas.

De otra suerte, expresan los demandantes en casación, "tales condenas son absolutamente improcedentes", y no podían serles impuestas a ellos según su criterio, "sin antes haber decidido expresamente sobre la pretensión de declaración de simulación de la escritura No. 114 de 20 de febrero de 1986 y consiguiente ordenamiento del registro de la mencionada escritura" (folio 86, cdno. Corte), por lo que debe casar la sentencia y decidir luego sobre esa pretensión no resulta, absolviendo a los aquí recurrentes, sucesores de Rodolfo Rojas Cuenca, "de las condenas restitutorias y de costas fulminadas" contra ellos por el tribunal.

Consideraciones:

1.- En nuestro ordenamiento procesal civil, los artículos 304 y 305 demarcan el contenido de las sentencias judiciales, de suerte tal que en ellas ha de decirse por el juez sobre las pretensiones del actor y las excepciones del demandado que aparezcan probadas y alegadas si así lo exige la ley conforme a los hechos en que unas y otras se funden, todo bajo la consideración de que en la demanda y su contestación las partes trazan y delimitan la controversia judicial.

1.1.- Precisamente en armonía con ese principio fundamental, ha dicho esta Corporación que: "exceptuando los precisos casos en que pueden actuar ex-officio, los jueces civiles tienen condicionado su poder decisorio a lo que los asociados demanden expresamente su intervención y les está limitado por los asuntos que éstos les demarquen en las pretensiones que ejerciten en la demanda o por el contenido de las excepciones que sean propuestas", por lo que resulta claro que si el juez

"falla por fuera de lo pedido, o condena a más de lo suplicado, o deja sin resolución materias que le fueron sometidas oportuna y legalmente, entonces comete un claro yerro in procedendo y quebranta de manera franca el principio de la congruencia de las sentencias, en virtud del cual, como ya se dijo, el fallo debe ser una respuesta acompasada con cada una de las pretensiones deducidas y de las excepciones propuestas" (Sentencia 325 de agosto 29 de 1988).

1.2.- De tal manera que la parte que se sienta afectada con un fallo incongruente, goza del interés jurídico y, en consecuencia, se encuentra legitimada para acusarlo en casación por inconsonante, ya que por esta vía podría obtener la reparación del derecho deteriorado, disminuido o lesionado por dicha providencia judicial. Y ello acontece ordinariamente cuando el demandante no se le deciden algunas pretensiones, o al demandado se le omiten decisiones sobre excepciones o se le adoptan en su contra decisiones ultra o extra-petita.

En cambio, carece de interés jurídico y, en consecuencia, no se encuentra legitimado para invocar esta causal la parte a quien no le afecta el fallo defectuoso en esta congruencia, a pesar de que pueda resultar eventualmente afectado por violación de la ley sustancial o procesal, porque en tales eventos la acusación deberá estructurarse por las causales diferentes correspondientes, y no por la causal segunda de inconsonancia.

2.- Aplicadas las nociones expuestas, ha de observarse que el cargo que aquí se analiza, escapa por completo a la regulación legal de esta causal y, por lo mismo, no está llamado a tener éxito, por cuanto:

2.1.- Tal como se expuso anteriormente, la acusación de los demandados, sucesores de Rodolfo Rojas Cuenca, censura al fallo de incongruente por "no haber decidido expresamente sobre la pretensión de declaración de simulación de la escritura pública No. 114 de 20 de febrero de 1986 y consiguiente ordenamiento de registro...".

2.2.- Ahora bien, siendo que esta acusación, hecha por una de las partes demandadas, se refiere a la falta de decisión de una de las pretensiones de la demanda, caso en el cual dicha omisión solamente afectaría eventualmente a la parte demandante, por ser la reclamante de un derecho que no ha obtenido respuesta judicial alguna, se concluye fácil-

mente la falta de interés jurídico en el demandado para invocar en el caso sub-examine, la causal mencionada, pues en nada le afecta directamente el supuesto fallo incongruente, ya que si nada decide, a favor o en contra de él, consecuencialmente tampoco en nada le perjudica. Por lo que entonces carece de legitimación para ello.

De otra parte, si como lo aseveran los recurrentes, puede inferirse del texto de la segunda pretensión (folio 16 vto., C-1) y de los hechos 16 y 17 (folio 18 vto. y 19, C-1), que implícitamente se demandó declarar la simulación del contrato contenido en la escritura pública No. 114 de 20 de febrero de 1986, otorgada en la Notaría Unica del Círculo de La Plata (Huila), y, por ello, el tribunal se equivocó al proferir el fallo, la acusación ha debido formularse de otra manera. Porque el definir si tal pretensión existe o no existe, es asunto propio de la labor judicial de interpretación de la demanda, asunto este que en caso de error manifiesto sobre el particular, correspondería ser alegado dentro del ámbito propio de la primera de las causales de casación, por violación indirecta de normas sustanciales (art. 368, num. 1, C.P.C.) y no por una supuesta incongruencia del fallo, ya que esta es una causal autónoma e independiente de las demás que consagra la ley (art. 368, num. 2, C.P.C.).

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Cargo tercero:

Se combate en este cargo la sentencia, bajo la acusación de ser violatoria; por vía directa, de los artículos 1766, 1746 y 964 del Código Civil, el primero por "falta de aplicación" y los segundos, por "indebida aplicación" (folio 87, cdno. Corte).

Para sustentar el cargo enunciado, manifiestan los recurrentes que, el artículo 1766 del Código Civil, hace inoponible "a los terceros de buena fe" el contrato simulado porque la declaración judicial no se produce nunca en daño de terceros cuya buena fe se atuvo al contrato público, precisamente por ignorancia del acuerdo simulatorio". Agregan, que contrariando lo anterior el tribunal le hizo producir efectos en relación con Rodolfo Rojas Cuenca, a la declaración de simulación de los contratos contenidos en las escrituras públicas Nos. 746 de 3 de abril de 1978, otorgada en la Notaría de Neiva y 413 de 17 de mayo de 1980 de la Notaría

Unica del Circulo de Garzón (Huila), sin tener en cuenta que el citado Rodolfo Rojas Cuenca, adquirió "los inmuebles objeto del presente proceso mediante escritura pública No. 114 del 20 de febrero de 1936 de la Notaría Unica de La Plata (Huila) por compra a María de Jesús Correa de Polo" (folio 88. cdno. Corte). Agrega la demanda de casación que, esa infracción del artículo 1766 del Código Civil, "llevó al Tribunal a condenar a Rodolfo Rojas Cuenca que integra también la parte demandada, a reintegrar los bienes y frutos de que habla el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia y a condenarlo en costas en el numeral séptimo de la misma" (folios 88 y 89, cdno. Corte), con lo cual se violaron los artículos 1746 y 964 del Código Civil.

En virtud de lo expuesto, solicitan los recurrentes se case la sentencia acusada "y en su lugar se confirme la del *a-quo*", en cuanto absuelve a su antecesor procesal "de todos los cargos de la demanda" (folio 89, cdno. Corte).

Consideraciones:

1.- La estabilidad de los negocios jurídicos y la seguridad de los derechos subjetivos, exigen, que los efectos de la declaración de simulación de un contrato no se extienden a terceros de buena fe, que ciertamente por ello hubieren adquirido un bien en la creencia honesta de ser el objeto de tradición por quien efectivamente se encontraba en ejercicio hasta entonces del derecho de dominio que dijo transferirle. Ello explica, suficientemente, la razón de ser del artículo 1766 del Código Civil, en cuanto dispone que la contra estipulación pactada en secreto por los simuladores solo pueda sentir efecto inter-partes, pero no "contra terceros".

2.- En ese orden de ideas, necesariamente ha de aceptarse que si el supuesto tercero solo lo es en apariencia, como ocurre cuando simplemente actúa como prestanombre o testaferro del supuesto adquirente simulado para fingir a su turno una calidad de dueño que no tiene en realidad, quien así actúa, una vez puesta al descubierto la simulación inicial se somete igualmente a sus consecuencias ya que, en caso contrario, habría de concluirse que en la hipótesis de más simulaciones sucesivas o en cadena, siempre podría burlarse la restitución de las cosas al *statu quo* anterior, como si nada hubiese ocurrido, esto es, como si el acto simulado no

hubiese sido puesto al descubierto, lo cual, sin duda, repugna al derecho y a la majestad de la justicia.

3.- Pasa ahora la Corte al estudio de la acusación sub-examine.

3.1.- Primeramente advierte la Sala que el tribunal fundó la condena de restitución de frutos naturales "tal como lo dispone el artículo 964 del C.C. desde el momento en que empezó a explotar y percibir para sí las ventas de dichos bienes", con lo cual el sentenciador de segundo grado, para hacer operar este precepto, dio por probado que la parte demandada no solo fue poseedora de mala fe sino que explotó y percibió o debió percibir frutos naturales y civiles.

Por su parte, la censura se duele que el tribunal, la hubiese considerado de mala fe, cuando el bien lo adquirió mediante acto contenido en escritura pública (No. 114 del 20 de febrero de 1986); y que consecuencialmente se le hubiese condenado al pago de frutos, cuando ha debido absolverle.

3.2.- Siendo así las cosas, advierte la Sala el carácter defectuoso del cargo, porque habiéndose presentado por violación directa de la ley sustancial, el casacionista desatiende la regla técnica que le impone el deber de no disentir las apreciaciones probatorias del *ad-quem* y aducir su argumentación en razones jurídicas de dicho quebranto, porque, ciertamente, se aleja de ellas. Pues mientras el juzgador de segundo grado fundó la condena en la posición de mala fe y percepción de frutos en ese carácter; el censor, por su parte, sustenta su censura en lo contrario.

Lo anterior resulta suficiente para el rechazo del cargo por este defecto de técnica, que, por lo demás, de no existir dicha falencia, también estaría llamado al fracaso, porque, en el caso sub-lite, como arriba quedó dicho, la simulación no puede aprovechar a los terceros de mala fe.

4.- El cargo pues, no prospera por lo dicho.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 11

de julio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, en el proceso ordinario iniciado por Gladys Inés Ramón de Vásquez, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar, contra María de Jesús Correa de Polo y Rodolfo Rojas Cuenca.

Costas a cargo de los recurrentes. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

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

REVISION - Naturaleza / REVISION - Causales / NULIDAD PROCESAL / INDEBIDA REPRESENTACION / FALTA DE NOTIFICACION / EMPLAZAMIENTO / CURADOR AD LITEM / ETICA PROFESIONAL / INVESTIGACION DISCIPLINARIA

La naturaleza excepcional de este recurso extraordinario de revisión significa que únicamente sea procedente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el art. 380 del C. de P.C., causales que son de interpretación restrictiva. / Las nulidades por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, no pueden ser invocadas eficazmente sino por la parte mal representada, notificada o emplazada, por ser ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios. /Los muertos no pueden ser procesalmente emplazados, ni mucho menos representados válidamente por curador ad litem. /No basta afirmar que se desconoce al demandado o se ignora su domicilio, si de otros medios aducidos al debate surge que el demandante no podía ignorar quién debia ser su opositor o cual era su domicilio. /En el presente caso, por afirmarse bajo juramento que se ignoraba el domicilio del demandado, a sabiendas de que éste había fallecido y que existían herederos conocidos que lo representaban, la abogada no ajusto su conducta a los deberes que imponen la ética profesional y el legal ejercicio de la abogacía, de lo cual se dispone que por autoridad competente se realice la pertinente investigación disciplinaria.

Corte Suprema de Justicia.--- Sala de Casación Civil.--- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 3689* *Sentencia No. 45*

Decídese el recurso de *revisión* interpuesto por Alfredo García Barrera, en su calidad de heredero de Alfredo García Mora, contra la sentencia del 12 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de declaración de pertenencia promovido por MARIA CANDELARIA RODRIGUEZ ARDILA frente a ALFREDO GARCIA MORA y personas indeterminadas.

I. Antecedentes:

1. La sentencia de declaración de pertenencia

1.1 Con fundamento en las normas que regulan la prescripción adquisitiva de bienes raíces, MARIA CANDELARIA RODRIGUEZ ARDILA, por medio de procurador judicial, demandó a Alfredo García Mora, así como a las personas desconocida e indeterminadas que pudiesen tener algún derecho, para que previos los trámites legales se emitieran estos proveimientos:

"1o. Que María Candelaria Rodríguez Ardila, ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio del inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá, en la calle 5a. No. 9-59 de esta ciudad y comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: Norte, con la calle 5a. sur; Sur con el inmueble que fue del presbítero Rudesindo López; Occidente, con el inmueble marcado con el No. 9-63 y Oriente, con el inmueble marcado con el No. 9-57.

"Los linderos generales son los siguientes, pues el inmueble que se adquiere por prescripción extraordinaria forma parte de otro de mayor extensión alinderado así: Sur, en extensión aproximada de trece con diez metros (13.10 mtrs) con el inmueble que fue del presbítero Rudesindo López; Norte, en extensión aproximada de catorce con treinta metros (14.30 mtrs) con la calle 5a; Oriente, con el inmueble demarcado con el No. 9-57 y por el Occidente, con el inmueble demarcado con el No. 9-63 matrícula inmobiliaria No. 0500237736.

"2o. Que en consecuencia y para los efectos del art. 2534 del C.C. y 70 del Decreto 1250 de 1970, se ordene inscribir la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos".

1.2 Como causa petendi se adujo:

"1. María Candelaria Rodríguez Ardila ha tenido la posesión real y material del inmueble materia de este proceso desde hace más de veinte años en forma quieta, tranquila y pacífica e ininterrumpida, ya que no se ha presentado interrupción natural o civil.

"2. Durante este Tiempo ha ejecutado actos que solo permite el dominio de las cosas, tales como pagar impuestos, arrendar parte del inmueble, realizar mejoras necesarias, construir, ampliar, acondicionar el inmueble, etc.

"3. María Candelaria no ha reconocido dueño durante todo este lapso de tiempo; por el contrario, se ha comportado como tal, condición de dueño y señor reconocida por todo el vecindario".

1.3 Admitida la demanda (fl. 14, c. del Juzgado) se ordenó correr traslado al demandado, como a todas las personas que se creyeron con derecho sobre el bien. Surtido el emplazamiento del demandado cierto, como de las personas indeterminadas, se designó el curador *ad-litem* que llevaría la representación de uno y otros, se le posesionó, se le discernió el cargo y se continuó con la tramitación propia del proceso.

1.4 La primera instancia culminó con sentencia del 30 de agosto de 1988 en la que se dispuso:

"Primero. Declarar que MARIA CANDELARIA RODRIGUEZ ARDILA ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio y plena propiedad del inmueble pretendido y cuya identificación subyace en la demanda, ubicado en la calle 5 No. 9-59 de esta ciudad.

"Segundo. Declarar que se ha extinguido el derecho de dominio sobre dicho inmueble de cualquier otra persona.

"Tercero. Disponer el registro de este fallo ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Privados de Bogotá, a quien se librará el oficio con la inserción de la identificación del inmueble tomada de la demanda y/o de la inspección judicial. Expídanse las copias necesarias para la expedición de este fallo".

1.5 Enviado el proceso para que se surtiera la consulta al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en proveimiento del 12 de mayo de 1989 resolvió:

"1. CONFIRMAR la sentencia materia de consulta.

"2. Oportunamente, previa desanotación devuélvase al juzgado de origen".

La sentencia del *ad-quem*, y así lo precisa la parte recurrente (fl. 24, c. Corte), quedó ejecutoriada el 9 de junio de 1989.

2. La demanda de revisión:

2.1 Inconforme con la actuación, ALFREDO GARCIA BARRERA, invocando su calidad de heredero de Alfredo García Mora, por conducto de apoderado judicial, demandó la revisión de la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá D.C., en el proceso de pertenencia promovido por CANDELARIA RODRIGUEZ ARDILA frente a ALFREDO GARCIA MORA y demás personas indeterminadas.

2.2 Esta Corporación por auto del 21 de noviembre de 1991 (fl. 49) señaló el valor de la caución que debía prestar la parte recurrente en revisión y, otorgada mediante la póliza judicial No. 115177 del 26 de noviembre de 1991 expedida por Seguros del Comercio S.A. por la suma de $800.000.oo, se aceptó en providencia del 15 de enero de 1992.

2.3 Admitida la demanda de revisión por auto del 9 de marzo de 1992 (fl. 62, c. Corte), se ordenó darla en traslado a María Candelaria Rodríguez Ardila, Alfredo García Sepúlveda y María Ernestina García Sepúlveda.

Así mismo se ordenó emplazar a los interesados indeterminados de acuerdo con lo previsto en el art. 318 del C. de P.C. en armonía con el 407 ibidem.

2.3.1 María Candelaria Rodríguez Ardila se notificó personalmente (fl. 69, c. Corte) y mediante apoderada judicial descorrió el traslado, oponiéndose a la pretensión del demandante; en cuanto a los hechos aceptó el primero y exigió la prueba para los demás.

Expresa, en suma: "el recurrente tuvo la oportunidad procesal para intervenir dentro de dicho proceso de pertenencia ya que hubo emplazamiento y se hicieron las publicaciones de ley, todo lo cual está demostrado en autos. El bien objeto de la pertenencia formaba parte de otro de mayor extensión conforme consta tanto en la demanda como en las sentencias respectivas.

"No se hizo la notificación directamente al recurrente en su calidad de heredero del demandado porque de certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil división de identificación se desprende que el demandado nació el 27 de marzo de 1916 en Guacamayas Boyacá... Así mismo el señor Párroco de Guacamayas Boyacá expide certificación en el sentido de que el señor Alfredo García Barrera nació el 28 de julio de 1924, o sea cuando el señor Alfredo García Mora su presunto padre contaba la edad de ocho años... De todo lo anterior Honorables Magistrados, se concluyó que realmente el recurrente Alfredo García Barrera no podía ser heredero de Alfredo García Mora y por tal razón no se procedió a la notificación en calidad de tal" (fls. 74 a 76, c. Corte).

2.3.2 María Ernestina García Sepúlveda se notificó personalmente (fl. 96 ib.) y por conducto de apoderado judicial expone que "En los términos del art. 93 del C. de P.C. me allano a las pretensiones de la demanda de revisión interpuesta y en beneficio de la sucesión del Dr. alfredo García Mora, la coadyuvo" (fl. 111, c. Corte). Mas como la Corte advirtió que el escrito de la demandada no reunía los presupuestos del art. 93 del C. de P.C. y el allanamiento era ineficaz, por no provenir de todos los demandados, declaró improcedente el allanamiento así presentado (fls. 120 a 122, c. Corte).

2.3.3 Emplazados Alfredo García Sepúlveda, así como los interesados indeterminados, se les nombró curador *ad litem*, quien dijo que se atendría a las resultas del recurso (fls. 115 a 117 c. Corte).

3. Tramitado el proceso del recurso extraordinario, procede proveer lo que fuere de derecho.

II. La sentencia impugnada:

4. El tribunal después de historiar el proceso, expuso: "El emplazamiento hecho a las personas que se creyeran con algún derecho sobre el bien, así como al demandado, se llevó a cabo con el lleno de los requisitos demandados por el art. 318 del C. de P.C. y oportunamente, se designó curador *ad litem* que notificado de la demanda dio contestación a la misma, sin oponerse, ni plantear excepción alguna.

"En la etapa probatoria se recepcionaron las pedidas por la actora, se llevó a cabo la inspección judicial sobre el inmueble y se trajo copia de la escritura

mediante la cual Alfredo García Mora adquirió el bien de Eutalia Muñetón vda. de Gaitán, y el certificado de libertad y tradición del inmueble, en el que aparece como titular de derecho real el demandado Alfredo García.

"Los declarantes traídos al proceso dan cuenta de la posesión quieta, pacífica y tranquila por parte de la demandante y los actos ejercidos por la misma señora y dueña, por un lapso superior a veinte años.

"Durante la diligencia de inspección judicial llevada a cabo sobre el bien a usucapir se pudo constatar que se trataba del mismo bien y que la demandante era la persona que lo detectaba como señora y dueña del mismo. Así mismo que nadie se presentó a tratar de interrumpir la diligencia ni a reclamar derecho alguno.

"Quiere decir entonces que se hallan demostradas las exigencias legales para pretender la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio por parte de la prescribiente MARIA CANDELARIA RODRIGUEZ ARDILA (fls. 3 a 5, c. tribunal).

III. El recurso de revisión:

5. Oportunamente solicitó el recurrente en revisión que con audiencia de MARIA CANDELARIA RODRIGUEZ ARDILA, de las personas indeterminadas que fueron parte dentro del proceso de pertenencia y que estuvieron representadas por curador *ad-litem*, lo mismo que de la sucesión del Dr. Alfredo García Mora, representada por sus herederos determinados señores Alfredo García Sepúlveda y María Ernestina García Sepúlveda, y con apoyo en la causal 7a del artículo 380 del C. de P.C., se revisara la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, signada el 12 de mayo de 1989.

5.1 Como hechos apoyo de las pretensiones se invocan, en síntesis, los siguientes:

"1. Mediante escritura pública No. 2008 del 17 de junio de 1960 otorgada ante la Notaría Décima del Círculo de Bogotá D.E. el Dr. Alfredo García Mora adquirió por compra que hizo a Eutalia Muñetón vda. de Gaitán el inmueble ubicado en la calle 5a. No. 9-59 a 9-67 de la ciudad de Bogotá, comprendido dentro de los linderos generales que al efecto se precisan.

"2. El 6 de julio de mil novecientos setenta y uno (1971) el Dr. Alfredo García Mora falleció en el Hospital de la Samaritana de esta ciudad, y como su último domicilio fue la ciudad de Chiquinquirá, Departamento de Boyacá, en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de dicha localidad fue abierto y radicado el juicio de sucesión dentro del cual se reconoció a Alfredo García Barrera como hijo natural del causante antes mencionado, como aparece en el auto respectivo que con la demanda se acompaña.

"3. Desde la fecha de compra del inmueble, hasta el día de su fallecimiento el Dr. Alfredo García Mora estuvo en posesión material, regular, quieta y continua del inmueble de su propiedad, y luego tal posesión fue continuada por sus herederos.

"4. El Juzgado 2o. Civil del Circuito de Chiquinquirá mediante auto de 27 de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972), decretó el secuestro de los bienes relictos, entre ellos el del numeral primero de estos hechos. La respectiva diligencia se efectuó sin que se hubiera presentado oposición alguna.

"5. Como consta en el cuerpo de la diligencia de embargo y secuestro de los bienes del causante y concretamente en la que se refiere al inmueble ubicado en la calle 5a. No. 9-59 a 9-67 de esta ciudad, la señora María Candelaria Rodríguez Ardila no se encontró en posesión material del mismo, ni tampoco hay constancia o actuación tendiente a demostrar la calidad de poseedora en el proceso sucesorio del causante García Mora, en el cual se decretó la citada medida cautelar.

"6. María Candelaria rodríguez Ardila por intermedio de su apoderada judicial, mediante demanda presentada el 27 de febrero de 1984, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, que por reparto correspondió al mismo despacho, demandó en forma nominativa y por la vía ordinaria a los herederos del Dr. Alfredo García Mora, señores Alfredo García Barrera, y Alfredo y María Ernestina García Sepúlveda para que se declarara judicialmente la existencia, disolución y liquidación de la sociedad de hecho que dijo haber tenido con el causante Dr. Alfredo García Mora, hasta el momento de su deceso.

"7. La anterior demanda ordinaria fue admitida por providencia de 11 de junio de 1984, que se notificó personalmente a los herederos del causante García Mora, antes nombrados, entre ellos Alfredo García Barrera, quien la

recibió en su residencia, es decir en el mismo inmueble de la calle 5a. No. 9-67 de Bogotá, que es objeto de la sentencia que con este recurso se pretende impugnar.

"8. El Juzgado Civil del Circuito de Chiquinquirá, le puso fin al proceso ordinario instaurado por María Candelaria Rodríguez Ardila contra la sucesión del Dr. Alfredo García Mora, mediante sentencia del 14 de diciembre de 1985, negándole todas y cada una de las pretensiones impetradas y condenándola en costas.

"La citada sentencia cobró ejecutoria e hizo tránsito de cosa juzgada material, toda vez que no fue apelada por la parte afectada, es decir por la nombrada Rodríguez Ardila.

"9. María Candelaria Rodríguez Ardila, ante el fracaso de sus pretensiones tendientes a establecer la supuesta sociedad de hecho con el causante Dr. Alfredo García Mora, por intermedio y con el concurso de la misma apoderada judicial, recurrió al expediente fraudulento de formular demanda de pertenencia en contra del Dr. Alfredo García Mora el 22 de abril de 1987, es decir más de 16 años, después de su muerte, como si estuviese vivo, a sabiendas de su deceso, respecto del bien inmueble determinado en el hecho primero y haciendo caso omiso de la existencia de sus herederos a quienes había demandado con antelación en el proceso ordinario arriba mencionado en forma nominativa.

"10. La anterior demanda de pertenencia en contra del Dr. Alfredo García Mora, que maliciosamente ocultaba su fallecimiento, se surtió en la ciudad de Bogotá y correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito fue dirigida contra una 'persona' fallecida como si estuviese viva, se hizo representar al difunto por un curador *ad-litem* a instancia de la demandante, quien temerariamente bajo juramento declaró ignorar el domicilio y residencia del demandado García Mora, para conseguir así su emplazamiento por medio de edicto y omitió maliciosa y fraudulentamente demandar a los herederos del citado causante, quienes estaban legalmente llamados a representarlo, conociendo como conocía, sus nombres, su domicilio y su residencia.

De tal suerte que el proceso se surtió de principio a fin sin oposición alguna, pues ni siquiera el curador *ad-litem* del extinto demandado García Mora contestó la demanda.

"11. Por sentencia de primera instancia de 30 de agosto de 1988 el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá le puso fin al citado proceso de pertenencia, acogiendo las pretensiones de la demandante Rodríguez Ardila; sentencia que fue consultada y confirmada por el H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante la sentencia que es objeto del presente recurso extraordinario de revisión.

"12. La sentencia fue registrada en la oficina de Registros Públicos y Privados de este Círculo el 23 de agosto de 1989 a folios reales de matrícula inmobiliaria Nos. 050-1221521 y 050-0237736.

"13. Posteriormente, mediante escritura pública No. 8179 del 26 de octubre de 1989 corrida en la Notaría Quinta de Bogotá, María Candelaria Rodríguez Ardila 'le vendió' al parecer al padre de la abogada Dra. Jenny Valencia Monsalve, señor Germán Valencia Cano el 40% del predio que fue objeto de declaración de pertenencia.

"14. El citado proceso de pertenencia se llevó a cabo estando Alfredo García Barrera como en efecto lo está ahora, poseyendo materialmente, desde hace casi 20 años el 90% del predio o bien inmueble objeto de pertenencia.

"15. La demandante Rodríguez Ardila no podía desconocer quién era el titular del derecho de propiedad del bien inmueble ya que los recibos de agua, luz y teléfono lo mismo que de impuesto predial, valorización y complementarios venían a nombre de Alfredo García Mora.

"16. La señora Rodríguez Ardila sabía de la muerte del Dr. Alfredo García Mora, porque ella misma así lo afirmó en la petición de las declaraciones extraproceso que solicitó ante el Juzgado 40 Civil Municipal de Bogotá el 22 de febrero de 1984 que militan a folios 2 a 5 vto del cuad. No. 1 del proceso ordinario que instauró en contra de los herederos del causante que cursó en el Juzgado 2 Civil del Circuito de Chiquinquirá, e igualmente por cuanto que había celebrado contrato de prestación de servicios profesionales con el Dr. J. Alberto Rincón M., para demandar a la sucesión del causante en proceso de filiación natural como consta a folio 7 y 7 vto del mismo proceso.

"...18. Los señores Alfredo García Barrera, Alfredo García Sepúlveda y María Ernestina García Sepúlveda como herederos reconocidos dentro del proceso de sucesión del causante García Mora, estaban llamados a representarlo en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles, entre ellos a ocupar el lugar del de cujus como demandados lo cual no ocurrió.

"...20. Alfredo García Barrera, en su calidad de heredero reconocido como tal, dentro del proceso de sucesión de su difunto padre Alfredo García Mora, y en beneficio de la misma sucesión, ha conferido poder para este recurso extraordinario de revisión".

5.2. Como se dijo, la demanda de revisión fue admitida por auto del 9 de marzo de 1992 y comunicada a los demandados María Candelaria Rodríguez Ardila, María Ernestina García Sepúlveda y Alfredo García S. Respecto de los interesados indeterminados, se les emplazó y nombró curador *ad litem*.

En sus respuestas, María Candelaria Rodríguez Ardila se opone a las pretensiones del demandante. En cuanto a los hechos, admite como cierto el primero y exige la prueba para los demás.

María Ernestina García Sepúlveda, por conducto de apoderada judicial, se allanó a la demanda de revisión, pero este allanamiento no le fue admitido, por las razones que se indican en el auto del 5 de octubre de 1992 (fls. 120 a 122, c. Corte).

El curador *ad litem* que representa a Alfredo García Sepúlveda, como a los indeterminados, contestó la demanda expresando que no se opone a las pretensiones de la actora, por cuanto en principio resultan viables legalmente. En cuanto a los hechos, dijo estarse a las resultas del proceso.

Agotada la tramitación de la revisión, procede la Corte a resolver el recurso en razón que no existe causal de nulidad capaz de invalidar la actuación y se encuentran reunidos los presupuestos procesales.

Consideraciones de la Corte:

6. *En el sistema positivo Colombiano, por ser la revisión un recurso eminentemente extraordinario, lo reserva la ley para impugnar solo ciertas providencias, como son las sentencias que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada material, y únicamente se autoriza por los motivos taxativamente establecidos por el legislador, siendo los poderes del juzgador llamado a decidirlo, igualmente limitados.*

En consecuencia, atendida su naturaleza restringida, para su procedencia *no es suficiente que la sentencia haya sido irregularmente proferida o que esté*

mal fundada, sino que es indispensable, además, la expresa invocación y demostración por el recurrente de las precisas hipótesis consagradas en las causales establecidas en la ley. De ahí que la jurisprudencia de la Corte sostenga que *este recurso en manera alguna autoriza al recurrente para adoptar en su formulación una conducta amplia, porque este medio de impugnación no es el campo propicio para replantear el litigio decidido, ni menos para subsanar omisiones, ni una nueva oportunidad para mejorar las pruebas, proponer medios de defensa preteridos o no alegados en el debate original.*

Ciertamente ha dicho la Corte que: *"El recurso de revisión no apunta a permitir un replanteamiento de los asuntos litigiosos y decididos previamente; o a ofrecer un medio para mejorar la prueba mal aportada o dejada de aducir; o para variar la causa petendi, permitiendo la alegación de hechos no comprendidos inicialmente en ella; o a dar una nueva oportunidad para proponer excepciones no alegadas en el lapso debido; o a impedir la ejecución de la sentencia como viene sucediendo últimamente. Es decir, el recurso de revisión no está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira fijamente a la entronización de la garantía de la justicia, al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostenten el sello de la cosa juzgada material" (Sentencias de Revisión del 11 de junio de 1976 G.J. CLII, 191; 14 de dic. de 1976, 18 de abril de 1979, 9 de noviembre de 1979, 4 de febrero de 1981, aún no publicadas).*

La naturaleza señaladamente excepcional de este recurso extraordinario significa, entonces, que únicamente sea procedente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el art. 380 del C. de P.C., causales que son de interpretación restrictiva, y por supuesto deben ser demostradas.

7. La causal invocada por el recurrente la describe el *art. 380, numeral 7, así: "Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el art. 140, siempre que no se haya saneado la nulidad".*

"Dicha causal es consonante con la previsión del actual artículo 142 - antes 154- inc. 3o., del C. de P.C., conforme con el cual la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento 'podrá'

también alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339, como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia, o mediante recurso de revisión... si no se alegó por la parte en las anteriores oportunidades..." (Se subraya).

Tiénese, pues, que la persona que se enmarca en la causal, es la única con derecho suficiente para invocar el motivo, con la carga desde luego de demostrar los hechos pertinentes, en orden al quiebre de la sentencia que afectó su derecho de defensa, en cuanto no haya saneado los efectos del vicio.

En el punto ha expresado esta Corporación:

"*Resulta de lo anterior que las nulidades por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, no pueden ser invocadas eficazmente sino por la parte mal representada, notificado o emplazado, por ser ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios*". *(Cas. Civ. 11 de octubre de 1977, 27 de marzo de 1981, G.J. t. CLXXXVIII, primer semestre 1987, pág. 85).*

7.1 De acuerdo con los hechos sustentatorios de este recurso, la causal se hace consistir en estar el recurrente en el caso de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sin que él la haya saneado.

Afirma que "Maria Candelaria Rodríguez Ardila consiguió la tramitación del proceso de pertenencia sin la presencia de quienes estaban llamados a ser sus legítimos contradictores y oponentes, en su calidad de representantes de la sucesión de Alfredo García Mora, quien a la sazón figuraba como titular del derecho de propiedad del bien objeto de la usucapión, sabiendo como sabía que el demandado García Mora había fallecido hacía más de dieciséis años antes de la presentación de demanda de la pertenencia. Que además conocía los nombres, domicilios y residencia de todos y cada uno de los herederos representantes de la sucesión, toda vez que en años anteriores los había convocado nominativamente a un proceso ordinario. Que por lo tanto, procedió a demandar al muerto, como si estuviese vivo omitiendo demandar a sus herederos en forma nominativa obtuvo en forma fraudulenta rayana en el delito sentencia favorable a sus pretensiones y despojó virtualmente a la sucesión del bien inmueble que le era propio" (fls. 26 y 27, c. Corte).

7.2 Si se observa que en el *sub-lite*, para la fecha de iniciación del proceso

tendiente a la declaratoria de adquisición del dominio (22 de abril de 1987, fl. 14, c. del juzgado) ya había muerto Alfredo García Mora, según acta de defunción que corre visible al folio 4 de esta tramitación, surge como hecho incuestionable que ha debido demandarse, no a él como se hizo, sino a sus herederos, determinados e indeterminados según fueran las circunstancias, so pena de presentarse la nulidad contemplada en el art. 140 del C. de P.C. en su numeral 9. Como al recurrente, así como también a los restantes herederos, Alfredo y María Ernestina García Sepúlveda, no se les demandó ni se les citó a que se hicieran parte en el referido proceso, teniendo como tienen la calidad de herederos del desaparecido Alfredo García Mora, según la documentación que obra en autos y que se ordenó tener como prueba por auto del 13 de noviembre de 1992 (fls. 132 a 136, c. Corte), entre las que se destacan el auto que reconoció a Alfredo García Barrera, a María Ernestina García Sepúlveda y Alfredo García Sepúlveda como herederos de Alfredo García Mora, la nulidad anotada se configuró sin atenuantes.

8. Ese grave vicio, dada su propia entidad, no ha podido ser subsanado por los diversos medios que ofrece la ley, pues precisamente esa falta de notificación, o emplazamiento en su caso, impidió que hubiesen comparecido al proceso los recurrentes.

Ya en asuntos similares al que ahora ocupa la atención de la Sala, el punto ha sido analizado en los siguientes términos:

"Los individuos de la especie humana que mueren, ya no son personas. Simplemente lo fueron, pero ahora no lo son", para agregar: "...si se inicia un proceso frente a una persona muerta, la nulidad de lo actuado debe ser la sanción para ese proceder, pues el muerto por carecer ya de personalidad jurídica, no puede ser parte en el proceso. Y 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" (G.J. CLXXII, primera parte No. 2411 pág. 174).

9. Ahora bien. Como está probado que María Candelaria Rodríguez Ardila, sí tuvo conocimiento directo e inmediato del fallecimiento del Dr. Alfredo García Mora el 7 de julio de 1971, como también del nombre, domicilio y residencia de las personas que le sucedían se debe concluir que al haber demandado a aquél como persona cierta y determinada en el proceso de

pertenencia de que da cuenta el cuaderno No. 1 del juzgado se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el numeral 9 del artículo 140 del C. de P.C.

Cabe por ello recordar, que en el interrogatorio de parte que absolvió María Candelaria Rodríguez Ardila, declara que conoció al Dr. Alfredo García Mora, porque convivió con él toda la vida, y fue él quien la llevó a vivir a la casa de la calle 5a. No. 9-59 a 9-67 de Bogotá; que Alfredo García Mora falleció el 7 de julio de 1971; que es cierto que presentó demanda ordinaria para que se declarara la existencia de una sociedad de hecho entre la absolvente y el Dr. Alfredo García Mora, contra los señores Alfredo y María Ernestina García Sepúlveda y Alfredo García Barrera, en su calidad de herederos del Dr. Alfredo García Mora; que reconocía a Alfredo García Mora como dueño, porque él compró esa casa en el año de 1960; que en la casa donde el finado la llevó a vivir ha estado toda la vida; que le cocinaba, le lavaba la ropa, lo atendía, le atendía las personas que llegaban a tomar el arriendo de las piezas, o sea que "me portaba como la mujer de él"; que nunca le pagó arrendamiento al Dr. Alfredo García porque convivía con él (fls. 6 a 13, c. 2 Corte). En declaración de terceros, recibida en forma extraprocesal, Alix María Merchán vda. de Amado, Carmen Martínez de Martínez y José Antonio Hernández, deponen sobre la comunidad de habitación que existía entre María Candelaria Rodríguez Ardila y el difunto Alfredo García Mora, a partir de 1961 y hasta la muerte de este último acaecida el 7 de julio de 1971 en esta ciudad (fls. 64 a 66, c. 2 Corte); que mediante demanda dirigida al Juez Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá la referida María Candelaria Rodríguez Ardila solicitó se declarara la existencia, disolución y liquidación conforme a la ley, de la sociedad de hecho formada entre la demandante y el señor Alfredo García Mora, con fundamento en la vida común, permanente y notoria que tuvo con Alfredo García Mora, la adquisición de bienes dentro de ella, etc. (fls. 69 a 73, c. 2 Corte); que la referida demanda la dirigió contra "María Ernestina y Alfredo García Sepúlveda, como también contra Alfredo García Barrera, todos herederos reconocidos dentro del proceso de sucesión de Alfredo García Mora" (fl. 69, c. citado) (Es de advertir, que la fecha de presentación de esta demanda, 27 de febrero de 1984, es anterior a la de presentación de la demanda de pertenencia, fl. 14, c. juzgado); que la calidad en que fueron demandados estos últimos se probó con copia del auto de apertura del proceso de sucesión y de reconocimiento de tal calidad, expedida por el Secretario del Juzgado 2o. Civil del Circuito de Chiquinquirá (fls. 76 a 79, c. 2 Corte); que mediante escrito del folio 86 (ib.), la apoderada judicial de María Candelaria Rodríguez suministra al juzgado del conocimiento el lugar en donde pueden ser notificados los demandados; y que en declaración rendida ante el

Juez Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, Luis Tirso García Gutiérrez, Román Guzmán Briceño y Saúl Aguilar Parra prefieren que si bien Alfredo García Mora tuvo su domicilio en Chiquinquirá, también viajaba con frecuencia a Bogotá, a hacer sus diligencias personales (fls. 208, 210 y 214, c.2 Corte).

9.1. A lo anterior se suma el testimonio de María del Rosario Traslaviña Amado y Zacarías Amado Sepúlveda, quienes en lo esencial de su declaración exponen: María del Rosario Traslaviña Amado, que con el Dr. García no tuvo ninguna relación; que solo los conoció viviendo a ellos juntos en ese hogar... que casualmente se encontró con María Candelaria Rodríguez Ardila, por ahí por la calle 13, como por San Victorino y le contó que el esposo había muerto o sea el señor García y que le había dado poder a un abogado, para que reclamar a los derechos de un hijo que tenía con garcía; que cuando el proceso de pertenencia Alfredo García Mora, había fallecido hacía mucho rato, por ahí unos diez años; que el inmueble al tiempo del fallecimiento lo ocupaba María Candelaria y el hijo; que hasta donde le consta Alfredo García Mora vivió con la señora Candelaria en el predio de que se trata, no conociéndole otro domicilio. Zacarías Amado, explica: que conoció al Dr. García Mora en 1967 en la calle 5a. con carrera 9a. de aquí de Bogotá; que él estaba parado en el portón, él pasó y lo saludó y le comentó que vivía en el 9-59; que tenía una esposa ahí, que vivía con ella y que él tenía un hijo, que era la dueña como ama de casa; que lo llevó y se lo presentó;... que el último lugar de residencia del Dr. García Mora hasta la fecha de su fallecimiento lo fue la calle 5a. 9-59 de Bogotá (fls. 239 a 245, c. 2, Corte).

De todo lo anteriormente discurrido fluye la conclusión de que la causal de nulidad procesal en que este recurso de revisión se apoya es fundada; y que por ello la Corte, de conformidad con lo estatuido en el art. 384 del C. de Procedimiento Civil, tiene que declarar la nulidad de lo actuado en el proceso de pertenencia que dio lugar a este recurso extraordinario.

10. Precisó la parte opositora que el recurrente tuvo oportunidad procesal para intervenir en el proceso de partenencia, por razón del emplazamiento que se ordenó; que no se hizo la notificación al heredero Alfredo García Barrera porque conforme con la certificación de la Registraduría Nacional, para la época en que éste nació, su progenitor apenas contaba 8 años; y que el inmueble objeto de la pertenencia fue el demarcado con el No. 9-59 de la calle 5a.

No obstante lo anterior, viene a colación lo que ha expuesto esta Sala:

1. "Es doctrina de la Corte, nacida del hondo sentido de equidad, que *no puede tenerse como citada al proceso la persona que siendo convocada por edicto como persona indeterminada, era conocida por el demandante, y que éste está en el perentorio deber de citar nominativamente al proceso y no como persona indeterminada, al demandado respecto del cual existen serias sospechas de que debía ser conocido por el demandante como su posible contendor en la litis. No basta pues afirmar que se desconoce al demandado o se ignora su domicilio, si de otros medios aducidos al debate surge que el demandante no podía ignorar quién debía ser su opositor o cuál era su domicilio*" (24 de mayo de 1980, Revisión Carlos Castillo).

10.1. Si a propuesta de María Candelaria Rodríguez Ardila, Alfredo García Barrera fue convocado en su calidad de heredero reconocido de Alfredo García Mora, a controvertir la pretensión que reclamó ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Chiquinquirá -existencia de una sociedad de hecho- y en esa condición actuó en la litis, no resulta de recibo que a la hora de revisar la actuación cumplida en el proceso de pertenencia seguido por aquélla frente a Alfredo García Mora (que fue posterior a aquél) se le discuta una calidad que ya fue aceptada y que incluso por su iniciativa fue llamado en tal posición.

De modo que si los autos muestran que Alfredo García Barrera tenía la calidad de heredero de Alfredo García Mora, y haber sido reconocido en la mortuoria de su padre, el argumento que se esgrime para negársela, carece de sustento legal.

10.2. Como no consta que la parte opositora en el recurso hubiese intentado ante el juez del conocimiento la corrección de nomenclatura que hoy advierte, y esta Corporación carece de competencia para ordenarla, ya que debe proveer conforme a lo probado y juzgado, síguese lo infundado de la alegación en este aspecto.

11. Como en relación con los perjuicios que se reclaman en la demanda de revisión, no se advierte que la situación de hecho que se describe en el inciso 3o. del artículo 380 del C. de P.C. concurra en este caso, en orden a su prosperidad, por cuanto no existe una sentencia que invalide la revisada, y dicte en su lugar la que corresponda, sino apenas un fallo que declara la nulidad de la actuación por haberse incurrido en una causal de nulidad procesal, síguese que no es del caso imponer condena alguna a la parte opositora por el concepto reclamado.

11.1. Finalmente, como la Sala estima que la abogada Jenny Valencia Monsalve, quien primero apoderó a María Candelaria Rodríguez Ardila en el

proceso ordinario que cursó ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Chiquinquirá, y que luego llevó su representación judicial en el proceso que cursó en el Juzgado 4o. Civil del Circuito de Bogotá, en donde demandó para ésta la declaración de pertenencia del inmueble de la calle 5a. No. 9-59 afirmó bajo juramento que ignoraba el domicilio del demandado, a sabiendas de que éste había fallecido y que existían herederos conocidos que lo representaban (declaración de folios 229 a 236, c.2 Corte), no ajustó su conducta a los deberes que imponen la ética profesional y el legal ejercicio de la abogacía, en acatamiento de lo preceptuado por los artículos 73 del C. de P.C. y 70 del Decreto 196 de 1971, dispondrá que por la autoridad competente se realice la pertinente investigación disciplinaria.

Decisión:

Con fundamento en lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1o. DECLARAR FUNDADO EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION propuesto por Alfredo García Barrera en su calidad de heredero de Alfredo García Mora contra la sentencia del 12 de mayo de 1989 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de declaración de pertenencia promovido por Candelaria Rodríguez Ardila frente a Alfredo García Mora y personas indeterminadas.

2o. Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR NULO TODO LO ACTUADO en el proceso de declaración de pertenencia que promovió María Candelaria Rodríguez Ardila contra Alfredo García Mora y personas indeterminadas, incluido el auto que admitió la demanda.

3o. De acuerdo con lo anterior, ORDENAR la cancelación de los registros que en virtud de la sentencia comprendida en la nulidad, se hubiesen efectuado.

Líbrense las comunicaciones pertinentes con los datos necesarios.

4o. CANCELAR la caución que para los efectos de este recurso extraordinario otorgó el recurrente, Ofíciese.

5o. NEGAR la condena por perjuicios reclamada.

6o. Sin costas en el recurso.

7o. Para efectos de la investigación disciplinaria aludida en la parte motiva, envíese copia de esta providencia a la autoridad disciplinaria competente.

8o. Devuélvase al Juzgado de origen el expediente contentivo de la actuación y de la sentencia anuladas, insertando copia auténtica de este pronunciamiento, para que el *a-quo* provea respecto de la demanda lo que fuere de ley.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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

REVISION / REVISION - Finalidad / DERECHO DE DEFENSA / COSA JUZGADA / REVISION - Naturaleza / REVISION - Causales

El recurso de revisión no está previsto por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira fijamente a la entronización de la garantía de la justicia, el restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostenten el sello de la cosa juzgada material. /La naturaleza excepcional de este recurso extraordinario significa que únicamente sea procedente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el art. 380 del C. de P.C., causales que además son de interpretación restrictiva.

NULIDAD EN LA SENTENCIA

Se incurre en la causal octava de revisión, por ejemplo cuando se dicta sentencia en proceso que había terminado por desistimiento, transacción o perención, o cuando se pronuncia estando suspendido el proceso o cuando en fallo se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando se adopta por un número inferior de magistrados al previsto por la ley, etc. / Se trata sí de las irregularidades en que, al tiempo y no antes de proferir la sentencia no susceptible de apelación o casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad.

REVISION / MANIOBRA FRAUDULENTA

Qué comportan las "maniobras fraudulentas". / La causal sexta de revisión se estructura mediante la concurrencia de 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 perjuicios al recurrente. Además, aunque la norma no lo diga expresamente, constituye también requisito inherente a dicha causal que las maniobras fraudulentas se hayan conocido con posterioridad al pronunciamiento del fallo impugnado y que sean de tal magnitud, que sin ellas la decisión no hubiere causado perjuicios al recurrente y el litigio se habría resuelto de manera diferente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 3952* *Sentencia No. 46*

Decídese el recurso de *Revisión* interpuesto por BENJAMIN ALONSO CABALLERO contra la sentencia del 4 de marzo de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el proceso de Regulación de Renta promovido por PROCASA LTDA. frente al recurrente.

I. Antecedentes:

1. Mediante libelo presentado el 16 de noviembre de 1990, que por repartimiento correspondió al Juzgado 1o. Civil del Circuito de Cartagena, Jaime Borge Stevenson, en su condición de representante legal de PROCASA LTDA., por medio de procurador judicial, presentó demanda de Regulación de Renta en contra de BENJAMIN ALONSO CABALLERO RINCON, para que previos los trámites pertinentes se hicieran los pronunciamientos siguientes:

"Determinar el precio o renta que el demandado Benjamín Caballero Rincón, debe cubrir a Procasa, mes por mes, en razón del bien reseñado en la parte motiva de este libelo, en caso que deseare la renovación del contrato de

arrendamiento que resalta en el documento privado de Miguel Samra Succar y Benjamín Alonso Caballero Rincón y ello, una vez oído el concepto de peritos.

"En la respectiva providencia se establecerá: a) Término de vigencia del nuevo contrato de arrendamiento. b) A partir de qué fecha, debe entrar a regir el nuevo precio del bien arrendado, teniendo en cuenta la fecha en que debió producirse la renovación convencional. c) Que quedan vigentes las demás cláusulas contractuales que no fueron motivo de desavenencia. d) Condenación costas". (fls. 265 cdno del Juzgado).

2. Como causa petendi de dichas pretensiones se adujeron los hechos que a continuación se indican:

"1o. Por documento privado de 1 enero de 1984, Miguel Samra Succar, entregó en calidad de arrendamiento a Benjamín Alonso Caballero un bien inmueble ubicado en el centro de la ciudad de Cartagena, con puerta de entrada por la Calle San Agustín o Calle 36 # 6-08 de esta nomenclatura y cuyas medidas y linderos se anotan en el último hecho de la demanda.

"2o. Las partes fijaron la suma de $60.000.oo como canon mensual de arrendamiento, con un reajuste del 20 anual automático al vencimiento del contrato.

"3o. La duración del contrato fue pactado en un año, y el bien fue destinado a actividades comerciales y en él, funciona en la actualidad y desde siempre un hotel de nombre 'HOTEL BUCARICA'.

"4o. Los demandados, dado el término de vigencia del contrato de arrendamiento, tienen derecho a la renovación del mismo, pero, no bajo las mismas condiciones imperantes, ya que ellas no consultan la realidad económica, ni el carácter conmutativo del contrato de arrendamiento existente.

"5o. Durante los meses enero, febrero y marzo del año que discurre, Miguel Samra Succar (arrendador) ha planteado el arrendatario Benjamín Alonso Caballero Rincón, la renovación del contrato vigente, sobre la base de un precio mensual de $500.000.oo, no obstante ser esta suma considerablemente inferior a la verdaderamente exigible. Esta sugerencia es rechazada por el arrendatario con una serie de consideraciones que carecen de mérito jurídico y que implican una alteración de la reglamentación legal sobre la materia.

"6o. Dada la situación tan inequitativa en que se desarrolla la relación contractual anotada, se impone, perentoriamente la modificación de la misma, en cuanto al precio y término, y como el demandado se niega toda alteración o modificación de estos extremos del contrato, se impone la tutela jurisdiccional, dentro de los términos del artículo 519 del Código de Comercio.

"7o. Dentro de un criterio de equidad y de justicia, para que pueda plantearse la renovación del contrato de arrendamiento aludido, el demandado debe reconocer, como precio del bien alquilado la suma de $500.000.oo mensuales, pues, la señalada inicialmente en un campo de conciliación para evitar el desarrollo de este proceso, ya no consulta la realidad económica, ni se ajusta a los intereses de la parte arrendadora.

"8o. El 24 de mayo de 1990. Miguel Samra Succar, cedió todos los derechos y obligaciones contenidas en el contrato de arrendamiento a que hemos venido haciendo alusión a la firma Procasa Limitada, representada legalmente por Jaime Borge Stevenson, y el 12 de junio del mismo año se notificó judicialmente la cesión a Benjamín Alonso Caballero Rincón, diligencia que le correspondió al Juzgado Primero Civil Municipal de Cartagena.

"9o. El bien a que me he venido refiriendo está identificado como sigue: Por el frente calle del Porvenir, en medio con casa que es o fue de los herederos de David Dager; por la derecha, entrando, con casa que fue de Mauricio Visbal y casa de Concepción Botet, por la izquierda, con casa que es o fue de Elena Pombo de Vélez y por el fondo, con casa que es o fue de Josefa Martínez de Araujo o herederos.

"10o. Se deja expresa constancia, que el arrendatario motu proprio, cerró la entrada por la calle del Porvenir y la abrió por la calle de San Agustín". (folios 2 y 3 cuad. No. 1, Juzgado).

3. Admitida la demanda (fl. 21 c. citado) se ordenó correrla en traslado al demandado, quien expresamente no se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos 1o., 2o., 3o., 8o. y 9o. y negó los demás solicitando su prueba (f. 27 cuad. #1).

4. Tramitado dicho proceso verbal la primera instancia culminó con sentencia del 12 de junio de 1991 en la que se dispuso:

"1o. No procede lo pedido en la demanda. 2o. En consecuencia, se condena en costas al demandante. Liquídense". (Fl. 40 cuad. citado).

5. Apelada la sentencia por la parte demandante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena revocó la del *a-quo* y, en su lugar, dispuso (fls. 8 a 16 c. del T.):

"2o. Fijar el canon de arrendamiento sobre el bien inmueble descrito en los hechos de la demanda celebrado entre la sociedad Procasa Limitada con Benjamín Alonso Caballero Rincón, en la suma de $500.000.oo mensuales pagaderos a partir del 1o. de enero de 1991.

"3o. Mantener vigente las otras cláusulas del contrato de arrendamiento a que se ha venido haciendo alusión.

"4o. Condenar en costas a la parte demandada".

6. La sentencia del Tribunal, según lo precisó la parte recurrente (fl. 10 de este cuaderno), quedó ejecutoriada el 10 de marzo de 1992.

7. Inconforme con la actuación, Benjamín Alonso Caballero Rincón, por conducto de apoderado judicial, demandó la revisión de la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el Proceso de Regulación de la Renta promovido por Procasa Ltda. contra Benjamín Alonso Caballero Rincón, en escrito presentado el 5 de mayo de 1992 (fls. 11 vto. cdno. Corte).

7.1. Esta Corporación por auto del 26 de junio de 1992 (f. 23 de este c.) señaló el valor de la caución que debía prestar el recurrente en revisión y otorgada mediante la póliza judicial No. 1057181 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza por la suma de $1.000.000.oo, en providencia del 27 de julio de 1992, se calificó como suficiente.

7.2. Admitida a trámite la demanda del recurso por auto del 21 de septiembre de 1992 (fl. 33) se ordenó darla en traslado al representante legal de la sociedad demandada, quien la respondió así: Con oposición a cada una de las pretensiones del recurrente; en cuanto a los hechos en ella afirmados, aceptó el 1o., 2o. y 7o., del 3o. dijo que era parcialmente cierto: respecto del 8o. manifestó que era irrelevante y en relación con los restantes que eran falsos (fls. 67 a 69 ib.)

Tramitado el proceso del recurso extraordinario, procede resolver lo que fuere de derecho.

II. La sentencia impugnada:

8. El tribunal después de historiar el procedimiento, de consignar lo establecido por el artículo 519 del Co. de Co., de precisar que en estos casos el arrendador no desea la desocupación del inmueble pues así lo ha pretendido en la demanda, y el arrendatario tiene adquirido el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento por estar explotando su actividad mercantil por más de dos años continuos sin que se haya puesto de presente la violación a normas contractuales. refiere: "Bien lo ha dicho el arrendador en sus pretensiones: solo desea el aumento del canon de arrendamiento porque el estipulado o pactado en 1984 ha quedado desueto con el tiempo, por motivos, entre otros a la creciente devaluación de la moneda, lo que en estos momentos le está produciendo más que utilidades, pérdida, por los grandes gravámenes tributarios que hoy día se le han impuesto. Si deben admitirse, sin discusión, los juiciosos análisis del H. Tribunal de Medellín que cita el *a-quo*? Creemos que no. Porque el Profesor Alejandro Bonivento, ex-Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia sobre tópico como el que estamos tratando, trae comentarios que nos ponen a meditar sobre el triunfo de una demanda de reajuste del canon, cuando en el contrato se ha estipulado un reajuste automático. Es que la circunstancia de que se estipule contractualmente un reajuste anual, anual (sic), automático, no significa que perdurará ese porcentaje de incremento ni el canon que resulte de su aplicación. Si así fuera sobraría el artículo 519 del C. de Comercio o el mismo consagraría la excepción de que la discrepancia sobre este punto, no debe ventilarse cuando se ha estipulado un reajuste automático de manera con-tractual".

Y arenglón seguido transcribe en lo pertinente, la opinión del tratadista que nombra.

Por último dice: "Eso fue lo que hizo el arrendador y a la vez señalan los peritos, con fundadas razones, el precio es, no ínfimo sino irrisorio, razón por la cual deben prosperar las pretensiones de fijación de un nuevo canon, pues la actividad que se explota en dicho local es la hotelera con 18 habitaciones que producen un mínimo diario por cada una de $4.000.oo según el experticio. Pero en este caso, se acogerá no el canón fijado por los peritos, sino el solicitado por el autor, es decir el de $500.000.oo mensuales, porque de lo contrario iríamos

más allá de la pretensión por la parte demandante. Este nuevo canon que ahora se fija regirá desde el 1o. de enero de 1991, porque así lo ha pedido con anterioridad a la renovación del contrato el arrendador. Ahora bien, Como el término del mismo, no ha sido cuestionado se tendrá como tal el señalado en el documento contractual suscrito el 1 de febrero de 1984. Es que los hechos de la demanda susceptibles de pruebas de confesión quedaron plenamente demostrados con la confesión que operó contra el demandado al no comparecer a la audiencia realizada el 16 de mayo de 1991 a absolver el interrogatorio de parte que le sería oralmente formulado por el actor".

Como conclusión de lo dicho, revocó el fallo apelado y fijó el canon de arrendamiento sobre el inmueble descrito en los hechos de la demanda, en la suma de $500.000.oo, a partir del 1o. de enero de 1991.

III. El recurso de revisión

9. Oportunamente solicitó el recurrente en revisión que con audiencia del representante legal de Procasa Ltda, y con apoyo en las causales 6a. y 8a. del artículo 380 del C. de P.C., "Se invalide la sentencia revisada y se dicte la que en derecho corresponda. Y se condene al demandado Procasa Ltda. al resarcimiento de los perjuicios ocasionados al demandante y a las costas y gastos" del proceso.

10. Como hechos apoyo de las pretensiones de revisión se invocaron los siguientes:

"1o. La Agencia Administradora de Finca Raíz, Procasa Ltda, por medio de apoderado judicial, presentó demanda de regulación de la Renta del local comercial contra Benjamín Alonso Caballero Rincón por supuestas diferencias de las partes llegado el momento de renovación del contrato en el año de 1990, alegando que ellas tenían su fundamento en el hecho de que no se ajustaban a los intereses de la arrendadora, las realidades económicas no las consultaba, ni tampoco tenía carácter conmutativo el contrato, lo que en equidad y justicia, el demandado debía reconocer la suma de quinientos mil pesos $500.000.oo mensuales.

"2o. Como antecedente de este hecho, el demandado Benjamín Alonso Caballero Rincón celebró contrato de arrendamiento con Miguel Samra Succar, el 1o. de enero de 1984 a consecuencia de compraventa de éste del local

comercial a Juan Char con el cual a su vez el demandado lo tenía en calidad de arrendatario también desde 1979.

"3o. Tal como viene Samra Succar pactó con el demandado un incremento del 20% en forma automática sobre el valor de la renta llegado el momento de la renovación del contrato y desde la fecha de celebración dicha antes las partes le han dado cumplimiento satisfactoriamente.

"4o. Sin embargo, la parte demandante Procasa Ltda, quien es cesionaria de los derechos del contrato de arrendamiento de Samra Succar, no manifestó al igual que está su inconformidad con el reajuste del 20% automático expresamente pactado, no existe en el expediente a éste respecto la prueba de ésta inconformidad previa a la demanda, con la cual en acto de colusión, al tiempo que recibían el valor de los canones al demandante, urdieron o fraguaron supuestas diferencias que justificaban según ellos la regulación de la renta por encima del 20% pactado, con lo cual la cesión del contrato efectuada por Samra Succar viene alimentada por el ánimo doloso que acolita Procasa Ltda, con el propósito de obtener ventajas contrariando manifiestamente lo pactado en el contrato.

"5o. No obstante lo anterior, en la referida demanda de regulación de la renta, el local comercial descrito en la demanda no corresponde con el señalado y pactado en contrato suscrito por las partes ni en lo señalado por los peritos en su dictamen rendido en el Juzgado Primero del Circuito de Cartagena. En efecto en el hecho primero de la demanda se habla de un local con nomenclatura #6-08, calle San Agustín, en el contrato se habla de un local comercial con nomenclatura #35-68, Calle del Porvenir y en el dictamen de los peritos se puede observar que del recibo que anexan correspondiente a las Empresas Públicas distritales de Cartagena, es el marcado así: Kbr No.35 bx, en una palabra no hay identificación precisa y plena del local comercial tal como para la demanda lo exige el artículo 76 del C. de P.C. lo que equivale a decir que el local comercial no existe para los efectos procesales de acreditar plenamente al demandado.

"6o. Como se observa en el expediente, Honorable Magistrados, el señor Juez del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena en su sentencia de primer grado calendada el 16 de mayo y el 12 de junio de 1991 erró en su apreciación probatoria y consideró un supuesto contrato de arrendamiento de las partes que no aparece por ningún lado en el expediente, yerro éste que pasó por alto el H. Tribunal de Cartagena en forma inexplicable con la alzada que interpusiera la contraparte la que a su vez también la silenció, circunstancias

éstas que está obligado el Juez y el H. Tribunal a observar en aras del saneamiento del debido proceso, yerro que sin embargo en nada invalida sus consideraciones jurídicas sobre el mérito del litigio en el sentido de que sostiene de que siendo el contrato una ley para las partes, debe respetarse esas voluntades, lo que lo llevó a declarar en razón de ellas, de que la referida demanda llegada a su conocimiento era improcedente (fls. 32, 33, 34. 36, 37 y 38).

"7o. El demandante Procasa Ltda apeló la providencia de primer grado que la desfavoreció y reforzando sus argumentaciones conceptuales inanes planteadas en la demanda, de que las realidades económicas han cambiado, que el contrato no es conmutativo o que ha perdido este carácter, en su escrito de alzada sostiene e insiste de que estas circunstancias, son meritorias o justificativas de las supuestas diferencias de las partes, llegando el momento de la renovación del contrato, aún con cláusula expresa de reajuste automático, argumentos que son acogidos por el H Tribunal Superior de Cartagena, con sustento en unos comentarios de una ex-magistrado de la H Corte, Dr. Alejandro Bonivento F. en su obra 'los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales' sobre prosperidad de una demanda de regulación de la renta con circunstancia similar de reajuste automático, tesis éstas que al ser acogidas lo llevó a revocar el fallo de primer grado y en su lugar dispuso regular el canon de la renta en la suma de $500.000.oo con retroactividad al 1o. de enero de 1991, fallo que sostengo, aún aceptando como supuestamente cierto el mérito del litigio, es contrario a la aplicación de la doctrina más probable sobre este punto de derecho conforme a reiterada jurisprudencia de nuestra H. Corte.

"8o. La parte demandante con copia autenticada y debidamente ejecutoriada de la sentencia del H. Tribunal de Cartagena, y preterintiendo actuaciones procesales de rigor orientadas al cumplimiento de la sentencia de segundo grado, instauró demanda ejecutiva en contra del demandado por valor de $6.105.840.oo m/l, valor que resulta de la sumatoria de cánones con retroactividad a enero de 1991 tal como lo dispuso el fallo de segunda instancia, la cual está radicada en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena #9637, Juzgado éste que además de librar mandamiento ejecutivo por éste valor, decretó medidas previas de embargo y secuestro de bienes por la suma total de $21.460.000.oo, las cuales se hicieron efectivas el 27 de marzo del corriente año en perjuicio del demandado, que lo ha llevado a la quiebra como comerciante, desnaturalizándose o desvirtuándose de esta forma su protección a la propiedad comercial por las maquinaciones engañosas de la parte demandante que frustró la ley y asaltó la buena fe de quienes imparten justicia, y con lo cual se consumó

una notoria injusticia al demandado Benjamín Alonso Caballero Rincón a su propiedad comercial denominada 'Hotel Bucarica'.

Como ya se dijo, la demanda de revisión fue admitida por auto del 21 de septiembre de 1992 y comunicada al representante legal de la entidad demandada, quien por conducto de apoderado judicial descorrió el traslado oponiéndose a las pretensiones del recurrente, aceptando unos hechos, calificando de falsos otros y de irrevelante el 8o.

Agotada la tramitación de la revisión procede la Corte a resolver el recurso en razón de no observar causa de nulidad procesal y estar conformados los presupuestos procesales.

IV. Consideraciones de la Corte

11. En el sistema positivo colombiano, *por ser la revisión un recurso eminentemente extraordinario, lo reserva la ley para impugnar solo ciertas providencias, esto es, las sentencias que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, y únicamente se autoriza por los motivos taxativamente establecidos por el legislador, siendo los poderes del juzgador llamado a decidirlo igualmente limitados.*

12. En consecuencia, atendida su naturaleza restringida, para su procedencia no es suficiente que la sentencia haya sido irregularmente proferida o que esté mal fundamentada, sino que es menester la expresa invocación y la debida demostración por el recurrente de las precisas hipótesis consagradas en las causales establecidas en la ley. De ahí que la jurisprudencia de la Corte sostenga *que este recurso en manera alguna autoriza al recurrente para adoptar en su formulación una conducta amplia, porque este medio de impugnación no es el campo propicio para replantear el litigio decidido, ni menos para subsanar omisiones, ni una nueva oportunidad para mejorar las pruebas proponer medios de defensa preteridos o no alegados en el debate original.*

Ciertamente, ha dicho la Corte, que "El recurso de revisión no apunta a permitir un replanteamiento de los asuntos litigiosos y decididos previamente; a ofrecer un medio para mejorar la prueba mal aportada o dejada de aducir; o para variar la causa petendi, permitiendo la alegación de hechos no comprendidos inicialmente en ella; o a dar una nueva oportunidad de proponer excepciones no alegadas en el lapso debido; o a impedir la ejecución de la

sentencia como viene sucediendo últimamente. Es decir. *el recurso de revisión no está previsto por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira fijamente a la entronización de la garantía de la justicia, el restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostenten el sello de la cosa juzgada material.* (Cas. 11 de junio de 1976, G.J. CLII, 191, 14 de dic. de 1976, 18 de abril de 1979, 9 de noviembre de 1979, 4 de febrero de 1981. aún no publicada).

Como tampoco, agregase ahora, para corregir la naturaleza de la sentencia o los efectos que causó, salvo desde luego, y en cuanto así se alegue, la que degenera en sentencia nula.

La naturaleza señaladamente excepcional de este recurso extraordinario significa entonces, que únicamente sea procedente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el artículo 380 del C. de P.C., causales que además son de interpretación restrictiva y que por supuesto tienen que ser demostradas.

13. El artículo 380 del Código de Procedimiento Civil establece las causales de revisión; en el numeral 8 estatuye la de existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

Primera causal de revisión alegada

13.1. El revisionista pretendiendo ubicarse en esta causal argumenta: "...Nulidad consistente en que no hay existencia del Establecimiento de Comercio que supuestamente sirve de base al demandante para la reclamación Judicial de Renovación del Contrato de arriendo referente al valor de la Renta en circunstancia de reajuste automático con el descrito en el contrato que suscribieron las partes..." (f. 2 y 3 de este cuad.).

La Corte respecto de esta causal, en sentencia del 7 de marzo de 1990 acotó: "Según la forma como quedó concebida esta causal, *ella se configura si concurren estos dos presupuestos: a) que se incurra en nulidad al dictarse la sentencia; b) Que el fallo no sea susceptible de recurso*".

"*Respecto de la primera exigencia de la causal octava de revisión, se trata de un vicio de nulidad en que se haya incurrido al proferirse la sentencia,*

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

Estos mismos casos se citaron en fallos del 12 de noviembre de 1986 y del 12 de marzo de 1991.

"Evidentemente, dentro de la enumeración que de los motivos de revisión de una sentencia ejecutoriada hace el legislador colombiano tiene dicho la Corporación, se encuentra según el numeral 8, del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, el hecho de 'Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso' que es exactamente la causal aquí invocada por el demandante como fundamento jurídico de la pretensión impugnativa deducida por él.

"Este motivo de revisión, cuya consagración positiva como tal es flamante en la legislación procesal hoy vigente, no se refiere ciertamente a alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir en éste el fallo que decide el litigio, la que por tanto puede y debe alegarse en oportunidad anterior a dicha sentencia, so pena de considerarse saneada; ni alude tampoco a supuestos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, que constituyen causal específica y autónoma del recurso de revisión, como lo indica el numeral 7 del artículo precitado: se trata sí de las irregularidades en que, al tiempo y no antes de proferir la sentencia no susceptible de apelación o casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad. Lo cual es apenas lógica porque si tal nulidad solamente aparece para las partes cuando éstas conocen la sentencia, no existiendo legalmente para ellas otra oportunidad para reclamar su reconocimiento, lo procedente es que se les abre el campo de la revisión como lo preceptúa el artículo 154.3 del C. de P.C. (hoy art. 142 C.P.C) (Sentencia 22 de agosto de 1978, G.J. No. 2399 pág. 134)".

13.2. Ahora bien. Como el fundamento de la causal que se examina es sin duda un tema procesal debatido y resuelto con amplitud por los falladores de

instancia, quienes para negar la pretensión de Regulación de la renta y revocar éste y en su lugar proveer conforme a lo pedido, se fundaron tanto en el planteamiento de hecho de la demanda y de su contestación, así como en la existencia de la plena prueba de la relación material que liga a la sociedad demandante en ese proceso con el demandante en relación con el inmueble No. 35-68 de la Calle Del Porvenir de Cartagena, ha de seguirse que como los supuestos errores que se le endilgan al fallador en la apreciación de los hechos de la demanda, así como de la prueba que sirvió de respaldo a la decisión que por esta vía se combate, implican un replanteamiento del asunto litigioso decidido previamente, así como ofrecer una nueva oportunidad para proponer excepciones no alegadas en el lapso debido, la extemporaneidad con que se invoca la alegación que hoy se estudia, releva a la Corte de cualquiera consideración sobre el particular.

Para el efecto basta ver, cómo el demandado en aquel debate dio respuesta a la demanda, aceptó la existencia de la relación material que lo ata con el arrendador inicial, el canon pactado, así como la cuantía del reajuste, la duración del arriendo y la destinación del bien, la cesión del contrato en favor de Procasa Ltda y la identificación del inmueble. Mas no los referentes a la renovación del arrendamiento (4o.); las propuestas que el arrendador le dirigió al arrendatario para la renovación del contrato sobre la base de un precio mensual de $500.000.oo (5o.); las circunstancias que justifican esa cuantía (7o.) y ser el arrendatario quien motu proprio, cerró la entrada por la calle del Porvenir y le abrió por la calle San Agustín (10).

De modo que como en ese escrito, ni en otro distinto, el allá demandado Benjamin Alonso Caballero Rincón planteó la defensa que hoy trae a este recurso: "...No hay existencia del establecimiento de Comercio que supuestamente sirve de base a la demandante para la reclamación judicial de Renovación del Contrato de arriendo referente al valor de la renta...", ha de concluirse que como el motivo de revisión consagrado en el numeral 8 del artículo 380 del C. de P.C. no se refiere a alguna nulidad nacida antes de proferir el fallo que decide el litigio sino a las irregularidades en que al tiempo de dictar la sentencia pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad, el solo hecho de haber gozado el demandado de oportunidad para invocar las irregularidades que a través del recurso plantea, es suficiente motivo para que el recurso no se abra paso.

Háse repetido que el recurso de revisión no se ha establecido para discutir hechos que debieron serlo en el proceso en que se dictó la sentencia impugnada.

Si el demandado en el proceso de regulación de la renta, no cumplió con la carga procesal prevista en el numeral 3o. del artículo 92 del C. de P.C. (referir los hechos a través de los cuales el demandante no estaba legitimado para reclamar la Regulación de la Renta respecto del inmueble No. 35 68 de la Calle del Porvenir de Cartagena, por no corresponder al indicado en los hechos de la demanda), no puede traer ahora a discusión los motivos que debió invocar en el proceso de que se trata, para negar la existencia del establecimiento de comercio que funciona en el inmueble que recibió a título de arrendamiento. Esa defensa tenía que alegarla allá y no aquí, y sobre todo tenía que cumplir la carga procesal impuesta en la norma que se citó. Luego si no cumplió con esa carga, es su propia conducta la que condujo a que en la decisión combatida no se hubiese estudiado el planteamiento que a través del recurso advierte, ni menos que, el juzgador de segundo grado, cotejase los linderos consignados en la demanda con los del predio a que se refiere el contrato de arrendamiento que obra en folios 4 y 5 del cuaderno No.1 del Juzgado.

"Es así como por no tratarse de una tercera instancia que sería extraña al sistema procesal vigente en Colombia, el recurrente no puede buscar con su interposición, enmendar situaciones graves y perjudiciales que hubieran podido evitarse en el proceso con una gestión oportuna y eficaz de la parte afectada con la sentencia cuya revisión se pretende (G.J. CXVIII, pág. 46)".

No se abre paso, por tanto, la causal de revisión.

14. Segunda causal alegada:

El recurrente en revisión invoca como tal la consagrada en el numeral 6 del artículo 380 ibídem, que es del siguiente tenor: "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".

14.1. Describense como hechos configurativos de la citada causal, los que tuvieron que ver con la cesión del contrato de arrendamiento, con la presentación por parte de la cesionaria de la demanda de Regulación de la Renta, con el acuerdo a que habían llegado las partes en relación con el incremento de la renta, tan pronto como hubiese lugar a la renovación del contrato, con la falta de cruce de misivas, previa a cualquier actuación judicial, y la aceptación del pago de la renta por parte del demandante.

Dice entonces el recurrente que esas circunstancias constituyen maniobras de la parte demandante en aquel conflicto, por cuanto de esa manera hizo creer a jueces y magistrados supuestas diferencias a falta de acuerdo de las partes llegado el momento de la renovación del contrato y en razón de esas supuestas diferencias se ameritaba el proceso de regulación de la renta entre las partes.

Y agrega: "En el expediente no está probado que la demandante haya agotado previamente la vía del diálogo como ordinariamente se hace que permitiera traslucir su buena fe que presume la ley en el desarrollo y ejecución de los contratos. Sí está probado que la cesión que hace Samra a favor del demandante Procasa es con la finalidad de promover la acción judicial en contra del demandado en forma inmediata, si se observa con detenimiento las fechas en que se produce la cesión del contrato y la presentación de la respectiva demanda de Regulación de la Renta. Y la simultaneidad de acción que hace la parte demandante en el sentido de aceptar los valores de la renta con sus respectivos incrementos en forma oportuna de parte de la demanda, que dan muestra de la conformidad con lo pactado en el contrato de acción judicial que ésta misma parte promueve para aumentar en más el porcentaje que recibe.

"... Pero esta intención manifiestamente dolosa de la parte demandante -refiero líneas adelante el revisionista- va aún más allá, vale decir, no bastaron las actuaciones anteriormente dichas, de colusión entre la demandante Procasa Ltda. y Miguel Samra Succar en el acto de cesión de contrato con la finalidad de promover demanda de Regulación de Renta, previa notificación al demandado en forma extraproceso, de que con conocimiento de causa procedieron a accionar judicialmente sin motivo o causa para ello, puesto que nunca han existido diferencias: de que al propio tiempo que muestran conformidad con el contrato en el sentido de aceptar los pagos de manos de la parte demandada, promueven demanda contra ésta para elevar el valor del incremento por encima del porcentaje pactado y de que rodeadas de estas circunstancias se mintió a los jueces en la forma que viene dicho, sino que, si se tiene en cuenta que el demandado tiene la propiedad comercial del negocio desde 1979, resulta entonces que la omisión de este hecho último traslucc el propósito recóndito del actor de causarle perjuicios al demandado más allá de lo que en apariencia se persigue en la pretendida demanda de Regulación de la Renta, con lo cual su acreditado negocio o propiedad comercial que lo protege la ley, lo hacen aparecer en la demanda como si éste funcionara sólo desde dos o tres años, motivo inconfeso éste de la parte demandante que subyace en el ánimo de los coludidos Samra Succar y Procasa Ltda, y que procesalmente resulta estar

probados en el expediente, si se tiene en cuenta que incluso extraprocesalmente y antes de la referida cesión del contrato, Samra Succar le habría manifestado al demandado que el inmueble lo había vendido. Sostengo que resulta probado, por cuanto promueve el actor acción judicial (Acción ejecutiva) con base en la sentencia que se pide revisar pretermitiendo la actuación procesal posterior que debe surtirse en el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Cartagena, en cumplimiento de las ordenaciones pertinentes del H. Tribunal de Cartagena, con lo cual recibió perjuicios el demandado al embargársele sus bienes muebles en forma previa incluso a la notificación que extrajudicialmente bien hubiera podido hacer la demandante de sentencia favorable como es procedente estilar, con lo cual se acredita con mayor entidad el manifiesta ánimo doloso de la demandante con perjuicios al demandado". (fls. 5 y 6 c. Corte).

14.2. De las maniobras fraudulentas ha dicho la Corte: "*Las maniobras fraudulentas comportan una actividad engañosa que conduzca al fraude, una actuación torticera, una maquinación capaz de inducir a error al juzgador al proferir el fallo en virtud de la deformación artificiosa y mal intencionada de los hechos o de la ocultación de los mismos parcialmente, por medios ilícitos; es, en síntesis, un artificio ingeniado y llevado a la práctica con el propósito fraudulento de obtener mediante ese medio una sentencia favorable, pero contraria a la justicia (Sent. 30 de junio de 1988. No publicada).*

14.3. No basta empero la presencia o la prueba de esas maniobras fraudulentas para que la causal se configure, porque en ella es presupuesto de igual importancia, que los hechos constitutivos de las mismas causen un perjuicio al recurrente, conforme la Corte lo ha reiterado: "Tal como quedó concebido en el ordenamiento procedimental la causa sexta de revisión, fácil es advertir que ella se estructura mediante la concurrencia de estos dos factores:

"1o. 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,

"2o. Que la colusión o el fraude procesal le hayan causado perjuicios al recurrente" (Sent. del 19 de junio de 1989 G. J. Tomo CXCVI, pág. 185).

14.4. Además, y aunque la norma no lo diga expresamente, constituye también requisito inherente a dicha causal que las maniobras fraudulentas se

hayan conocido con posterioridad al pronunciamiento del fallo impugnado, toda vez que es obvio que de haberse notado su presencia con anterioridad al mismo, ese discernimiento habría permitido la utilización de los medios de impugnación ordinarios que, en modo alguno, pueden ser suplidos por el recurso extraordinario de revisión: "... por sabido se tiene que los vicios que pueden producir la anulación de una sentencia deben manifestarse necesariamente en relación con hechos o situaciones producidas o conocidas con posterioridad al pronunciamiento del fallo que se pretende aniquilar, pero no con actuaciones anteriores a éste, por ser justamente errores para cuya corrección se han consagrado los demás recursos" (Sent. 13 junio de 1989. No publicada).

Han de ser también esas maniobras fraudulentas de tal magnitud, que sin ellas la decisión no hubiere causado perjuicios al recurrente y el litigio se habría resuelto de manera diferente.

15. Ahora bien. Como los hechos constitutivos de la colusión y maniobras fraudulentas que se le han endilgado al arrendador inicial Samra Succar como a su cesionaria Procasa Ltda. fueron conocidos con anterioridad al proferimiento del fallo impugnado por el revisionista, toda vez que con ocasión del traslado que se le dio de la demanda de Regulación de la Renta que promovió Procasa Ltda. frente al aquí recurrente, se enteró de la cesión que del contrato de arrendamiento hizo Miguel Samra Succar en favor de Procasa Ltda. el 24 de mayo de 1990, de las diligencias que se hicieron para hacer conocer al arrendatario dicha cesión, de la demanda que presentó el Gerente de Procasa Ltda. reclamando la regulación de la Renta, de los hechos que le servían de estribo a esa reclamación, ha de seguirse entonces, que como el aquí revisionista contó con una oportunidad para plantear las irregularidades que hoy trae a este debate (la de contestación de la demanda) y que de haber sido advertidas quizá hubiesen cambiado el rumbo del proceso, la extemporaneidad con que se propusieron dichas anomalías relevan a la Corte de toda consideración jurídica, amén de que en modo alguno esos acontecimientos por sí solos pueden calificarse como lo hace la impugnación.

15.1. Por consiguiente, si el aquí recurrente pudo con ocasión del traslado que se le dio de la demanda de regulación de la Renta que le promovió Procasa en relación con el inmueble No. 35-68 Centro Calle del Porvenir de Cartagena, discutir no solo lo relacionado con la cesión del contrato de arrendamiento, sino también la falta de causa de la demanda presentada, la ausencia de los requerimientos, la falta de legitimación del cesionario para instaurar dicha

pretensión, la prevalencia de la cláusula de reajuste automático, la aceptación por parte del arrendador de los pagos que le hacía el arrendatario, etc., todo con miras a que el juez se pronunciara sobre tales defensas, no puede menos que concluirse que si el demandado omitió hacer dichos planteamientos en la oportunidad referida, no puede aspirar a que por la vía del recurso de revisión se le resuelvan, cuando la naturaleza de éste no permite el replanteamiento del litigio decidido, ni la ocasión para proponer medios de defensa preteridos o no alegados en el debate inicial.

Por lo demás, no se advierte que él demandado alegara los motivos que hoy trae a este debate ante el *a-quo* y ante el *ad-quem*. Solo se limitó a dar respuesta a la demanda en los términos inicialmente consignados.

"Basta leer las nueve causales erigidas por el artículo 380 del C. de P. Civil -tiene dicho esta Corporación- como motivos de revisión, para afirmar que este medio extraordinario de impugnación no franquea la puerta para tornar el replanteamiento de temas ya litigados y decididos en proceso anterior, ni es la vía normal para corregir los yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente, ni es camino para mejorar la prueba mal apreciada o dejada de aportar, ni sirve para encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi..." (Sentencia 16 de septiembre de 1983 no publicada).

La Corte no puede pronunciarse en relación con los perjuicios que el recurrente afirmó se le causaron con las medidas ejecutadas, puesto que si así fuera, el damnificado tiene otro medio de defensa y como lo dice la causal 6 invocada, los perjuicios tienen que causarse por la sentencia cuya revisión se pide, y no por otras actuaciones como el auto ejecutivo, el decreto de medidas cautelares y el embargo y secuestro, actos éstos que serían la causa del perjuicio. Por eso entonces este aspecto, tal como fue planteado, es ajeno al debate.

Esta causal tampoco prospera.

Viene de lo dicho que se impone declarar infundado el recurso y sancionar con las costas y perjuicios al recurrente, a cuyo pago se atenderá con la caución prestada.

V. Decisión

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación

Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1o. DECLARASE INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por BENJAMIN CABALLERO RINCON contra la sentencia del 4 de marzo de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el proceso de Regulación de la Renta de PROCASA LTDA. frente a BENJAMIN ALONSO CABALLERO RINCON.

2o. Condénase en costas y en perjuicios al recurrente. Procédase a su liquidación, teniendo en cuenta que los perjuicios se tasarán en la forma ordenada por el artículo 384 del C. de P. Civil. Al pago de costas y perjuicios se atenderá con la caución prestada.

Devuélvase el expediente en que se dictó la sentencia impugnada al Juzgado de origen, y archívese, oportunamente, la actuación del proceso.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / TRATO PERSONAL Y SOCIAL / RELACIONES SEXUALES / CONCEPCION / PRESUNCION DE PATERNIDAD

El trato personal y social plenamente demostrado, sirve para colegir las relaciones sexuales y demostradas éstas en la época de concepción, son ellas la circunstancia o antecedente para deducir la paternidad extramatrimonial. Hay entonces una cadena de hechos que deben aparecer con seguridad demostrados, para inferir la procreación paterna: el trato personal y social que demuestra las relaciones sexuales y que éstas sucedieron en la época en que según la fecha del nacimiento ocurrió la concepción, y de ahí la presunción de paternidad. / El antecedente o circunstancia de la deducción de paternidad es el trato personal y social que el presunto padre dio a la madre durante el embarazo y parto. Mas dicho trato tiene que estar demostrado con hechos que indiscutiblemente lleven a la convicción de que se ha dado por admitirse la paternidad.

MEDIO PROBATORIO / TESTIMONIO / TESTIMONIO -Apreciación en conjunto / VALORACION PROBATORIA

En el presente caso, examinados los testimonios cuya apreciación objetiva le censura el demandado al Tribunal, tiene que hacerse individual y conjuntamente tanto entre si como con los demás medios de convicción.

ERROR DE HECHO

El error de hecho por suposición de que se acusa la sentencia, no es evidente, careciendo por ende de una de las exigencias necesarias para que el error de hecho sirva de sustento al quiebre de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Referencia: *Expediente No. 3963* *Sentencia No. 49*

Decídese el recurso de *casación* que el demandado ALBERTO DE JESUS TORO MONTES por intermedio de procurador judicial interpuso contra la sentencia del 25 de marzo de 1992, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Tercera de Decisión de Familia- en este proceso de *filiación paterna extramatrimonial* promovido por LUZ DEL PERPETUO SOCORRO ZAPATA en representación de su hija menor PAOLA ANDREA ZAPATA contra el recurrente.

I. Antecedentes

1. En el libelo presentado el 3 de febrero de 1989 ante el secretario del entonces Juzgado 1o. civil de Menores de Medellín, que por repartimiento correspondió al mismo despacho judicial, LUZ DEL PERPETUO SOCORRO ZAPATA, como madre de su hija menor PAOLA ANDREA ZAPATA, mediante apoderada para pleitos, convocó a juicio al señor ALBERTO DE JESUS TORO MONTES, para que por el procedimiento especial de filiación paterna extramatrimonial, se profirieran estas decisiones: A. Declarar que ALBERTO DE JESUS TORO MONTES es el padre natural de PAOLA ANDREA ZAPATA por haberla procreado con LUZ DEL PERPETUO SOCORRO ZAPATA. B. Oficiar a la Notaría 2a. de Envigado para el registro de la declaración de paternidad.

2. apoyó la pretensión en los hechos que se compendian, así:

1o. Luz del Perpetuo Socorro Zapata sostuvo relaciones sexuales con Alberto de Jesús Toro Montes, "en forma continua desde el día 10 de enero de 1985, hasta el 20 de marzo de 1986, interrumpidas por el avanzado estado de embarazo y se continuaron algún tiempo después del nacimiento de la menor Paola Andrea Zapata".

2o. De dichas relaciones nació Paola Andrea el 29 de agosto de 1986 en el municipio de Envigado.

3o. Las relaciones sexuales "fueron más asiduas durante el mes de noviembre del año de 1985 y llevadas a cabo en un apartamento situado en: la carrera 47 No. 48-66. Ap. No. 2, de la ciudad de Medellín".

4o. Además de las mentadas relaciones, hubo notorio, estable y continuo trato personal y social entre la madre y el padre de la menor.

5o. Nacida Paola Andrea, Toro Montes le prodigó cuidados de padre "por algún tiempo".

6o. Requerido Toro Montes para que declarara si era el padre de Paola Andrea, expresó que se haría cargo de las obligaciones alimentarias y morales, si la madre guardaba absoluto silencio de modo que no se enterara su esposa.

7o. "Pasado el tiempo" el demandado se desentendió de sus obligaciones de padre natural y nada hizo para reconocer a su hija, dejándola en abandono.

8o. La concepción de Paola Andrea ocurrió en la época de las relaciones entre sus padres, o sea se da la presunción del artículo 92 del Código Civil.

3. Admitida la demanda, se notificó su admisión a la Defensora de Menores de ese entonces, y luego de recibirle declaración jurada al demandado acerca de si creía ser el padre de la nombrada menor, se le notificó el auto admisorio y se le corrió el traslado por 8 días.

Por conducto de apoderado judicial, el demandado contestó para oponerse a lo pedido y afirmar que son falsos los hechos 1o. a 6o. y que debían probarse el 7o. y el 8o.

4. Agotado el procedimiento especial, la Juez 1o. de Familia de Medellín dictó sentencia el 19 de abril de 1991 (fls. 47 a 57 c. 1) por la que declaró la pretensión, dispuso que el cuidado y la potestad parental respecto de la menor serían ejercidos exclusivamente por la madre, condenó al demandado a pagar alimentos a la menor en cuantía de $15.000.oo mensuales, que debería consignar en una cuenta de ahorros a favor de la madre y ordenó que ejecutoriada se oficiara al Notario 2o. de Envigado para los efectos del artículo 44 del Decreto 1260 de 1970.

5. apelado el pronunciamiento por el demandado, la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín lo confirmó con el suyo

del 25 de marzo de 1992 (fls. 22 a 30 v. c. 2), con la modificación de imponer al demandado como cuota alimentaria mensual a favor de la menor, el 35% del salario mínimo legal vigente, conforme con lo expuesto en la motivación, y lo condenó en las costas de la alzada.

II. Fundamentos de la sentencia impugnada:

6. Tras advertir el *ad-quem* que el Juzgado de Menores ante el cual se presentó la demanda quedó de Familia conforme con lo establecido por el Decreto 2272 de 1989, dice que la madre de la menor "promovió proceso ORDINARIO-FILIACION EXTRAMATRIMONIAL" contra el demandado, para transcribir las peticiones y aludir a los hechos, precisar la oposición del demandado y la negación de los hechos, destacar luego la inconformidad del apelante, particularmente la crítica que hace a los testimonios, observar la aspiración de la demandante y referirse a las pruebas que de oficio se incorporaron.

7. A vuelta de encontrar reunidos los presupuestos del proceso y que se imprimió el trámite "indicado en la Ley procesal civil", halla la legitimación activa y pasiva, así como el interés, para enseguida adentrarse en el asunto, empezando por determinar su objeto, cual es la declaración judicial de que Paola Andrea Zapata es hija extramatrimonial de Alberto de Jesús Toro, correspondiendo a la parte demandante demostrar los hechos configurativos de la presunción de paternidad, es decir, en este caso, las relaciones sexuales entre la madre y el padre en la época en que según la regla legal ocurrió la concepción, o el trato personal y social dado por el padre a la madre durante el embarazo y parto.

7.1. Una vez que copia de la que cita como sentencia de casación del 11 de agosto de 1986, anota que como pruebas se ordenó valorar los documentos aportados, se recepcionaron las declaraciones en su mayoría y los interrogatorios a la madre y al presunto padre.

Con el registro civil de nacimiento, dice, que obra en el folio 1 del cuaderno principal, queda probado de un lado, que Paola Andrea nació el 29 de agosto de 1986, y del otro la maternidad en los términos del artículo 335 del Código Civil y del 53 del Decreto 1260 de 1970, modificado por el 1o. de la Ley 54 de 1989.

En general la prueba testimonial, agrega el sentenciador, se encaminó a demostrar que por la época de concepción de la hija, existieron las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre y hubo el trato que durante el embarazo y posteriormente le dio éste a aquélla, como indicativo de aceptación de paternidad.

Pasa a examinar los testimonios de Luz Dary y Elizabeth Zapata, hermanas de la madre demandante. Luz Miriam Castaño, Bibiana del Socorro Ramírez y Luz Marina Alzate de Zapata, quien fue tachada, y los interrogatorios de los contendientes, para deducir, indicando la valoración de cada testimonio y de los interrogatorios, de "lo antes expuesto y contrario a lo afirmado por la parte demandada, es necesario reconocer que la prueba testimonial aportada es suficiente para demostrar la paternidad invocada, por cuanto se establece claramente que por la época en que pudo tener lugar la concepción, octubre de 1985 y febrero de 1986, entre la progenitora de la demandante y el demandado existían relaciones sexuales, las que por su intimidad no eran de conocimiento público, pero sí las detectaron las personas más allegadas a aquélla, por esa misma fecha... igualmente existe precisión en cuanto a que por la fecha en que tuvo lugar la concepción entre esta pareja existían relaciones íntimas, las que se cumplían en un apartamento ubicado en el centro de la ciudad...". Agrega que el único hombre que compartió con Luz del Perpetuo Socorro "en aquella época fue el demandado, quien es la única persona que afirma lo contrario, pero no lo demuestra".

7.2. Respecto de la otra causal alegada dice el sentenciador: "Durante el embarazo y posterior nacimiento de la menor otorgó ayuda económica e hizo algunos obsequios, pero cuando ya se le habló acerca del reconocimiento varió su conducta, porque lo único que ha pretendido al adoptar ese comportamiento negativo es evitar que ello tenga ingerencia (sic) en su hogar".

Anota que el demandado negó todos los hechos "pero tampoco allegó medio de prueba alguno que los infirmara, puesto que su gestión judicial fue poca".

Recaba sobre la prueba de testigos añadiendo que "los testimonios aportados como reiteradamente se ha dicho, merecen credibilidad, porque provienen de personas que tuvieron un conocimiento directo de los hechos y dadas las causales aducidas, estas las llamadas a testimoniar por ser quienes tienen un contacto más directo con quien reclama la paternidad, pues una

persona ajena a la familia no está en capacidad de hacer este tipo de declaración". Recalca que el demandado trata de insinuar la falta de veracidad de los declarantes mas nada hizo para infirmar sus dichos, "ni siquiera se conoce que la conducta de esas personas se investigue penalmente por falso testimonio".

7.3. Adicionalmente precisa que la prueba antropo-heredo-biológica, practicada por el laboratorio de genética adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a pesar de no ser causa autónoma de presunción de paternidad, al resultar compatible entre el demandado y la menor, es un indicio que sirve "para reforzar la paternidad que se ha demostrado...".

7.4. Trae a colación el criterio que sobre la estimación de las pruebas de las causales que permiten presumir la paternidad extramatrimonial ha expuesto la jurisprudencia interpretando las normas de la Ley 75 de 1968, y al efecto copia párrafo de la sentencia de casación del 16 de mayo de 1990.

Por lo tanto, concluye por este lado, que ha de confirmarse la decisión apelada "por haberse acreditado ampliamente las causales invocadas... pues se repite, se acreditaron no sólo las relaciones sexuales por la época presunta de la concepción, sino también que el trato dado por el demandado a la madre durante el embarazo y posterior nacimiento de la menor es indicativo de paternidad".

7.5. En lo que a la cuantía de la prestación alimentaria se refiere, estimó que como no obraba prueba de la capacidad económica del demandado, siguiendo doctrina jurisprudencial, había que presumir que el obligado devengaba el salario mínimo legal mensual actualmente vigente y, por eso, debía modificar la decisón del *a-quo* para señalar como cuota mensual alimentaria a cargo del demandado y a favor de la menor, el 35% del salario mínimo legal vigente en el país, que debería pagar cada mes dentro de los cinco primeros días, consignando en una cuenta de ahorros que abriría la madre de la menor en "esta ciudad".

Como el juzgado de primera instancia no condenó en costas no podía hacerlo el *ad-quem*, dado que el demandado fue apelante único.

III. La demanda de casación

Un cargo eleva el demandado contra la sentencia, que pasa a resolverse.

Cargo único:

Acúsase la sentencia de ser violatoria "de una norma de derecho sustancial" como consecuencia de error de hecho manifiesto en "la apreciación de la prueba testimonial". La censura estima quebrantado el artículo 6o., numerales 4o. y 5o., de la Ley 75 de 1968.

8. Sustenta la acusación el cargo, reproduciendo el aparte en que la sentencia afirma que de lo expuesto y contrario a lo afirmado por el demandado, la prueba testimonial es suficiente para demostrar la paternidad invocada por establecer claramente que por la época en que pudo tener lugar la concepción, octubre de 1985 y febrero de 1986, existieron las relaciones sexuales entre la progenitora de la demandante y el demandado, rayando palabras y frases, para hacer ver que basado el juzgador en la prueba de testigos, dio por demostrados estos hechos:

1o. Las relaciones sexuales entre Luz del Perpetuo Socorro y Alberto de Jesús Toro Montes.

2o. Que esas relaciones ocurrieron, con precisión, en el tiempo en que según el artículo 92 del Código Civil sucedió la concepción de la hija.

3o. Que esas relaciones tuvieron lugar en un apartamento de céntrico sector de Medellín.

4o. Que esas relaciones, a pesar de permanecer en la intimidad, fueron detectadas (resáltese el gran contrasentido) por personas allegadas a la madre de la menor.

Esas premisas, continúa la impugnación, son la base de la estructura del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968 y sobre esta norma se hace la declaración de paternidad pedida. Si se demuestra que esas premisas son producto de una errónea valoración de la prueba testimonial acogida por el fallador, se puede concluir, anuncia la censura, que se infringió la nombrada norma sustancial, pues no se podía llegar a la declaración de paternidad que se tomó.

Los numerales 4o. y 5o. del artículo 6o. de la Ley 75 no pueden entenderse con el contenido tan amplio que en la sentencia atacada se dio. En el juicio emitido en esa sentencia, argumenta la objeción, hay una equivocación en la

afirmación de que el precepto faculta al intérprete, para cuando informaciones testificadas plantean posibles relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, o el trato personal o social, "se vaya a concluir la paternidad natural". Al contrario, sostiene la impugnación, la norma exige determinados, exactos y ciertos requisitos que deben surgir de la evaluación de los testimonios, evaluación que el Tribunal omitió y por eso la violación de la norma.

9. Tales requisitos, puntualiza la censura, son, en relación con el numeral 4o., que autoriza que con inferencia lógica se deduzcan las relaciones sexuales del trato personal y social, apreciado ello dentro "de estos marcos precisos evaluativos":

1o. Circunstancias en que el trato tuvo lugar.
2o. Antecedentes de ese trato.
3o. Naturaleza del mismo.
4o. Su intimidad.
5o. Su continuidad.

Individualmente ninguno de estos factores tuvo en cuenta la sentencia al apreciar los testimonios.

El numeral 5o. permite que por inferencia lógica se deduzcan las relaciones sexuales del trato social y personal que el padre haya dado a la madre durante el embarazo y parto, pero con "la exigencia incuestionable" de que ese trato se demuestre con hechos fidedignos "indicativos de la *paternidad*" (rayado de la demanda), lo que tampoco se analizó individualmente "para cada de los testimonios aportados".

La impugnación se propone demostrar la omisión del Tribunal de los anteriores requisitos en cada uno de los testimonios citados, así: Luz Dary Zapata Mora, cuya versión califica de "demasiado especulativa, imprecisa, y además sospechosa porque narra o refiere hechos con una estereotipada frase de la demanda", como al responder que las relaciones sexuales ocurrieron entre enero de 1985 y marzo de 1986 y más frecuentes en noviembre del 85 las salidas, respuesta que corresponde a lo narrado en los hechos 1 y 3 de la demanda, circunstancia que muestra "sin dubitación un aleccionamiento de la testigo, que no puede constituir pauta válida de sustento probatorio", amén de que no se sabe cómo supo que en esa época sucedieron las relaciones íntimas. La regla exige un conocimiento de la naturaleza, intimidad y continuidad del trato

personal y social además de los antecedentes y circunstancias, para poder deducir de ello las relaciones sexuales. La testigo se limita a señalar una época sin concretar "los momentos y las fechas que coincidan con la época probable de la concepción", lo que no podía hacer "porque no fue depositaria de tal evidencia". Además de que, continúa la censura, su declaración es hetérea, según expresiones como eran relaciones amorosas, en enero del 85 empezó a llamarla ALBERTO era el novio de ella *algún tiempo* (¿cuál?), se encontraba en un apartamento que queda en Ayacucho con Sucre, frente a la Beneficencia. De afirmaciones como éstas no puede concluirse, como lo hace el Tribunal, una relación sexual. De otra parte, da respuestas ingenuas, pueriles "y asaz ridícula", como al responder porqué su hermana Luz la llevaba a ella o a su otra hermana al apartamento, dice porque era muy nerviosa y no le gustaba andar sola. "Nerviosa de qué o de quién?, se interroga la acusación. Acaso Alberto, no era su novio, su amante, su hombre de confianza, desde enero de 1985? O era que Alberto la coaccionaba? (sic)", sin descontar ese comportamiento extraño de Luz que se hacía acompañar hasta la entrada del apartamento para luego volver por ella, mas cuánto tiempo después? Señalar un apartamento con una dirección "más fantástica que real" y llevar la testigo para "legitimar" las relaciones, suena a componenda, a aleccionamiento y no a conocer circunstancias que permitan suponerlas, fuera de que la conducta de la testigo parece de "proxeneta" y no de verdadera hermana o desprevenida acompañante. Sus respuestas en orden a los hechos que demarcan el campo del artículo 6o. de la Ley 75 "parecen más gaseosas que la primera", como afirmar que después del parto siguió visitando a Luz y a la niña y que a ésta le llevaba obsequios que, al pedírle concretar, dijo que como vestidos, juguetes, cosas para niños y que era en forma esporádica. Es afirmación "sin concreción alguna", interroga, si mostraba "*hechos fidedignos*, de características de paternidad?". De la misma índole es la respuesta a la pregunta relativa a concretar el dinero que dice le daba Alberto a Luz: "... cada quince días o cada mes... *pero no se cuánto*...", además de armonizar con lo dicho por la madre, quien afirmó que después del nacimiento de la niña "me seguía ayudando cada *ocho días*...".

Sin exponer el conocimiento de hechos exigidos por la norma para deducir de ellos las relaciones sexuales, la deponente, sigue la acusación, es contradictoria con su propia hermana, pues mientras ésta habla de unas relaciones de amistad "con Alvaro (sic) desde el año de 1972, como simples amigos y desde 1974, como novios, para luego otra relación desde 1985", la testigo concluye que ellos se citaban y salían desde enero de 1985. La demandante extiende sus relaciones con Alvaro fuera del apartamento a estaderos, griles y moteles,

mientras que la declarante las limita al apartamento, y diciendo que su hermana era muy nerviosa.

Del testimonio de Luz Dary no pueden encontrarse hechos fidedignos demostrativos de paternidad, que es la exigencia de la norma, como lo hace el Tribunal, ni antecedentes, circunstancias, naturaleza o continuidad de unas relaciones sexuales entre la madre de la demandante y el demandado, como también lo hizo el *ad-quem* "presuponiendo hechos no fundados realmente en el cuerpo íntegro de la testificación de Luz Dary Zapata Ochoa".

Del testimonio de Elizabeth Zapata Mora, critica la impugnación, que su dicho respecto al trato personal y social "es más fantástico que la anterior", pues dice que durante el embarazo llegó hasta darle vestidos de maternidad, aspecto que "silencian" tanto la propia demandante como su hermana Luz Dary. Del tiempo en que Alberto visitó a la madre y a la hija, dice que fue por espacio de tres meses, al tiempo que Luz Dary cuenta que fue por un año.

Narra Elizabeth que acompañó la pareja a heladerías de Belén, cuando ni siquiera Luz del Perpetuo Socorro menciona ese sector como de posibles encuentros, pues precisa solo los del sector de Las Palmas, y sin mencionar la presencia allí de sus hermanas. Luego de contar la testigo, observa la censura, que acompañaba a su hermana al apartamento de Alberto y que llegó hasta el segundo piso, donde Alberto estaba solo, dice que no sabe la dirección del apartamento ni ingresó a él. No se explica entonces cómo sabía que era un segundo piso y que Alberto estaba solo. Unese a esa contradicción que, como su hermana Luz Dary, hace eco de lo expuesto por la demandante, "aprendiendo bien la lección de los hechos de la demanda". La deponente no precisa circunstancias ciertas ni fija época concreta de ocurrencia de las relaciones sexuales. La versión tampoco llena el supuesto del artículo 6o. de la Ley 75, pues nada relata del comportamiento de Alberto para con Luz del Perpetuo Socorro cuando estaba embarazada, ya que únicamente cuenta que le regalaba vestidos maternos, a la par que ésta guarda silencio. Y de su conducta al momento del parto, sólo que cuando nació la niña, fue a conocerla. "Estas advertencias testimoniales, no pueden considerarse, como lo hace el H. Tribunal sentenciador como hechos *fidedignos* de características indicativas de paternidad". Son actos equívocos de tales características, normales si dentro "de cualquier cuadro de amistad" sin que impliquen necesariamente aceptación de paternidad. Por eso la sentencia incluye también una evaluación errada del testimonio en toda su extensión y más cuando precisa que en principio los dichos de las

hermanas de la actora son sospechosos pero como se encuentran corroborados con otros testimonios, les da credibilidad (fl. 6v. de la sentencia). No es entendible, nota la censura, esa dicotomía probatoria: si en principio los testimonios son sospechosos no hay lógica jurídica para creerles, y menos cuando la restante prueba testimonial en lugar de respaldar "se torna muy distante de la verdad".

La testigo Luz Miriam Castaño C., observa la acusación, es "mucho más sospechosa que las anteriores". Basta advertir que era "una simple trabajadora de Luz de Perpetuo Socorro" que se presenta al proceso como depositaria de la misma actitud de acompañamiento hasta el apartamento de Alberto, y más atrevida al decir que sabía a qué iba Luz allí. "Es uno de los casos más extraños en la historia judicial, que precisamente relaciones sexuales que son actos de pertenencia de la vida íntima y del verdadero sigilo de hombre y mujer, sean acompañadas por tres personas indistintamente", una unas veces, otra otras, pero nunca Luz fue sola al apartamento, siempre con alguien que llegaba solo a la puerta, dejaba a Luz y volvía por ella. Ante esa forma de deponer, el intérprete judicial tiene que entender que hubo aleccionamiento, jugando con la verdad. Mírese la actuación de esta testigo, que venía diciendo que las relaciones de la pareja eran sentimentales y al pedirle que explicara el significado, respondió "... de tipo sentimental, de *problemas del trabajo* y *conversaciones normales*... (fl. 28). De esas versiones no puede deducirse que existieran circunstancias y antecedentes probados para inferir la relación sexual. A la pregunta de por qué presume las relaciones sexuales de la pareja, responde simplemente "... porque yo venía con ella *y sabía a qué venían*... además cuando quedó ella en embarazo, ella *me contó*". Luego no conoce hechos directos indicativos de paternidad, como que sabía a qué venían expresa algo que se supone, lo que no tiene entidad jurídica probatoria sería. Y si le contó ya embarazada es circunstancia posterior que demerita "cualquier capacidad suya de presentarse como testigo antecedente". Es de mirar cómo la testigo cuenta que al quedar Luz encinta Alberto dejó de visitarla; que no se dio cuenta si hallándose Luz en ese estado, Alberto la ayudó económicamente. No dice nada de lo ocurrido durante el parto, que le colaboró después pero no sabe cuánto. No se entiende cómo con una versión así, se pregunta la censura, pudo el Tribunal deducir hechos fidedignos de paternidad. El sentenciador equivocó la interpretación del testimonio ya que de su contenido no surgen esos hechos.

De la declaración de Bibiana del Socorro Pizano Ramírez, argumenta la impugnación que tiene "contextos de manifiesto aleccionamiento, a más de

presentar el mismo cuadro estereotipado de evidencias de las anteriores deponentes". Con una firmeza "impresionante" empieza diciendo que "ellos tuvieron relaciones sexuales porque *yo los vi*". Es una afirmación sorprendente que se va disolviendo con el contrainterrogatorio y el testimonio, como los anteriores, se vuelve hetéreo, fantástico para terminar "en el aleccionado comentario". En efecto, puntualiza la acusación, la deponente explica que se dio cuenta de las relaciones sexuales porque por casualidad se encontraba con Socorro, unas veces cuando salía del hotel o apartamento. Sin embargo, dice la censura, del proceso no aparece porqué la testigo frecuentaba el sector del apartamento, no vivía ni trabajaba por allá, ni explicó porqué su curioso acercamiento precisamente cuando Luz y Alberto salían del apartamento. La única explicación es que hubo "un sospechoso encuadramiento testimonial": unos porque acompañaban a la nerviosa Luz y ésta porque coincidencialmente pasaba cuando Luz y Alberto salían del apartamento. Si el intérprete para allá, por si algo sucedía supiera donde localizarla. Pero cómo la localizaría si no sabía la dirección ni quien su dueño, nota la censura. Deducir de que ella le dijo que iba para allá, las relaciones sexuales es un error interpretativo. Del trato de Alberto a Luz durante el embarazo, "resultó más generosa la testigo y más pródiga en regalos, dinero, ropas y alimentos" que las hermanas de la demandante, versión que obedece a la fantasía y evidencia "un real aleccionamiento", por lo que no merece ninguna credibilidad, que el Tribunal sí le dio.

Distintos de los testimonios individualmente analizados, en la sentencia impugnada no hay ninguna otra referencia como apoyo de lo resuelto. Luego si ellos son el único soporte del pronunciamiento y se ha demostrado que no comportan hecho alguno de los hipotetizados por los numerales 4o. y 5o. del artículo 6o. de la Ley 75 y las consecuencias de esas hipótesis son las que ha declarado el Tribunal determinando la paternidad extramarital del demandado, síguese que su evaluación o interpretación ha sido errada, incurriendo ahí el tribunal en error de hecho manifiesto, que lo condujo al quebranto de las nombradas normas. Por tanto, remata la censura, la sentencia debe casarse y en sede de instancia pronunciar la que en derecho corresponda de acuerdo con el sentido del artículo 375, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones de la Corte:

10. En el libelo incoatorio se ve con claridad, que algunos de los hechos invocados como configurativos de la presunción de filiación paterna

extramatrimonial, son haber existido relaciones sexuales entre Luz del Perpetuo Socorro Zapata y Alberto de Jesús Toro Montes "en forma continua desde el día 10 de enero de 1985, hasta el 20 de marzo de 1986, ..." (hecho 1, fl. 3, c. 1), de manera que habiendo ocurrido el nacimiento de Paola Andrea Zapata el 29 de agosto de 1986, padre suyo es quien en aquélla época mantuvo las relaciones sexuales con la madre, esto es Alberto de Jesús Toro Montes. De la fecha del nacimiento se deduce, según el artículo 92 del Código Civil, la época de la concepción. Por tanto, si los medios probatorios idóneamente incorporados dan pie para deducir con seguridad que entre el 10 de enero de 1985 y el 20 de marzo de 1986 hubo las dichas relaciones, la deducción necesaria es dar por demostrada la procreación paterna implorada, conforme con lo dispuesto por el artículo 4o. de la Ley 45 de 1936 en la redacción que le da el 6o. de la Ley 75 de 1968, ordinal 4o., relaciones que de acuerdo con el inciso de este ordinal pueden inferirse "del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad".

El trato personal y social entre la madre y el presunto padre, constituye, pues, un hecho indicador de las relaciones sexuales, pero como de la regla brota diamantinamente, en cuanto haya sucedido dentro de ciertos y precisos contornos que permitan sacar la inferencia con seguridad y no cuando meramente sirvan para una hesitación quizá cierta.

En efecto. Es obvio entender que dicho trato puede ir paralelo con las relaciones sexuales, esto es coincidir si no con todo el periodo en que pudo ocurrir la concepción, sí con parte de él. Mas no necesariamente tiene que coincidir con la época de la concepción. Lo cardinal es el deber del Juzgador de estimar dicho trato "dentro de las circunstancias en que tuvo lugar" y "según sus antecedentes", además de "tener en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad".

Las circunstancias en que el trato personal y social tuvo lugar, conforma advertir la manera como la madre y el presunto padre se trataban, si en forma pública o clandestinamente de modo que solo personas allegadas a la pareja o a uno de ella pudieran conocer el trato. Luego en cada caso es obligado para el fallador tomar en consideración las particularidades del medio, el lugar y el tiempo del trato, evaluando por supuesto los hechos que antecedieron a ese trato, supóngase que no fueron a la vista de los parientes de la madre por oponerse a la relación, amén de valorar la índole del trato, esto es si en verdad

constituye conducta de afecto especial, lo cual significa de contera advertir la clase social de las personas, así como si fue un comportamiento que indique la existencia de actos íntimos de la pareja y si dadas las circunstancias fue un comportamiento que se sucedía ininterrumpidamente durante determinada época o lo fue esporádicamente o al presentarse conocidas oportunidades.

Es incuestionable desde luego que el trato personal y social que con esas exigencias dése por demostrado, tiene que apuntar a que existieron las relaciones sexuales en la época en que según la fecha del nacimiento ocurrió la concepción.

El trato personal y social plenamente demostrado, sirve para colegir las relaciones sexuales y demostradas éstas en la época de concepción, son ellas la circunstancia o antecedente para deducir la paternidad extramatrimonial. Hay entonces una cadena de hechos que deben aparecer con seguridad demostrados, para inferir la procreación paterna: el trato personal y social que demuestra las relaciones sexuales y que éstas sucedieron en la época en que según la fecha del nacimiento ocurrió la concepción, y de allí la presunción de paternidad.

Examinados los testimonios cuya apreciación objetiva le censura el demandado al tribunal, examen que como lo manda el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil tiene que hacerse individual y conjuntamente tanto entre sí como con los demás medios de convicción, no se advierte que el *ad-quem* omitiera analizar las circunstancias en que el trato entre Luz del Perpetuo Socorro Zapata y Alberto de Jesús Toro Montes sucedió, pues advierte que por ser casado el segundo el trato no fue del conocimiento de todos, sino de las hermanas de la madre y de persona a ésta muy allegada, teniendo en cuenta que anteriormente existió cierta amistad entre la pareja, por razones laborales, que el trato por su forma y en el lugar que sucedió, supone la intimidad entre el hombre y la mujer, y que ocurrió hasta cuando la madre exigió el reconocimiento de la hija. Esas consideraciones las sacó el tribunal de lo contado por los testigos, no de hechos supuestos en la valoración, unidas a la estimación con la prueba científica.

De otro lado, y para admitir el error que se enrostra al sentenciador, la omisión objetiva que se denuncia, no emerge a simple vista. Para encontrarla, si existiera, sería indispensable un examen pormenorizado, detenido y de revaloración, lo que quiere decir que el error de hecho por suposición de que se acusa la sentencia, no es evidente, careciendo por ende de una de las

exigencias necesarias para que el error de hecho sirva de sustento al quiebre de la sentencia.

11. De otros hechos del acto introductorio de parte aparece que se invocó también el trato personal y social que el presunto padre dio a la madre "durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos" que por sus características ciertamente indique la paternidad, según el ordinal 5o. del citado artículo 4o. de la Ley 45 en la estructura que le da el 6o. de la Ley 75 (hecho 4, fl. 4, c. 1).

Exige aquí el legislador que el trato personal y social lo haya dado el presunto padre a la madre "durante el embarazo y parto" y que por la forma como se dio indique sin dubitación la admisión de paternidad. El trato debe aparecer establecido con hechos de tal entidad que no dejen ninguna duda de su existencia y que por el modo como ocurrió, demuestran el reconocimiento de la procreación.

El antecedente o circunstancia de la deducción de paternidad es, entonces, el trato personal y social que el presunto padre dio a la madre durante el embarazo y parto. Mas dicho trato tiene que estar demostrado con hechos que indiscutiblemente lleven a la convicción de que se ha dado por admitirse la paternidad.

Examinados también los testimonios en que afirma la censura el tribunal supuso que relatan hechos fidedignos que devienen en el trato personal y social del demandado a Luz del Perpetuo Socorro Zapata durante el embarazo y parto de ésta, tampoco se advierte que haya supuesto hechos de esa entidad, como que los testigos dicen que durante el embarazo el reo estuvo atento a la salud de la madre de Paola Andrea, que aunque no fue a la clínica donde la madre dio a luz, estuvo pendiente del nacimiento.

De manera que no se ve el error que por este aspecto se denuncia. Y de existir sería necesario también un análisis de depuración de los testimonios, o sea que no hiere al ojo y, por eso, no es evidente.

12. Adicionalmente tiene que decirse que la reiterada acusación de la censura de que los testigos fueron aleccionados y de que son parciales por parentesco con la madre de la demandante, es de tomarla con la observación de que a las audiencias de recepción de los testimonios asistió al demandado por

intermedio de su procurador judicial, contrainterrogó y tan solo una testigo fue tachada de sospecha por su relación familiar, Luz Marina Alzate de Zapata (fl. 4v., c. 3), actitud que le resta eficacia a la acusación.

Conduce lo discurrido a la improsperidad del ataque.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 25 de marzo de 1992 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Tercera de Decisión de Familia- en este proceso especial de investigación de paternidad extramatrimonial promovido por Paola Andrea Zapata por intermedio de su madre LUZ DEL PERPETUO SOCORRO ZAPATA, contra ALBERTO DE JESUS TORO MONTES.

Costas del recurso extraordinario a cargo del demandado recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

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

CONGRUENCIA / DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS / PROVIDENCIA JUDICIAL / SENTENCIA

El erigir la disonancia como causal de casación en el artículo 368-2 del Código de Procedimiento Civil, el legislador dijo que ella ocurría cuando "la sentencia" no era armónica con las pretensiones o las excepciones. Habló entonces de "la sentencia" en general y no específicamente de la "parte resolutiva" como sí lo hizo en la causal tercera de casación que se da cuando la sentencia en su parte resolutiva contiene disposiciones contradictorias.

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Ataque todos los Fundamentos

Se observa el defecto de técnica, cual es el de no haberse combatido por el casacionista todas las conclusiones en que se apoya el fallo impugnado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil. - Santafé de Bogotá D.C., veintitres (23) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Dr. Eduardo García Sarmiento*

Expediente 3883 Sentencia No.50

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 3 de abril de 1990 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por BANCO CAFETERO frente a COMPAÑIA DE SEGUROS TEQUENDAMA S.A.

I. Antecedentes:

1. Mediante libelo presentado el 9 de febrero de 1979, que por reparto correspondió al Juzgado 9o. Civil del Circuito, el Banco Cafetero, establecimiento bancario constituido como Empresa Comercial e Industrial del Estado, demandó a la sociedad de SEGUROS TEQUENDAMA S.A., para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Que se declare que Seguros Tequendama S.A. incumplió la obligación que, como Aseguradora asumió con el Banco Cafetero, como beneficiario principal o título oneroso, cuya fuente se encuentra en la póliza de seguros contra casco número 00085, expedida por la sociedad demandada el 17 de diciembre de 1976 y complementada mediante anexos distinguidos como números 1, 2 y 3, los tres últimos de fecha 12 de enero de 1977.

"*Segunda.* Que, en consecuencia, se declare o decrete la resolución del mencionado contrato de seguro.

"*Tercera.* Que, en consecuencia, se declare a Seguros Tequendama S.A. civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el Banco Cafetero, en razón del incumplimiento del contrato de seguros a que se refiere el hecho primero de esta demanda.

"*Cuarta.* Que, en subsidio de las dos anteriores (segunda y tercera pretensión), y como consecuencia de la primera declaración impetrada (primera pretensión), se declare que Seguros Tequendama S.A. es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el Banco Cafetero, en razón del incumplimiento del contrato a que se refiere el hecho primero de esta demanda.

"*Quinta.* Que, como consecuencia de las pretensiones de declaración principales o subsidiarias contenidas en los apartes anteriores (primera a cuarta), se condene a Seguros Tequendama S.A. a indemnizar los perjuicios por daño emergente y lucro cesante sufridos por el Banco Cafetero, en la cuantía que se demuestre en el curso de este

proceso, en razón del incumplimiento del contrato a que se refiere el hecho primero de esta demanda.

"*Sexta*. Que, en subsidio de todas las pretensiones anteriores (primera a quinta), se declare que Seguro Tequendama S.A., debe cumplir, en favor del Banco Cafetero, el contrato de seguros a que se refiere el hecho primero de este libelo, y como consecuencia de tal declaración, se condene a Seguros Tequendama S.A. a pagar al Banco Cafetero la cantidad de tres millones quinientos cincuenta mil pesos ($3'550.000.oo) moneda corriente, prevista como suma asegurada en la Póliza de Seguros de Casco número 00085 y, adicionalmente, se condene a la demandada a la "indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador", en los términos y para los efectos previstos en el segundo inciso del artículo 1080 del Código de Comercio.

"*Septima*. Que, en subsidio de la condena al pago de la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador que acabo de impetrar, se condene a Seguros Tequendama a pagar al Banco Cafetero, sobre la suma de tres millones quinientos cincuenta mil pesos ($3'550.000) intereses a la tasa del dieciocho por ciento anual (18%), desde el 27 de mayo de 1977, fecha en que objetó el seguro, hasta que el pago se efectúe, todo en los términos y para los efectos del primer inciso del artículo 1080 del Código de Comercio.

"*Octa a*. Que, se condene a la Sociedad demandada al pago de las costas del presente proceso".

2. Las súplicas referidas se hicieron descansar en los hechos que a continuación se indican:

"1. Según consta en la Póliza de Casco No. 00085, expedida por Seguros Tequendama S.A. el 17 de diciembre de 1976 y en la cual figuran como asegurados el 'Banco Cafetero y/o Nelson Pérez Jiménez', la mencionada aseguradora amparó la Moto Nave denominada 'Gangmar', debidamente descrita en dicho documento" contra los riesgos de "Pérdida total real y Pérdida Total Constructiva o Asimilada", nave cuyo valor comercial, al tenor de la póliza, era de siete millones doscientos ochenta mil pesos ($7'280.000.oo) y la cual fue asegurada bajo el acápite que en las condiciones particulares se

denomina 'Suma asegurada', por la cantidad de tres millones quinientos cincuenta mil pesos ($3'550.000.oo), correspondiente a un porcentaje asegurado, según las mismas condiciones particulares, del 48.75% del valor comercial ya señalado.

"2. Posteriormente, y según anexos 1, 2 y 3, expedidos en fecha 12 de enero de 1977 y cuyo original, al igual que el de la Póliza, acompañó al presente libelo, Seguros Tequendama concedió los amparos de incendio y de reparaciones y, al tenor de las denominadas condiciones particulares contenidas en la hoja número 3 que, según su mismo texto, 'se adhiere y forma parte integrante de la Póliza de Casco número 00085', se dejó expresa constancia de que 'no obstante lo indicado en la condición 5a. de las condiciones generales de la póliza, el amparo otorgado por la presente póliza cubre la embarcación para navegar entre los Puertos del Océano Atlántico situados en el área del Caribe incluyendo los Estados Unidos de Norte América', condiciones particulares que, de otra parte, bajo el ordinal 4o. de las mismas y en forma igual a como se había previsto en la póliza y en los anexos de incendio y de reparaciones, se designa como 'Beneficiario del Seguro' el Banco Cafetero (San Andrés Islas) y/o Nelson Pérez Jiménez".

"El Banco Cafetero ostenta la Condición de Beneficiario a título oneroso (C. de Co. art. 1141), en razón de sumas que le adeuda el señor Nelson Pérez Jiménez, cantidad que, según se desprende de la certificación expedida por el Banco, la que acompañó a este escrito, asciende, para la fecha de dicha certificación, a la suma de siete millones de pesos ciento cincuenta y tres mil ciento sesenta pesos ($7'153.160.oo) calidad de beneficiario a título oneroso que, dicho sea de paso, es irrevocable (C. de Co. art. 1146) y aceptó Seguros Tequendama aún antes de expedir la póliza, según se desprende de la comunicación que, con fecha 19 de noviembre de 1976, envió el señor Gustavo González Q. a nombre de la Dirección General de Seguros de la Sociedad demandada al Banco Cafetero (Sucursal San Andrés Islas), cuya fotocopia se acompañó bajo el ordinal 4o. de los documentos de esta demanda y en la cual se lee lo siguiente: 'atentamente comunicamos a ustedes que SEGUROS TEQUENDAMA S.A. ha aceptado la solicitud presentada por Nelson Pérez Jiménez para asegurar contra los riesgos de Pérdida

Total, Pérdida Total Constructiva, Incendio y Averías al Vapor M/V. Gangmar de bandera Panameña, cuyos demás datos se encuentran en el formulario de solicitud de seguro sometido a consideración de Seguros Tequendama S.A. El valor asegurado o máxima responsabilidad de Seguros Tequendama por cualquier siniestro amparado por la Póliza es de $3'550.000.oo sujeto a los términos y estipulaciones contenidas en las Condiciones Generales y Particulares del documento y como Beneficiario principal del seguro aceptamos igualmente al Banco Cafetero, Sucursal San Andrés (Islas). Con el objeto de acelerar los trámites del señor Pérez, comedidamente solicitamos a ustedes aceptar la presente nota de amparo provisional hasta tanto sea expedido el documento definitivo'.

"4. Según documentos relacionados bajo los ordinales 6 y 7 del Capítulo de Documentos del presente libelo, Seguros Tequendama recibió del señor Nelson Pérez Jiménez el valor de la prima, en cheques números 051544 y 051545 girados sobre el Banco de Santander, Sucursal de Cartagena, recibos de ingresos varios distinguidos con los números 149672 y 149673 de fecha, ambos, 5 de noviembre de 1976.

"5. La Motonave Gangmar fue totalmente destruida, configurándose el siniestro amparado por la Póliza, en la forma que aparece relatada en los documentos acompañados bajo los ordinales 10, 16, 17 y 18, lo que dio base para que el Banco Cafetero, en su condición de beneficiario principal del seguro, según lo antes relatado, procediera a presentar su reclamación, en la forma que aparece en los documentos acompañados bajo los ordinales, 9, 11, 13 y 14 del Capítulo respectivo.

"6. En comunicación número 965/151 dirigida el 27 de mayo de 1977 al Banco Cafetero por Seguros Tequendama S.A, esta Compañía dice 'objetar la reclamación presentada por ustedes con fundamento en la cláusula 4a. literal b), de las Condiciones Generales del contrato, en concordancia con las normas legales sobre objeto y causa ilícitos', pues -continúa afirmando dicha misiva-, 'según la información recibida por nosotros de la firma ajustadora, al momento de ocurrir la conflagración que destruyó la Motonave Gangmar, se constató ante las autoridades respectivas que lo que transportaba el navío eran productos de ilícito y clandestino comer-

cio que se encuentra prohibido por nuestras leyes', ya que, 'al efectuarse la inspección al barco siniestrado, fueron hallados, por parte de los inspectores, restos de marihuana y, en ninguna parte de los restos de las mercancías transportadas se hallarón residuos de algodón', carta que concluye con la consideración de que 'esta circunstancia nos llevó a tomar la determinación antes aludida (se está refiriendo, a la objeción de la reclamación), pues mal podría el asegurador amparar una nave que está transportando productos prohibidos por la Ley'.

"7. Como el Banco Cafetero no se contentó con la objeción que se transcribe e insistió ante Seguros Tequendama para el reconocimiento de la indemnizacion, la Sociedad demandada manifestó al Banco en comunicación No. 973-0554 de 14 de julio de 1977 que 'producida la objeción, han sido conocidos por el Asegurador una serie de hechos nuevos que nos relevan de la obligación contractual de pagar el valor del seguro contratado al Banco Cafetero, Sucursal de San Andrés, o al señor Nelson Pérez Jiménez', hechos que consisten, al decir de Seguros Tequendama, en que no se había concluido el proceso para matricular el barco en Colombia, con las consecuencias que ella atribuye a tal afirmación, así como que 'en la solicitud de seguro figura como propietario de la nave el señor Nelson Pérez Jiménez', afirmación que para la demandada 'no es cierta', premisas éstas que la llevan 'por las razones expuestas anteriormente (transcribo sus propias palabras) que implican manifiesta violación a la cláusula 4a. ordinal "d", del contrato de seguro y de las normas legales vigentes', a insistir en que 'Seguros Tequendama S.A. ratifica su posición de no atender la reclamación presentada por conducto del Banco Cafetero'.

"8. Refiriéndose en primer lugar a la última comunicación de Seguros Tequendama (No. 973-0554 de 14 de julio de 1977) quiero hacer notar que, si bien es cierto que en el aparte de la solicitud destinado a señalar los 'dueños' de la nave aparece el señor Nelson Pérez Jiménez -como sagazmente lo aduce la sociedad demandada en su carta-, no lo es menos que en el mismo aparte aparece, ostentando idéntica calidad, el Banco Cafetero, cuestión ésta que, de otra parte, resulta absolutamente intrascendente pues, como bien se sabe, la información que los aseguradores buscan en acápites de la solicitud como el mencionado no tiene, en principio, finalidad distinta de

la de conocer el interés asegurable de quienes solicitan el seguro, para no repetir aquí que, como se vio anteriormente al mencionar en el hecho Tercero la carta mediante la cual Seguros Tequendama concedió amparo provisional al Banco Cafetero con fecha 19 de noviembre de 1976 (v. carta número 965/455 acompañada bajo el ordinal 4o. del respectivo Capítulo de Documentos), es absolutamente clara al manifestar que la sociedad demandada 'ha aceptado la solicitud presentada por el señor Nelson Pérez Jiménez para asegurar... la M/V Gangmar, de bandera Panameña, cuyos datos se encuentran en el formulario de solicitud de seguro sometido a consideración de Seguros Tequendama S.A.'.

"Ahora bien: No se ha alegado por Seguros Tequendama que, de haber conocido que el señor Nelson Pérez Jiménez no era el 'dueño' de la nave, no hubiera celebrado el contrato, o habría estado inducida a estipular condiciones más onerosas, en los términos y para los efectos del artículo 1058 del Código de Comercio. Tampoco se ha dicho que yo sepa, que Seguros Tequendama fue inducida por el señor Pérez Jiménez y por el Banco Cafetero al error de pensar que uno y otro eran o iban a ser copropietarios de la nave que fue meses después destruida por el fuego, en circunstancias que, al decir de la demandada en su carta de objeción del 27 de mayo de 1977, resultan suficientemente irregulares, para emplear un eufemismo, como para llevarla a 'tomar la determinación aludida, pues mal podrá el asegurar amparar un navío que está transportando productos prohibidos por la ley".

"9. Circunscribiéndome, en segundo término, a las violaciones de las pólizas alegadas para declinar la reclamación, no se alcanza a percibir que las pérdidas hayan provenido de 'incumplimiento de los reglamentos y de los requisitos oficiales de navegación, especialmente los relativos al transporte de materias inflamables, explosivas, corrosivas o contaminadoras, y deficiencia en la dotación y tripulación indispensables de la nave', como se alega en la carta del 14 de julio pasado, o que tenga que ver el Banco Cafetero en la 'baratería del capitán o patrón de la nave, o de la tripulación, bloqueo, contrabando, comercio clandestino o prohibido, confiscación o multa por orden judicial, asonada, motín o sedición, huelga, rebelión o acontecimientos semejantes', como se alega en la carta del 27 de mayo anterior.

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 dijo estarse a su prueba. Asimismo propuso las excepciones que llamó nulidad relativa del contrato de seguro, por reticencia; inexistencia de la obligación de pagar, por violación de leyes y reglamentos; inexistencia de la obligación de pagar por no reunir la reclamación de los requisitos legales; inexistencia de la obligación de pagar, por no haber demostrado el asegurado o beneficiario la ocurrencia del siniestro; pérdida parcial y no total haber abandonado la nave sin autorización de la compañía; Coaseguros y sobreseguro; compensación en $150.875..oo valor del segundo instalamento de la prima; prescripción; perturbación atmosférica; culpa de la víctima; falta de interés; falta de legitimación; falta de integración del contradictorio; falta de clasificación de la nave; contrato no cumplido; caducidad y cualquier otra que resulte probada.

4. Simultáneamente, presentó demanda de reconvención, a través de la cual suplica estas declaraciones y condenas:

"1a. Que hubo reticencia o inexactitud en la solicitud para seguros de cascos formulada por Nelson Pérez Jiménez y Banco Cafetero a Seguros Tequendama S.A., fecha S.A.I. (San Andrés Islas) noviembre 5/76.

"2a. Que con base en tal solicitud y declaraciones allí indicadas, Seguros Tequendama S.a. expidió la póliza de Casco No. 00085 con sus correspondientes anexos de incendio y reparaciones.

"3a. Que, como consecuencia de las dos declaraciones anteriores o de unas semejantes, se declare que es nulo relativamente el seguro de casco y sus anexos de incendio y reparaciones en la Póliza de Casco No. 00085 que ampara la M/V GANGMAR, valor comercial $7'280.000.oo, porcentaje asegurado 48.75% suma asegurada $3.550.000.oo, beneficiario del Seguro: Banco Cafetero (San Andrés Islas) y/o Nelson Pérez Jiménez, suscrita en Bogotá y San Andrés a 17 de diciembre de 1976 y los anexos de incendio y reparaciones suscritos el 12 de enero de 1977.

"4a. Que en consecuencia se declare rescindido el contrato de seguro contenido en la Póliza de Casco No. 00085 relacionada en la petición anterior y por tanto libre Seguros Tequendama S.a. de cualquier obligación que hubiere podido contraer en razón del citado contrato de seguro.

"5a. Que Seguros Tequendama S.A. puede retener a título de pena, la totalidad de la prima.

"6a. Se condene a los demandados solidariamente a pagar a Seguros Tequendama S.A. el valor de los perjuicios que le ocasionaron, cuya cuantía se demostrará en el curso del proceso o en la actuación posterior. Si se hiciere condena in genere.

El pago de estas sumas deberán hacerlo los demandados a más tardar dentro de los cinco días siguientes al de ejecutoria de la sentencia o de la ejecución del auto aprobatorio, si se hiciere condena in genere, o dentro del término que al efecto se fije en la sentencia.

"7a. Se condene a los demandados al pago de las costas y costos del proceso".

5. El fundamento de hecho de las anteriores súplicas, se hicieron consistir, básicamente, en la expedición de la póliza por parte de Seguros Tequendama S.A. y el recuento de las circunstancias que hacían relativamente nulo el contrato de seguro por la conducta del asegurado.

6. En su respuesta el Banco Cafetero se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la contrademanda. Negó los hechos en que se fundamentaron y pidió se tuvieran como pruebas las pedidas tanto en la demanda principal como en la contestación de ésta.

7. Es de advertir que al proceso se ordenó la vinculación de Nelson Pérez Jiménez, quien en oportunidad recibió notificación personal de los autos admisorios y en tiempo dio respuesta al libelo de reconvención.

8. Tramitado el proceso, el Juzgado 9o. Civil del Circuito de Bogotá le puso fin a la instancia por sentencia de 29 de febrero de 1984 en la que proveyó:

"1o. CONDENAR a la demandada SEGUROS TEQUENDAMA S.A. a pagar a la entidad demandante el valor del seguro, vale decir, la cantidad de TRES MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($3'550.000.) moneda corriente, junto con los intereses moratorios del dieciocho por ciento (18%) anual, a partir del veintisiete de mayo de mil novecientos setenta y siete (1977), suma que podrá hacer efectiva el BANCO CAFETERO dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"2. NIEGANSE en consecuencia las demás peticiones del libelo inicial y DECLARANSE no acreditadas ninguna de las excepciones perentorias formuladas por el extremo pasivo.

"3. DESESTIMAR las pretensiones de la demanda de reconvención instaurada por SEGUROS TEQUENDAMA S.A. contra el BANCO CAFETERO y NELSON PEREZ JIMENEZ y de consiguiente ABSOLVER a éstos de los cargos que se les formularon.

"4. CONDENAR a SEGUROS TEQUENDAMA S.A. en las costas de la demanda inicial y la reconvención. Tásense".

Apelado el pronunciamiento por demandante y demandada, el Tribunal mediante sentencia de 3 de abril de 1990, resolvió:

"*Primero*. Revocar la sentencia pronunciada por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso ORDINARIO instaurado por el BANCO CAFETERO contra la Empresa Seguros Tequendama SA.

"*Segundo*. Declarar probada la excepción de terminación del contrato de seguro antes de la ocurrencia del siniestro.

"*Tercero*. Disponer que el asegurador restituya la parte no devengada de la póliza.

"*Cuarto*. Negar las súplicas de la demanda de reconvención y la condena en perjuicios solicitada en contra del demandante.

"*Quinto.* Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante".

II. Fundamentos de la sentencia impugnada:

9. Luego del consabido recuento de los antecedentes del litigio -origen de la relación material que trabó a las partes aquí en conflicto, reclamación que formuló el Banco Cafetero ante la jurisdicción en tutela del derecho que dice tener, réplica de la parte demandada a las aspiraciones de la actora, pronunciamiento del *a quo* y resumen de los alegatos de las partes en la alzada- el *ad quem* inicia el estudio del recurso expresando que comparte las conclusiones sobre el cumplimiento de todas las premisas de procedibilidad de la acción y la idoneidad del proceso para culminar con sentencia que ponga fin a la incertidumbre de los derechos, originada en la indefinición del estado de la relación que vincula a las partes.

9.1 Paralelamente, ubica la controversia dentro de la institución del contrato de seguro, la cual -afirma- le permite juzgar el episodio negocial al amparo de unas reglas definidas sin mezclar elementos extraños. Para el efecto señala que hay íntima relación entre las disposiciones del Título V, Libro IV, del Código de Comercio y el Título XIII, Libro V del mismo, por tratar el asunto de un seguro marítimo.

9.2 Precisa que por contener el recurso un inventario de censuras, no siempre bendecidas con la coherencia y el rigor necesarios para un adecuado entendimiento de los fines que con él se persiguen, intenta articular los diversos reclamos contra el fallo, agrupándolos según la presencia de factores aglutinantes que aspiran alguna finalidad y permitan el escrutinio de las censuras a la luz de las normas que regulan materias como la reticencia del tomador, la preservación del estado de riesgo y la presunta violación de las garantías implícitas.

9.3 "La existencia del contrato de seguro -sostiene- no mereció reparo alguno para el fallador de la instancia anterior. Si bien la demandada cuestionó la falta de pago de la prima, en el proceso se demostró, folios 47 y 48 del cuaderno número 3, que el pago fue total. Además el recurso no contiene ninguna censura contra la decisión que dio por probado el contrato de seguros".

Con esta introducción, el Tribunal se detiene a establecer si el referido contrato está contaminado por alguna causa que lo invalide o que desquicie su imperio sobre la voluntad de las partes.

9.4 Para el efecto señala que la primera acusación que se formula contra el convenio, es la de que se halla viciado de nulidad relativa por haber incurrido el tomador en reticencias de tal entidad, que fueron determinantes para que el asegurador prestara su consentimiento.

Dice entonces, que de los eventos expresados por el censor demandado como constitutivos de reticencia, es necesario separar aquellos episodios sobrevinientes que sugieren factores de agravación del riesgo, así como necesario también, escindir claramente los factores constitutivos de violación de las garantías implícitas y las circunstancias puramente marginales que son impertinentes para atacar la vigencia del contrato del seguro.

A renglón seguido señala las que, a su juicio, son circunstancias que no constituyen reticencia, ni tienen la virtualidad de afectar la nulidad relativa el contrato.

La primera de ellas -la condición de propietario que el tomador se atribuye- dice, no puede juzgarse como de incidencia fundamental para que el asegurador preste su consentimiento, cambie la cuantía de la prima o se reduzca el amparo. Por lo dicho, la inexactitud sobre este particular resulta intrascendente, debiendo agregarse la ausencia de propósito de engañar en el obrar del tomador, ya que en verdad tenía vocación de propietario y si bien la ausencia de solemnidades le impidió consolidar dicha calidad, hay vestigios en el proceso que indican cómo el tomador desarrollaba los actos preparatorios para constituirse dueño del Gangmar e inclusive esa titularidad del dominio resulta relevante, cuando hay equívoco en cuanto a las calidades de la persona, como en el evento de haberse demostrado que el verdadero dueño del Gangmar por sus antecedentes de piratería o aventura contribuyó como factor adicional del riesgo, digno de ser tenido en cuenta por el asegurador al momento del contrato. Si la compañía aseguradora -continúa- prodigó el amparo en el entendimiento de que Nelson Pérez Jiménez era el dueño del barco, aquél siempre se com-

portó como dueño, operó el barco y el siniestro sobrevino bajo su tutela.

La segunda -la circunstancia de que quien pretende vender el barco a Nelson Pérez Jiménez- tampoco era dueño del mismo, se desecha, no es de recibo, nota, con fundamento en la argumentación que sirvió de piso a la anterior objeción.

La tercera -reticencia al informar que el barco estaba matriculado en la República de Panamá- las pruebas indican que estuvo matriculado allí pero su matrícula fue cancelada, por lo que desaparece el sustento de la acusación.

La cuarta -el tomador informó sobre el tonelaje erradamente, pues lo presentó como si fuera de mayor capacidad-, no puede ser tomada como agravación del riesgo, pues por el contrario, si la capacidad real del barco era menor que la declarada, seguramente podría dar lugar a reducción de la prima, más no a que la aseguradora se abstuviera de extender el amparo.

-El valor del barco, con el argumento de que era mayor o menor del declarado- subordina este aspecto el fallador, no hay prueba en el proceso del divorcio ostensible entre el valor declarado y el valor real, y si bien se han insinuado varios valores, corresponden a épocas diversas y para propósitos diversos.

"No obstante que la Sala se ha detenido a examinar en detalle -prosigue el *ad quem*- las circunstancias presuntamente constitutivas de reticencia, en verdad la interpretación del artículo 1058 del C. de Co. las descalifica como tales. Para tal norma hay reticencia cuando lo omitido o falseado incide de tal modo que el asegurador se hubiera retraído de celebrar el contrato si no mediara el encubrimiento de circunstancias de agravación objetiva del riesgo. Como puede verse, no se trata de cualquier tipo de circunstancias sino sólo de aquellas constitutivas de *agravación objetiva del riesgo*. Cuando el asegurador involucra en el cuestionario que somete al tomador, circunstancias inconexas con el riesgo, está indagando seguramente sobre detalles accesorios, que según el parecer unilateral del asegurador son importantes, pero que vistos *objeti·amen-*

te no agravan el riesgo. Este nace de la naturaleza y estado de las cosas, más no de la voluntad unilateral del asegurador. Todo lo anterior para explicar que aquellas circunstancias que caprichosamente involucra el asegurador en el cuestionario, pueden constituir *agravación subjetiva* creada o artificial más nunca agravación objetiva del riesgo" (Subrayas del Tribunal).

9.5 Más adelante se expresa así en torno a la excepción que propuso el asegurador con causa en la reticencia o inexactitud del beneficiario del seguro.

"Para cerrar las reflexiones sobre la reticencia es necesario afirmar que si bien puede oponerse al beneficiario del seguro, comporta un alto grado de injusticia en este caso, pues el Banco Cafetero comprometió sus intereses inducido por el propio asegurador que le solicitó admitir el amparo provisional, haciéndole creer que el seguro estaba contratado en condiciones normales. En suma con su comportamiento desidioso al no verificar la exactitud de la información, el asegurador indujo al banco a otorgar el crédito y no puede ahora privilegiarse de su propia negligencia. La profesionalidad exigible a la institución aseguradora le imponía un deber especial, para que ante el beneficiario no se presentara un seguro contaminado con el germen de la nulidad originado en la incuria del asegurador.

"Concluyese de lo dicho que no hubo reticencia ni inexactitud y que en este caso particular el asegurador no es llamado a oponer dicha excepción al beneficiario del seguro".

10. Seguidamente y con el título "LAS GARANTIAS IMPLICITAS", se refiere a que hay una serie de circunstancias concomitantes al siniestro, que no obstante haber sido presentadas como de agravación del riesgo unas veces y otras como constitutivas de reticencia, la Sala las examina no ya bajo la reglamentación propia de aquellos fenómenos, sino a la luz de las normas propias de las garantías.

10.1 Para el efecto, luego de transcribir el art. 1721 del C. de Co. y señalar que el precepto describe dos situaciones: la primera de ellas, en cuanto atañe a que el planeamiento y diseño de la expedición sea

legal, es decir que se sujete a las leyes tanto generales como específicas que orientan la actividad náutica, y la segunda se ocupa de que la expedición se desarrolle con sujeción a la ley, sienta estas reflexiones:

Determina cuándo hay expedición marítima y sostiene "está demostrado plenamente que en el proceso que el Gangmar inició una travesía con destino al Puerto de Colón en la República de Panamá, travesía que concluyó con desgracia para el barco pero muy lejos de su destino y fuera de su ruta. Déjase claro, que el Gangmar inició una expedición marítima y que ésta como tal es objeto del seguro marítimo regulado de modo específico por el Título XIII, Capítulo I, Libro V del C. de Co.".

Definido que el episodio debe juzgarse a la luz de las normas especiales del seguro marítimo, que hubo expedición y que las circunstancias que se describieron a lo largo del proceso como reticencia, ciertamente son violación de las garantías implícitas, específicamente las consagradas en el art. 1721 del C. de Co., es destacar, razona el *ad quem:*

El pasavante no sirve para retornar al extranjero, sino tan sólo para que la nave llegue al puerto colombiano elegido para su matrícula. Por ello, el permiso que se obtuvo para que la nave viajara con destino a Astilleros de Panamá con el propósito de recibir reparaciones, conduce a una nueva transgresión, ya que resulta ilegal que el barco cambiara su rumbo y se dirigiera con destino a un puerto de los Estados Unidos de Norteamérica. Y si bien la póliza no contiene la indicación específica de un puerto de partida o de llegada, la propia limitación consignada en la autorización de zarpe en la ruta Cartagena-Colón, comporta desviación inexcusable sancionada con terminación del contrato, según lo preceptúa el art. 1725 del C. de Co.

Probado está, que la persona que se acreditó como capitán no tenía licencia.

La regla 1506 del C. de Co. exige licencia a la tripulación, y está probado que ninguno de los tripulantes poseía licencia para las funciones que desempeñaba.

La autorización expedida por la Dirección Marítima y Portuaria sólo comprendía la ruta Cartagena-Colón, República de Panamá.

Se cargó el barco sin autorización.

Al obtenerse la autorización de zarpe, se dijo ir sin carga y sí llevaba carga.

El barco no tenía capitán de altura, porque se cambió al capitán sin permiso y por ausencia de patente.

Infiere entonces el sentenciador:

"De lo dicho anteriormente se extrae como conclusión, que es bastante notoria la ilegalidad de la expedición emprendida lo que de suyo comporta violación de la garantía implícita descrita en el art. 1721 del C. de Co., desencadenándose como consecuencia la terminación del contrato desde el momento en que sobrevino la infracción de la garantía como lo prescribe el art. 1061 del C. de Co. Como el siniestro sucedió en desarrollo de tal expedición ilegal iniciada el tres de febrero de mil novecientos setenta y siete, no estaba amparada por seguro alguno, ya que claramente la norma contenida en el art. 1061 del C. de Co. prescribe que la terminación del contrato originada en violación de las garantías tiene efecto desde el acaecimiento del hecho constitutivo de la violación".

10.2 A continuación precisa los sujetos a quienes afecta la terminación del contrato. "Solo por abundar, afirma la Sala, que la terminación sobrevenida con ocasión de la violación de las garantías, afecta íntegramente el contrato, comunicando los efectos a todas las partes e interesados. No queda a salvo la posición del banco beneficiario, pues al suscribir la póliza en forma conjunta con Nelson Pérez Jiménez responsable de la ilicitud de la expedición, comparte con él la desventura del contrato. En rigor no hay exceso en predicar que el beneficiario del seguro, adopte al momento de asumir tal calidad las providencias necesarias para la preservación del contrato. Es decir, la subsistencia del contrato dependía en este caso de la conducta del operador de la nave, que le imponía no violar las garantías y bien pudo ejercer un control sobre la actividad de aquél, o exigirle otra garantía adicional. No es ajeno el

beneficiario a la suerte del contrato, pues siendo la garantía implícita y teniendo abrevadero en la ley, no podía ignorarla...".

Concluye que debe revocarse totalmente la sentencia recurrida, para en su lugar negar las súplicas de la demanda en su totalidad. Igualmente, decretar la terminación del contrato propuesta como resolución por la demandada, condenando al asegurador a revertir la parte no devengada de la prima, conforme con el art. 1060 del C. de Co., por su estrecha afinidad con lo decidido.

III. La demanda de casación:

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el tercero por la causal segunda y los restantes por la primera, los cuales serán estudiados en el orden lógico, o sea, con prioridad el atinente al yerro *in procedendo* y luego los relativos al yerro in judicando, éstos conjuntamente.

Cargo tercero:

Por éste se acusa el pronunciamiento del Tribunal "por no estar la sentencia acusada en consonancia con las pretensiones de la demanda que dio origen al proceso".

11. En su desarrollo se afirma:

Según se lee en la demanda que dio inicio al presente proceso, el Banco Cafetero solicitó como pretensiones la declaratoria de incumplimiento del contrato de seguro, la resolución del mismo con indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento en subsidio de la anterior y en subsidio de las anteriores, el cumplimiento del contrato con la respectiva indemnización moratoria.

11.1 La sentencia de primera instancia acogió la última de las pretensiones contenidas en la demanda (numeral primero de la parte resolutiva) y negó las demás peticiones del libelo inicial (numeral segundo de la parte resolutiva).

Con ocasión del recurso de apelación que interpusieron ambas partes, el Tribunal al proferir el fallo de segundo grado, se limitó a revocar la sentencia de primera instancia (véase el punto primero de la parte resolutiva), revocatoria que como es obvio comprende todos los numerales que la componían, porque no se hizo reserva alguna sobre el particular.

11.2 Para el punto que quiero destacar, señala el censor, fue revocado el numeral 1o. que acogía la última pretensión de la demanda, pero fue revocado, también el numeral 2 que negaba las dos pretensiones principales, razón por la cual estas dos no fueron objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia de segundo grado.

"El Tribunal, ha podido revocar lisa y llanamente, el numeral 1o. de la sentencia apelada, confirmar los numerales restantes con lo cual la sentencia de segundo grado habría tenido una manifestación clara y expresa sobre las pretensiones. Pero al revocar toda la sentencia, se revocó no sólo el punto que beneficiaba al Banco Cafero, sino el que lo perjudicaba, lo que obligaba al Tribunal decidir expresamente sobre la resolución del contrato de seguro y sobre la indemnización de perjuicios como consencuencia del incumplimiento, que eran precisamente las pretensiones que habían sido denegadas en la sentencia de primera instancia".

Consideraciones de la corte:

12. Afirma, pues, la censura que al revocar el *ad quem* tanto el numeral 1o. como el 2 del pronunciamiento apelado, de modo que al revocar éste que negó las dos pretensiones diferentes de la tercera que se acogió en el citado numeral 1o., dichas dos pretensiones se quedaron sin resolver. Esto es que la sentencia adolecería del vicio de mínima petita por ser omisa en proveer acerca de dos pretensiones.

No es así, sin embargo, porque si bien es cierto que en el numeral 1o. el *a-quo* acogió la pretensión propuesta como subsidiaria de las anteriores, concretamente a que se declarara que la demanda debía cumplir el contrato de seguros y se le condenara por ende a pagar al demandante $3'500.000.oo más intereses moratorios del 18% anual a partir del 27 de mayo de 1977, al revocar el *ad-quem* en su integridad la sentencia apelada y declarar probada "la excepción de terminación

del contrato de seguro antes de la ocurrencia del siniestro", implicó negar dichas dos pretensiones. De modo que si aparentemente al revocar el numeral 2 que negaba esas pretensiones podría pensarse que entonces nada se proveyó en cambio, la verdad es que analizada la sentencia impugnada con ella se revocó lo otorgado por el *a-quo* y se negó todo lo pedido tanto en la demanda inicial como en la reconvención, así no se hubiera dicho que negaba todo lo pedido en aquel título, así se deduce además de lo que se manifiesta en la motivación cuando dice que la sentencia debía revocarse "para en su lugar negar las súplicas de la demanda en su totalidad... Igualmente habrán de negarse las súplicas de la demanda de reconvención..." (fl. 73, c. 7). Luego en estricto el Tribunal proveyó sobre todas las pretensiones para negarlas, lo cual emerge además de la declaración de estar probada la excepción como que ésta impide la prosperidad de las súplicas, o sea que su reconocimiento conducía a la negación de todo lo pedido.

En el punto tiene expuesto la jurisprudencia de esta Corte:

"El principio de la congruencia en los fallos, por el cual toda sentencia debe guardar armonía con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el Código de enjuiciamiento contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas cuando así lo exija la ley, está consagrado diáfanamente en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

"Ese principio, empero no obliga a que exista simetría tal entre la sentencia y las dichas pretensiones y excepciones, que aquélla guarde con éstas conformidad literal. Lo imprescindible es que la decisión recaiga sobre la totalidad de la materia litigada, respetando en absoluto, como lo ha dicho la Corte, los hechos procesales y no alterando la causa petendi.

"... Ahora bien, como la sentencia no está constituida únicamente por la parte resoluti a, sino que se integra también con la motivación, síguese que una resolución contenida en ésta obliga así mismo como parte del fallo, como decisión jurisdiccional. Por tal motivo seguramente, al erigir la disonancia como causal de casación en el artículo 368-2 del Código de Procedimiento Ci il, el legislador dijo que ella ocurría cuando "la sentencia" no era armónica con las pretensiones o

las excepciones. Habló entonces de 'la sentencia' en general y no específicamente de la 'parte resolutiva' como sí lo hizo en la causal tercera de casación que se da cuando 'la sentencia en su parte resolutiva contiene disposiciones contradictorias...'. (Cas. Civ. 24 de abril de 1974 G.J. Tomo 148, pág. 80).

El cargo no prospera.

Cargo primero

Con fundamento en la causal 1a. del art. 368 del C. de Procedimiento Civil denuncia el recurrente violación directa del art. 1061 del C. de Comercio, por interpretación errónea.

13. Para el efecto desarrolla el cargo así:

Precisa el origen de los artículos 1061 y 1062 del C. de Comercio, para cuyo efecto se remonta al texto de los artículos 1957, 1958 y 1959 del Proyecto de Código de Comercio de 1958, como también a la exposición de motivos de la comisión redactora de aquél.

Sostiene que los tres artículos citados vinieron a reducirse en el actual Código en los números 1061 y 1062 del C. de Co., e indica las variaciones que se presentaron entre unos y otros.

Para ello puntualiza la diferencia entre los textos: "Ambos establecen que la garantía debe cumplirse estrictamente, pero dan una consecuencia jurídica adversa a su no cumplimiento o infracción. El proyecto de 1958, establece, en mi opinión, la terminación automática del contrato de seguro y cuando la garantía fue determinante del consentimiento del asegurado la nulidad. El Código de 1971 establece, en cambio, la anulabilidad del contrato de seguro y si la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato de seguro, la terminación del mismo desde el momento de la infracción a opción del asegurador.

"El art. 1061 -continúa- expresa claramente que el *Asegurador podrá dar por terminado* el contrato de seguro desde el momento de la infracción. Es una facultad, que por voluntad del legislador se halla radicada única y exclusivamente en cabeza de la persona que con las

restricciones legales puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.

"La norma atribuye a esa persona denominada asegurador dentro de la relación jurídica establecida con el asegurado en virtud de la celebración del contrato de seguro, la posibilidad de que libremente ejercite (o no ejercite), según su albeldrío, la voluntad de declarar terminado el contrato de seguro, si se quiere aún por la vía de la imposición forzosa. Pero, si el asegurador libremente, no declara terminado el contrato de seguro, ¿podría afirmarse que el contrato de seguro ha terminado? Evidentemente no, porque el asegurador ejercitó la facultad concedida por la ley y no declaró terminado el contrato".

Seguidamente se pregunta, si el asegurador no da por terminado el contrato de seguro, es decir, ejercita la facultad a él concedida en un sentido negativo, ¿podría el juez que conoce del proceso declarar la terminación del contrato? Y responde: no, por cuanto el juez se estaría arrogando una facultad de la cual carece (y él solo puede hacer aquello que le está permitido) y adicionalmente porque al hacerlo estaría en contradicción con la voluntad del asegurador, que libremente optó por no declarar la terminación del contrato de seguro.

Sentadas estas bases, se refiere luego la censura a la conclusión del Tribunal, y advierte: "El Tribunal de Bogotá, interpretó erróneamente la norma, pues independientemente de la consideración de si hubo o no violación de una garantía (punto que no se está analizando ahora) le cambió el sentido o alcance que la misma tiene, en la medida en que creyó que era posible para él motu proprio, dar por terminado el contrato de seguro, sustituyendo la voluntad de una de las partes contratantes, o entendiendo que se trataba de una terminación automática del contrato de seguro (que como ha quedado visto, era la solución del proyecto de 1958) cuando en realidad de verdad, ni la terminación del contrato era automática sino facultativa del asegurador".

En respaldo de su tesis reproduce en lo pertinente, el concepto del profesor J. Efrén Ossa Gómez.

Cargo segundo:

También por la vía directa el recurrente denuncia violación por falta de aplicación de los artículos 1546, 1602, 1613, 1614 del Código Civil; 822, 1080, inc. 3, 1037 numeral 2, 1039 del Código de Comercio y por aplicación indebida de los artículos 1061, 1704, 1721, 1725 del Código de Comercio.

14. En su desarrollo procede así:

Resume en lo pertinente la parte considerativa del fallo *ad-quem*.

Dice que la condición resolutoria de que trata el artículo 1546 del C. C. va envuelta en los contratos bilaterales que regula el Código de Comercio; que todos los principios que la informan, deben ser tenidos en cuenta de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 822 ibídem, y destaca el carácter bilateral que tiene el contrato de seguro.

Reitera lo dicho por la jurisprudencia acerca del carácter supletorio que tienen las leyes que regulan los actos jurídicos frente a la voluntad de las partes que contratan, como también la regla máxima que se debe tener en cuenta al interpretar los contratos.

Precisa las acciones a que da lugar el incumplimiento de las obligaciones acordadas en el contrato y dice que en el presente caso se presentó un incumplimiento de la principal obligación asumida por el asegurador cuando celebró el contrato de seguro, esto es la de pagar la indemnización de perjuicios a la cual tenía derecho el beneficiario al producirse el siniestro o si se prefiere, al realizarse el riesgo amparado por la póliza.

Para el efecto solicitó la resolución del contrato de seguro con indemnización de perjuicios, como pretensión principal, o la indemnización de perjuicios como resultado del incumplimiento, el cumplimiento del contrato de seguro con indemnización de perjuicios como pretensión subsidiaria.

"El Tribunal al proferir la sentencia objeto del recurso -sostiene el censor- dejó de aplicar normas de claro sabor sustancial que de haber-

se aplicado al caso debatido habrían conducido a que se decretara la resolución del contrato de seguro, o se condenara al demandado a indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento o en el peor de los casos a confirmar el fallo de primera instancia".

A renglón seguido afirma: "resolvió el proceso en la segunda instancia, única y exclusivamente, con las normas relativas a las garantías, porque ello... permite juzgar el episodio negocial al amparo de unas reglas definidas sin mezclar elementos extraños" (folio 8 de la sentencia).

"Al proceder así -continúa- se dejó de aplicar el artículo 1546 y el 1602 del Código Civil aplicables al asunto materia de la litis por la remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio, pues el Tribunal no estudió si procedía la acción resolutoria o debía ser rechazada, cual fue la actitud de las partes respecto de la ejecución del contrato de seguro, o si procedía el cumplimiento del contrato, y en fin, si éste constituía o no una ley para las partes".

Más adelante asevera que el Tribunal nada dijo sobre la indemnización de perjuicios reclamada por el incumplimiento o sobre el cumplimiento del contrato y la indemnización moratoria. Que la sentencia nada dijo sobre el tomador como parte en el contrato de seguro, sobre el seguro por cuenta de un tercero y sobre la manera como estas dos normas podrían incidir en el litigio.

"Destaco que el Banco Cafetero -prosigue- ha invocado desde el momento en que se dio inicio al presente proceso su condición de beneficiario preferencial o a título oneroso, según lo denominan los artículos 1141 y 1146 del C. de Co. y que tal condición reconocida por el Tribunal lo hacían titular del derecho a recibir el valor del seguro, una vez ocurrido el siniestro o realizado el riesgo amparado en la póliza.

"Pero de haber aplicado las citadas normas habría llegado a la conclusión de que siendo el tomador la persona que obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos, o en otras palabras siendo una de las partes contratantes del seguro, en caso de que el seguro se hubiere contratado por cuenta de un tercero (en el presente caso por

cuenta del Banco Cafetero), era al tomador y no al beneficiario a quien incumbía el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de seguro".

Agrega que el Banco Cafetero, Empresa Comercial del Estado, no participa en aventuras marítimas y solamente en el ejercicio de su objeto social y dentro de los precisos límites de su capacidad como persona jurídica, aceptó la designación de beneficiario preferencial del seguro de un barco en el cual tenía interés asegurable un cliente que había abierto una carta de crédito.

Finalmente... "Observo que el Tribunal de Bogotá -dice textualmente el recurrente- vio con claridad las cosas pero se quedó corto por la inaplicación de las normas antes citadas, cuando afirmó en la sentencia que '... el Banco Cafetero comprometió sus intereses inducido por el propio asegurador que le solicitó admitir el amparo provisional, haciéndole creer que el seguro estaba contratado en condiciones normales'. En suma con su comportamiento desidioso al no verificar la exactitud de la información, el asegurador indujo al Banco a otorgar el crédito y no puede ahora privilegiarse de su propia negligencia" (pág. 12 de la sentencia).

Seguidamente el censor indica la razón por la cual se produjo el quebranto de los artículos 1506, 1704, 1721 y 1601 del Código de Comercio.

Consideraciones:

15. Frente a los cargos que se despachan, se tiene:

Entre las varias conclusiones a que llegó el fallador *ad quem*, cabe destacar las siguientes:

"... La terminación sobrevenida con ocasión de la violación de las garantías, afecta íntegramente el contrato, comunicando los efectos a todas las partes e interesados. No queda a salvo la posición del Banco beneficiario, pues al suscribir la póliza en forma conjunta con Nelson Pérez Jiménez responsable de la ilicitud de la expedición, comparte con él la desventura del contrato.

"El Banco Cafetero comprometió sus intereses inducido por el propio asegurador que le solicitó admitir el amparo provisional, haciéndole creer que el seguro estaba contratado en condiciones normales. En suma con su comportamiento desidioso al no verificar la exactitud de la información, el asegurador indujo al Banco a otorgar el crédito y no puede ahora privilegiarse de su propia negligencia".

15.1 En otro aparte expresa el *ad quem*: "Con este panorama corresponde revocar totalmente la sentencia recurida, para en su lugar negar las súplicas de la demanda en su totalidad. Igualmente ha de decidirse y decretarse la terminación del contrato, propuesta como resolución por la demandada, condenando al asegurador a revertir la parte no devengada de la prima, aplicando para ello el art. 1060 del C. de Co. por su estrecha afinidad con lo decidido".

Como la censura ataca la sentencia por haber quebrantado directamente por falta de aplicación los artículos 1546, 1602, 1613, 1614 del C. C., 822, 1080, inc. 3, 1037, num. 2, 1039 del C. de Co., y por aplicación indebida los artículos 1061, 1704, 1721 y 1725 del C. de Co., repródúcese lo que ésta afirma, frente a las anteriores conclusiones:

"Destaco que el Banco Cafetero, ha invocado desde el momento en que se dio inicio al presente proceso su condición de beneficiario preferencial o a título oneroso, según lo denominan los artículos 1141 y 1146 del C. de Co. y que tal condición reconocida por el Tribunal lo hacían titular del derecho a recibir el valor del seguro, una vez ocurrido el siniestro realizado el riesgo amparado en la póliza.

"Pero de haber aplicado las citadas normas habría llegado a la conclusión de que siendo el *tomador la persona* que obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos, o en otras palabras siendo una de las partes contratantes del seguro, en caso de que el seguro se hubiere contratado por cuenta de un tercero (en el presente caso por cuenta del Banco Cafetero) era al tomador y no al beneficiario a quien incumbía el cumplimiento de las obligaciones derivadas.

"El Banco Cafetero como empresa comercial del Estado, dedicado sea dicho de paso a los negocios que son propios de los establecimientos bancarios, no participa en aventuras marítimas, y sola-

mente en ejercicio de su objeto social y dentro de los precisos límites de su capacidad como persona jurídica aceptó la designación de beneficiario preferencial del seguro de un barco en el cual tenía interés asegurable un cliente que había abierto una carta de crédito. Esta circunstancia aunada a las anteriores constituían suficientes razones para que no se le desconocieran las pretensiones contenidas en la demanda.

"Observo que el Tribunal, vio con claridad las cosas pero se quedó corto por la inaplicación de las normas antes citadas cuando afirmó en la sentencia que...".

Entonces, como luego de cotejar lo dicho por el Tribunal en su sentencia combatida con el contenido de la censura que a ella hace el censor, fácilmente se advierte que entre los dos extremos hay una sustancial discrepancia: Mientras el fallo señala que la terminación sobrevenida con ocasión de la violación de las garantías afecta íntegramente el contrato comunicando los efectos a todas las partes -incluido el banco beneficiario- ya que al suscribir la póliza en forma conjunta con Nelson Pérez Jiménez, responsable de la ilicitud de la expedición, comparte con él la desventura del contrato, y que la terminación del contrato la declara por haberla pedido la demandada en su solicitud de resolución, el recurrente estima en su lugar que era al tomador y no al beneficiario a quien incumbía el cumplimiento de las obligaciones derivadas, y que en ninguna parte la sociedad llamada al juicio manifestó su propósito de dar por terminado el contrato, cuando el Tribunal, bien o mal entendido, vio esa voluntad en la petición de resolución del contrato, de ello debe seguirse, pues, que como el censor se aparta de las conclusiones a que en el campo probatorio llegó el Tribunal -contemplación jurídica del contrato de seguro y la contrademanda-, la acusación no se abre paso.

Además se obser a otro defecto de técnica en su formulación *cual es el de no haberse combatido por el casacionista todas las conclusiones en que se apoya el fallo impugnado, entre ellas la que extendió los efectos de la terminación sobre enida del contrato por iolación de las garantías, al banco beneficiario.*

Los cargos no se abren paso.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 3 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario del BANCO CAFETERO frente a COMPAÑIA DE SEGUROS TEQUENDAMA S.A.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALA DE CASACION CIVIL
INDICE CRONOLOGICO
DE PROVIDENCIAS A PUBLICAR

PRIMER SEMESTRE DE 1994

Págs.

94-01-21

APELACIÓN \ COMPETENCIA FUNCIONAL \ REFORMATIO IN PEJUS - De cara al recurso de apelación, la competencia funcional del superior no siempre es panorámica o lo suficientemente amplia como para permitirle la revisión total de lo decidido, porque ella está limitada, al menos en lo tocante con las necesidades del recurrente, por el principio de la reformatio in pejus. Este, constituye no sólo una limitación a los poderes de decisión del superior, sino una restricción del objeto sobre el que recae la alzada, y de ahí la exigencia para que en su configuración concurran los siguientes requisitos: a) vencimiento parcial de un litigante; b) apelación de una sola de las partes; c) empeoramiento del fallo para el recurrente único; y d) una reforma que no obedezca a ligamen íntimo con la decisión que sí es materia del recurso. S-No. de Expediente: 004038 del 94-01-21 - No Casa - Tribunal S. Cartagena - "Interamericana S.A. Compañía de Seguros" contra "Empresa Puertos de Colombia "Colpuertos" (Terminal Marítimo de Cartagena). MAGISTRADO PONENTE: DR. Alberto Ospica Botero. FF.: Art. 357 C. de PC.. EXTRACTO #: 002. No. Consecutivo: 001 7

ERROR DE HECHO - Nunca el error de hecho, en cuestión probatoria, puede referirse a la existencia o interpretación de preceptos legales relativos a la producción o mérito de las pruebas, porque entonces el desacierto en que incurriese el juzgador constituiría un yerro de valoración específicamente distinto al de hecho. S-No. de Expediente: 004038 del 94-01-21 - No Casa - Tribunal S. Cartagena - "Interamericana S.A. Compañía de Seguros" contra "Empresa Puertos de Colombia "Colpuertos" (Terminal Marítimo de Cartagena). MAGISTRADO PONENTE: DR. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: G.J.T. CXVI, pág. 115. EXTRACTO #: 003. No. Consecutivo: 001 7

TECNICA DE CASACION \ MEDIO NUEVO \ DERECHO DE DEFENSA - La recurrente cambia la situación fáctica del proceso, circunstancia constitutiva de lo que en la técnica de casación se conoce con el nombre de medio nuevo, inadmisible por cuanto afecta el derecho de defensa de la demandada. S-No. de Expediente: 004038 del 94-01-21 - No Casa - Tribunal S. Cartagena - "Interamericana S.A. Compañía de Seguros" contra Empresa Puertos de Colombia "Colpuertos" (Terminal de Cartagena). MAGISTRADO PONENTE: DR. Alberto Ospina Botero. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 001 8

Págs.

94-01-2

VIOLACION 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 para formar su juicio, o, cuando tampoco exste 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-No. de Expediente: 004045 del 94-01-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Oscar Vélez P. y Cía. Ltda. contra Skandia Seguros de Colombia S.A. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss Igual sentido: G. J. Tomos CXXXII, pág. 193, CXLII, pág. 46, y CLVIII, pág. 187. FF: Art. 368 num. 1 C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 002 20

INTERPRETACION DE LA DEMANDA \ ERROR DE HECHO - Cuando uno o varios hechos afirmados en la demanda inicativa 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 o manifiesto, evidente o que brille al ojo. S-No. de Expediente: 004045 del 94-01-24 - No Casa - Tribunal s. Medellín - Oscar Vélez P. y Cía. Ltda. contra Skandia Seguros de Colombia S.A. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: G. J. Tomo LXVII, 434; CXLII, pág. 200; Casación Civil 22 de agosto de 1989. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 002 20

CONTRATO DE SEGURO - El contrato de seguro es aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona —el asegurador— se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina "prima", dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al "asegurado" los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de "daños" o de "indemnización efectiva", o bien de seguros sobre las personas cuya función, es la previsión, la capitalización y el ahorro. S-No. de Expediente: 004045 del 94-01-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Oscar Vélez P. y Cía. Ltda. contra Skandia Seguros de Colombia S.A. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. EXTRACTO #: 000. No. consecutivo: 002 20

SEGURO DE DAÑO \ SEGURO DE PERSONA - Los seguros de daños consisten en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, mientras que en los seguros de personas a los que por su naturaleza les sea extraño el principio indemnizatorio, dicho objeto lo constituye la suma asegurada en la cual, por regla general y en lo que son su delimitación cuantitativa toca, cumple función preponderante la vocación contractual de los estipulantes. S-No. de Expediente: 004045 del 94-01-24 - No casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Oscar Vélez P. y Cía. Ltda. contra Skandia Seguros

Págs.

de Colombia. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. FE.: Arts. 1088, 1142, 1077 C. Co. EXTRACTO #: 000. No. consecutivo: 002 21

SINIESTRO \ RIESGO ASEGURABLE \ PERJUICIO \ MORA \ INTERESES \ INTERES MORATORIO - Es imperativo distinguir entre la indemnización objeto de la prestación asegurada a que el siniestro da origen, por virtud de un contrato de seguro de daños y aquél otro tipo de reparación de la que es responsable el asegurador por incumplimiento de los compromisos que a su cargo dimanan: la primera, es consecuencia del normal desenvolvimiento del contrato, se deriva de la realización del riesgo asegurado y comprende a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso, al paso que la segunda es el resultado de una situación antijurídica que da lugar a una indemnización moratoria que se fija siguiendo en tesis general las mismas directrices básicas adoptadas por el art. 1617 del C.C. tratándose de la inejecución de obligaciones consistentes en pagar sumas de dinero, es decir expresada dicha indemnización en una deuda adicional por intereses que se deben sin tener en cuenta el daño emergente y el lucro cesante y para cuya exigibilidad basta el solo retardo sin necesidad de requerimiento previo de ninguna clase. / Desde el momento en que principia la mora, o sea a partir del día en que el respectivo débito adquirió exigibilidad por vencimiento del plazo e independientemente de que medie o no fallo judicial o arbitral declarando la responsabilidad del asegurador por incumplimiento, éste último será obligado, junto al pago de la prestación asegurada, a resarcir por daños al asegurado o al beneficiario, y por consiguiente tratándose de una verdadera deuda pecuniaria, a reconocer intereses. S-No. de Expediente: 004045 del 94-01-24 - No casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Oscar Vélez P. y Cía. Ltda. contra Skandia Seguros de Colombia S.A. MAGISTRADO PONENTE: DR. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: G. J: Tomo XLV, pág. 755. FE.: Art. 1088, 1080 C.Co., Ley 45 de 1990. EXTRACTO #: 003. No. Consecutivo: 002. 21

SUMA DE POSESIONES \ PRESCRIPCION ADQUISITIVA \ PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA \ COMUNIDAD \ INTERVERSION DEL TITULO \ SUMA DE POSESIONES-Prueba - La llamada unión, agregación o incorporación de posesiones, institución que consiste en autorizar que el poseedor, si así conviene a sus intereses, complete el tiempo necesario, bien sea para la consumación de una prescripción adquisitiva en curso o ya para abrirle paso a las acciones posesorias de mantenimiento, uniendo al suyo el tiempo de sus causantes o antecesores, desde luego también poseedores. / En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores. / La prueba producida debe ser irrefragable en punto de poner en manifiesto tres cosas, a saber: que aquéllos señalados como sucesores tuvieron efectivamente la posesión exclusiva en concepto de dueño, pública e ininterrumpida durante cada período; que entre ellos existe el vínculo de causahabiencia necesario; y por último, que las posesiones que se suman son sucesivas y también ininterrumpidas desde una perspectiva puramente cronológica. / Para poder sumar a las posteriores la que de aquél heredero se predica, forzoso era empezar por demostrar que la posesión no es la de un comunero sino la que de ordinario ejercen los propietarios, lo que implica rendir prueba cumplida de la interversión de dicha situación posesoria en la medida en que, no obstante haberse iniciado

Págs.

"pro indiviso" dado su origen y ser por ende promiscua contando con la pasividad de los demás herederos se transformé en una auténtica posesión "pro suo" en que el comunero se olvida de su título y posee para sí como único dueño, ignorando derechos ajenos y sin interesarle quienes hacen parte de la comunidad. S-No. de Expediente: 004000 del 94-01-24 - No Casa - Tribunal S. Antioquia - Gómez Estrada Luis Carlos, María Josefina, Alicia del Socorro, María Balbina, Gabriela de Jesús y María Fernandina contra Octavio Sánchez López, Luisa Elvia Moreno de González, María Florentina Gómez, Alfonso Gil Saldarriaga, los sucesores indeterminados de José Dolores Sánchez (q.e.p.d.) y todas las demás personas que se crean con derecho sobre el inmueble. MAGISTRADO PONENTE: DR. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido G.J. Tomos XXXIX, pág. 20, LXVII, pág. 695 y CLIX, pág. 357; Cas. Civil de 22 de enero de 1993 sin publicar. F.F.: Art. 653, 664, 776, 779, 974 y 2521 del C.C.; Ley 50 de 1936 art. 1o. EXTRACTO #: 004. No. Consecutivo: 003 34

CONFLICTO DE ATRIBUCION \ JURISDICCION DE FAMILIA \ ABANDONO DEL MENOR - No pueden existir conflictos de atribuciones entre los jueces de familia y los penales para conocer de las infracciones delictivas contravencionales cometidas por personas que obviamente no son menores de edad, -abandono del menor- porque la ley en forma expresa y a través de textos suficientemente claros que admiten entendimiento distinto, tiene asignada esta función a los órganos integrantes de la jurisdicción en lo criminal. A-No. de Expediente: 004770 del 94-01-24 - Abstenerse decidir aparente conflicto - Jdo. 84 Pen. Mpl. -20 Flia. Santafé de Bogotá - Acero Manuel contra Clara Myriam Vanegas Castillo por el presunto abandono del menor Brayan Esneider Acero Vanegas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F.F.: Art. 346 C. Penal. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 014 46

94-01-25

TECNICA DE CASACION \ CASACION-Cargos \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Ataque todos los fundamentos - Los cargos contra la sentencia deben formularse "por separado", lo que significa que son autónomos, o sea, que no pueden integrarse unos con otros, por lo cual el planteamiento de cada uno de los mismos debe ser completo. / Los ataques fraccionados a los distintos fundamentos de la sentencia, contenidos en los distintos cargos, es otro defecto técnico del que adolece la demanda que aquí se trata. Sin que, por lo demás sea posible pensar en integrar los distintos cargos a fin de examinarlos como si fueran uno solo, tal como lo permite el decreto 2651 de 1991, puesto que aquí el recurso fue interpuesto antes de que este entrara a regir. S- No. de Expediente: 003757 del 94-01-25 - No Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá Cerro Atencia Hernando contra Fondo Nacional de Ahorro. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: CXXXVIII, 186; Cas. Civ. 11 de abril de 1972. G. J. CXLII, pág. 146. F.F.: Art. 374 C. de P.C.; Decreto 2651 de 1991. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 004 49

DEMANDA DE CASACION \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía indirecta \ ERROR DE HECHO - Acusada la sentencia por la vía indirecta de la cual primera, a raíz de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas, estos deben demostrarse. S - No. de Expediente: 003757 del 94-01-25 - No Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Cerro Atencia Hernando contra Fondo Nacional

Págs.

de Ahorro. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. FF: Art. 374 del C. de P.C.. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 004 49

NORMA SUSTANCIAL \ PERJUICIO - En ninguno de los cargos se denuncia el quebrantamiento del art. 1615 del C.C., que es el que confiere el derecho a reclamar indemnización de perjuicios, derecho que, incluso, se supedita a la constitución en mora del deudor. Y no se diga que ese derecho se encuentra configurado en los artículos 1613 y 1614 ibidem. Estos dos últimos artículos no tienen la condición de normas de derecho sustancial. S - No. de Expediente: 003757 del 94-01-25 - Nu Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Cerro Atencia Hernando contra Fondo Nacional de Ahorro. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. FF: Arts. 1613, 1614, 1615 C.C.. EXTRACTO #: 000. No. consecutivo: 004 49

JURISDICCION AGRARIA \ CASACION-Cuantía \ CASACION-Interés para recurrir (1) - Habiendo comenzado a regir el decreto 2303 el 1o. de junio de 1990 (art. 140), el interés económico para recurrir los asuntos agrarios quedó fijado en el orden de los $14.000.000 a partir del 1o. de junio de 1992, monto que regía al interponerse el recurso de que se trata y que está vigente en la actualidad. A - No. de expediente: 004789 del 94-01-25 - Otorga recurso de casación - Tribunal S. Villavicencio - Gutiérrez Ramírez Luz Nelly contra Rodolfo Baquero Morales. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. FF: Decreto 2303 de 1989 art. 140. EXTRACTO #: 006. No. consecutivo: 016 64

QUEJA \ CASACION-Justiprecio \ AGENCIAS EN DERECHO \ COSTAS \ CASACION-Interés para recurrir (2) - El agravio objeto de justiprecio para determinar la procedencia del recurso de casación, es solamente el que resulta del derecho material discutido en el litigio. / Los valores que por agencias en derecho y, en general, por costas, imponga la sentencia no son acumulables al guarismo en que haya sido estimado el interés para recurrir en casación. A - No. de Expediente: 004789 del 94-01-25 - Otorga recurso de casación - Tribunal S. Villavicencio - Gutiérrez Ramírez Luz Nelly contra Rodolfo Baquero Morales. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Auto 064 de 15 de mayo de 1991; auto 4 de febrero de 1992.. FF: Art. 366 de C. de P.C.. EXTRACTO #: 006. No. Consecutivo: 016 64

94-01-26

CONFLICTO DE JURISDICCION \ ACCION DE REVISION \ JURISDICCION CIVIL \ JURISDICCION DE FAMILIA - Competencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria para conocer de los conflictos de jurisdicción. / Distinto cuando el conflicto no está expresamente atribuido a otra jurisdicción, como ocurre en los casos de la pretensión de revisión de los fallos de filiación pronunciados por los entonces Jueces Civiles o Promiscuos de Menores, pues no estando ese litigio entre los que debiera conocer la jurisdicción de familia, siguieron como civiles, de manera que dichas pretensiones de revisión competían a la jurisdicción civil y por ende las apelaciones y consultas de las sentencias que proveyeran sobre esa pretensión, a las Salas Civiles de los Tribunales Superiores, mas no a las de Familia.. A - No. de Expediente: 004757 del 94-01-26 - Sala Civil del Tribunal competente - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Amaya Felipe Carlos representado por su madre Betty Cecilia Amaya Luzardo contra

Págs.

Andulfo Cepeda Quiroga. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: casación del 28 de julio de 1992. sentencia 274 N. P., EXTRACTO #: 007. No. consecutivo: 017 70

DEMANDA DE REVISION \ REVISION-Rechazo \ CADUCIDAD \ REGISTRO PUBLICO - Son causales de rechazo de la demanda de revisión: las generales previstas en el artículo 85 del C. de P.C. y las específicas consagradas en el inciso 4o. del 383 in fine.A la fecha de la presentación de la demanda había transcurrido más que el tiempo suficiente previsto en el art. 381 del C. de P.C., es decir más de dos años desde la fecha de inscripción de la sentencia, con lo cual se produjo el fenómeno de la caducidad de la acción, pues los cinco años a que se refiere el recurrente no tienen operancia frente a la publicación de los actos que fue el término para que ese preciso evento de la inscripción de la sentencia tuvo en cuenta el legislador, pues es de presumir que desde la fecha de anotación en el registro público, los terceros deben conocer todos los actos de transferencia o limitación al derecho de dominio de los bienes inmuebles. A - No. de expediente: 004033 del 94 01-27 - Rechaza demanda de revisión - Tribunal S. Santa Marta - Sociedad C.I. Prodeco Productos de Colombia S.A. contra Personas Indeterminadas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. F.F.: Art. 85, 383 inc. 4 C. de P.C.. EXTRACTO #: 008. No. consecutivo: 022 ... 75

SUPLICA \ DECRETO PROBATORIO -El recurso de súplica es procedente contra los autos que por su naturaleza son apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia. Dentro de esa preceptiva, el proveído que deniega el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente, admite la alzada. A - No. de Expediente: 004364 del 94-01-27 - Revoca auto y decreta prueba pericial - Magistrados Sala Laboral T. Manizales - Patiño Hoyos Rómulo y Luz Amparo López Patiño contra Alvaro Saldarriaga Echeverri, Beatriz Jaramillo Botero y Fernando Vásquez Botero (Magistrados Sala Laboral Tribunal Superior de Manizales). MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento F.F.: Art. 363 del C. de P.C.; 351 ibidem. EXTRACTO #: 009. No. consecutivo: 023 80

04-01-27

PRUEBAS \ PRUEBA PERTINENTE \ PRUEBA CONDUCENTE \ RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ \ ERROR INEXCUSABLE (2) - Por prueba pertinente o conducente debe entenderse la que se dirige a demostrar un hecho que de ser demostrado, influirá en la decisión total o parcial del litigio y por prueba impertinente o inconducente la que pretende demostrar un hecho que, de ser probado plena y eficazmente no tiene virtualidad alguna para influir en la decisión del asunto Como los hechos que se discuten en el ordinario de responsabilidad del juzgador son aquellos que, según la causa jurídica invocada, se encaminen a delimitar la responsabilidad por error inexcusable esto es, tendrán que ser los sucesos que señalen el error con la calidad de inexcusable. No pueden entonces ser los hechos que se dirijan a perfilar la pretensión en el proceso en que se pronunció la providencia tildada de ser fruto del error inexcusable. A - No. de Expediente: 004364 del 94-01-27 - Revoca parcial auto y decreta prueba pericial - Magistrados del Tribunal S. Manizales Patiño Hoyos Rómulo y Luz Amparo López Patiño contra Alvaro Saldarriaga Echeverri, Beatriz Jaramillo Botero y Fernando Vásquez Botero (Magistrados Sala Laboral Tribunal S. Manizales).

Págs.

MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J. No. 2154, pág. 563 reiterado en auto del 31 de agosto de 1990 N.P., F.F.: Art. 178 C.P.C., 40 ibídem. EXTRACTO #: 009. No. consecutivo: 023 80

94-02-01

ERROR DE HECHO - 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. / Si una determinada prueba admite dos o más interpretaciones diferentes que no están reñidas con la lógica, acoger una cualquiera de ellas no entraña comisión de error manifiesto. S-No. de Expediente: 004090 del 94-02-01 - Casa - Tribunal S. Tunja - Blanca Azucena Salazar viuda de Rodríguez y otros contra Manuel José del Carmen Rodríguez o Manuel Rodríguez Cortés y otro. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Cas. Civ. 20 de mayo de 1970; Cas. Civ. 21 de septiembre de 1973. F.F.: Art. 368 num. 1 C. de P.C. EXTRACTO #: 006. No. consecutivo: 007 86

SENTENCIA DE NULIDAD \ NULIDAD SUSTANCIAL \ NEGOCIO JURIDICO \ PRESTACIONES MUTUAS \ CORRECCION MONETARIA - La sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o en otros términos, las partes quedan obligadas a restituirse lo que recíprocamente se hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula. / Si lo que debe restituirse por una de las partes por razón de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico consiste en una suma de dinero, cuyo valor nominal se ha envilecido, su devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste monetario. S - No. de Expediente: 004090 del 94-02-01 - Casa - Tribunal S. Tunja - Blanca Azucena Salazar viuda de Rodríguez y otros contra Manuel José del Carmen Rodríguez o Manuel Rodríguez Cortés y otro. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Corte Suprema de Chile, fallo de 20 de mayo de 1975. F.F.: Art. 1746, 1525 y 1747 C.C., EXTRACTO #: 010. No. consecutivo: 007 86

TRANSACCION - La transacción es un contrato por cuya virtud las partes terminan un litigio entre ellas existente, y para que dicho negocio produzca los efectos procesales que le son inherentes, es indispensable que se produzca su reconocimiento mediante solicitud de parte interesada en la cual se precisen los alcances del acuerdo, resultado que también puede alcanzarse allegando a los autos el documento que los contenga. A-No. de Expediente: 004794 del 94-02-02 - Aceptar acuerdo transaccional - Riaño Arias Gonzalo y Mariela Vargas de Riaño contra José Gustavo Caro Izquierdo, Rodrigo García Ocampo y la Cooperativa de Transportadores Tunura Ltda. -Cootranstur-. F.F: Art. 2469 C.C.; 340 C. de P.C. EXTRACTO #: 00. No. consecutivo: 025 139

94-02-02

EXEQUATUR \ RECIPROCIDAD DIPLOMATICA \ RECIPROCIDAD LEGISLATIVA \ CARGA DE LA PRUEBA - Por regla general, las decisiones judiciales extranjeras no se pueden hacer valer en Colombia y por excepción, cobran vigor siempre y cuando existan con el país extraño un tratado que así lo consagre -reciprocidad diplomática- o a falta de convenio internacional, exista ley allá

Págs.

mismo, que le otorgue valor a las sentencias proferidas por los jueces colombianos -reciprocidad legislativa-. / Por virtud del principio de la carga probatoria que impone el art. 177 del C. de P.C., en cualquiera de las hipótesis de excepción mencionadas, le corresponde al solicitante del exequatur demostrar la existencia del respectivo tratado o ley extranjera. S-No. de Expediente: 004150 del 94-02-02 - No concede exequatur - Jdo. 7o. 1er. Cto. Jud. Panamá, Ramo Civil - José Ignacio Gutiérrez Rodríguez y Marión Birckoltz Von Proziwnsky. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo (Aclara voto: Dr. Pedro Lafont Pianetta). F.F.: Art. 693 C. de P.C.; 177 C. de P.C.; art. 694-2, 3 ibidem; art. 13 Ley 1a. de 1976; art. 163, 19 C.C.; art. 693 C. de P.C. EXTRACTO #: 011. No. consecutivo: 008 . . 113

LEY EXTRANJERA -Cuando se trata de demostrar una ley extranjera, el documento contentivo de la misma debe ser expedido por la autoridad competente del país extraño, Panamá en este caso, y autenticado por el respectivo cónsul o agente diplomático, cuya firma debe venir abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. S-No. de Expediente: 004150 del 94-02-02 - No Concede exequatur - Jdo. 7o. 1er. Cto. Jud. Panamá - Ramo Civil - José Ignacio Gutiérrez y Marión Birckholtz Von Proziwnskyz. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo (Aclara voto: Dr. Pedro Lafont Pianetta). F.F.: Art. 188, 259, 694 C. de P.C. EXTRACTO #: 011. No. consecutivo: 008. 113

EXEQUATUR-DIVORCIO \ (ACLARACION DE VOTO) \ MATRIMONIO \ DOMICILIO CONYUGAL - Existen algunas providencias judiciales proferidas en el extranjero que producen directamente efectos dentro del territorio colombiano, sin necesidad de la concesión del exequatur, o de intervención judicial en tal sentido. / Luego de la vigencia del Concordato de 1973, el art. 17 de la Ley 57 de 1887 está aún en vigor, lo que no ocurre respecto del artículo 18 de la misma ley. / Por expreso mandato del legislador colombiano, la sentencia de divorcio a que se refiere esta solicitud de exequatur surte efecto, de pleno derecho, sin más trámites. S-No. de Expediente: 004150 del 94-02-02 - No concede exequatur - Jdo. 7o 1er. Cto. Jud. Panamá - Ramo Civil - José Ignacio Gutiérrez Rodríguez y Marión Birckholz Von Proziwnsky. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Aclaración de voto: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: Auto 2 abril de 1984 G. J. Tomo CLXXVI, No. 2415, pág. 142 y 143; auto 24 de agosto de 1984 (separación de cuerpos de Horacio López contra Blanca Lilia Galeano de López. F.F.: Art. 693, 694 C. de P.C.; art. 5o., Ley 47 de 1987; arts. 17 y 18 Ley 57 de 1887; Concordato de 1973, art. 17, 18 Ley 57 de 1887; art. 13 Ley 1a. de 1976, art. 163 C.C.; Art. 18 C.C.; 57 del C.R.P.M., Ley 20 de 1974. EXTRACTO #: 011. No. consecutivo: 008 113

TECNICA DE CASACION \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Ataque todos los fundamentos - TECNICA DE CASACION \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía directa e indirecta - 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. S-No. de expediente: 003811 del 94-09-02. - / La violación de las normas sustanciales puede ocurrir de dos maneras diferentes. Ya derechamente, porque el juez deja de lado la preceptiva

Págs.

que viene al caso, o aplica la que es ajena, o, en fin, dando con la precisa, la entiende indebidamente; en ese supuesto, la equivocación estriba es en la elección del derecho aplicable a la controversia, dado que el sentenciador en ese instante ya ha superado la evaluación fáctica y probatoria del pleito, precisamente, puesto de cara ante la situación histórica del litigio, yerra al hacer actuar el derecho. Ora indirectamente, habida cuenta que el desatino se ofrece en la primera etapa de diagnosis jurídica, esto es, cuando el juez se abandona a examinar, sopesar y ponderar el trozo de realidad que encierra el proceso junto con las pruebas que para demostrarlo hacen valer los sujetos procesales. Este yerro antecedente hace que a la postre se viole de igual modo la ley sustancial, y de ahí que se afirme que en tal caso la transgresión deviene de rebote o por contragolpe. / El cargo que se despacha ostenta la falencia técnica consistente en que, denunciado la violación directa de la ley, ya en su planteamiento no se aviene en un todo con ello. No casa - Tribunal S. Bucaramanga - Pérez Santos Rafael contra Margarita Gómez de Gómez y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: LXXI, pág. 740; LXXIII, p. 45; LXXV, p. 52; CXLVIII, 221. FE: Art. 368 num. 1 C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. consecutivo: 009 125

CONTRATOS \ MUTUO DISENSO TACITO No es acertada la afirmación de que el mero incumplimiento de las partes hace ecuación con el disenso tácito del contrato, pues el simple incumplimiento concurrente de los contratantes, no es prueba inequívoca de que las partes ya no desean el contrato; por supuesto que el incumplimiento recíproco puede obedecer a múltiples causas, y no necesariamente a la voluntad desistente de los negociantes. Y se comprenderá, así como para la prueba de la formación del contrato se debe exigir que sea contundente y no admita duda, lo propio debe acontecer en lo que atañe a su aniquilamiento; en uno y otro caso requiérese por igual la demostración patente del hecho correspondiente. S-No. de Expediente: 003811 del 94-02-02 - No casa - Tribunal S. Bucaramanga - Pérez Santos Rafael contra Margarita Gómez de Gómez y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CLXV, pág. 344; Sentencia 7 de diciembre de 1982. EXTRACTO #: 000. No. consecutivo: 009 126

94-02-03

ERROR DE HECHO \ JUZGADOR DE INSTANCIA \ TRIBUNAL DE CASACION - Para que el error de hecho en la apreciación de las pruebas conduzca a la casación de un fallo, debe ser observable a simple vista, es decir sin el menor esfuerzo. / No es a la Corte sino a los juzgadores de instancias, a quienes la ley a confiado la ponderosa tarea de decidir sobre los extremos del litigio apreciando con tal propósito la integridad del material probatorio concediendo o negando a cada medio el valor de la persuasión de que los encuentran investidos. La Corte cuando actúa como tribunal de casación solo puede entender y ocuparse de los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificar las apreciaciones del fallador, atinentes a puntos de hecho, cuando formulado un ataque en esa órbita se demuestra la comisión de error trascendente que aparezca manifiesto en los autos. S-No. de Expediente: 003693 del 94-02-03 - No casa - Tribunal S. Ibagué - María Betty Rodríguez de Jaramillo contra Rosa o Blanca Rosa Ortega de Vélez y personas indeterminadas, citados todos en su calidad de herederos de Pablo Emilio Vélez Escobar. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Cas. Civ. 17 de junio de 1964, G. J. T. 107, pág. 288; 21 de marzo de 1980; 21 de junio de 1984; 26 de octubre de 1988. FE: Art. 368 num. 1 C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 010 141

Págs.

AUTONOMIA DEL JUZGADOR \ VALORACION PROBATORIA \ TESTIMONIO - El juzgador goza de discreta autonomía para apreciar la prueba de índole testimonial, por lo cual, mientras la estimación que de dicha prueba haga el tribunal no degenere en manifiesta u ostensible arbitrariedad, no se ofrece yerro. S-No. de Expediente: 003693 del 94-02-03 - No casa - Tribunal S. Ibagué - María Betty Rodríguez de Jaramillo contra Rosa o Blanca Rosa Ortega de Vélez y personas indeterminadas, citados todos en su calidad de herederos de Pablo Emilio Vélez Escobar. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Sentencia del 26 de octubre de 1988. F.F: Art. 368 C. de P.C. EXTRACTO #: 009. No. consecutivo: 020 141

CASACION-Objeto \ THEMA DECISSUM \ THEMA DECIDENDUM \ ERROR IN PROCEDENDO \ ERROR IN JUDICANDO \ CASACION-Causales \ CASACION-Cargos - El recurso de casación no constituye una tercera instancia que faculte a la Corte para hacer una revisión o nuevo estudio de todos los puntos debatidos en los grados anteriores del proceso, por cuanto su objeto no es propiamente el litigio suscitado entre las partes, es decir la misma materia que fuera sometida a resolución de los jueces de instancia, sino la sentencia por ellos proferida como "thema decissum" y no lo planteado en la demanda introductoria del proceso, como "thema decidendum"; es decir que es la sentencia recurrida la que constituye el hecho o materia sujetos al debate, a diferencia de lo que ocurre en las instancias del juicio, en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o el hecho demandado, razón por la cual su enjuiciamiento no puede efectuarse en la actualidad sino por intermedio de todas o algunas de las cinco causales previstas en el art. 368 del c.p.c. para tal efecto, enderezadas unas (1a. y 4a.) a corregir los errores in judicando en que pudo haber incurrido el fallador al proclamar la voluntad concreta del legislador al caso sometido a su composición y, otras, las restantes (2a., 3a. y 5a.) enfiladas a corregir errores in procedendo en los que también pudo haber incurrido por una defectuosa o incompleta actividad procesal. / Las causales de casación vienen a constituir el piso o la base sobre las cuales se deben edificar los cargos, los ataques, las objeciones o las censuras términos que al fin y al cabo son sinónimos y que el recurrente le formula a la sentencia impugnada. A-No. de Expediente: 004651 del 94-02-04 - admite demanda parcialmente - Tribunal S. Pamplona - Gil Myriam contra Rafael Guillermo Reyes Acevedo y herederos indeterminados de Luis José Acevedo Romero. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. F.F: Art. 368 C. de P.C. art. 374 ibídem: art. 51 decreto 2651 de 1991. EXTRACTO #: 012. No. Consecutivo: 027. 159

94 02 07

CONFLICTO DE COMPETENCIA \ JURISDICCION DE FAMILIA \ PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Según el art. 5o. numeral 2o. del Decreto 2272 de 1989, y por razón de la materia, le corresponde a los jueces de familia, en primera instancia, conocer de las demandas relativas a la investigación de la paternidad extramatrimonial que regula la Ley 75 de 1968; y según el art. 8o. ib., y por razón del territorio, la competencia para conocer de ese mismo asunto le corresponde al juez del domicilio del menor. A-No. de Expediente: 004778 del 94-02-07 - Jdo. 8o. Flia. Medellín competente - Jdo. 8o. Fam. Medellín - Pco. Fam. Rionegro - Suárez Bastidas Rubén Antonio contra Herederos determinados e indeterminados de Rubén Antonio Rojas Ospina, los primeros conocidos con los nombres de Juan Antonio Rojas y María del Rosario Ospina. MAGISTRADO

Págs.

PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. F.F.: Decreto 2272 de 1989 art. 5o. num. 2o.; Ley 75 de 1968, art. 8 ibidem. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 031 . . 163

94-02-08

CASACION-Características \ CASACION-Objeto - El recurso de casación, siendo dispositivo, limitado y extraordinario, no permite que la Corte pueda moverse a su antojo para escoger entre una y otra posición; y menos está facultada para resolverlas ambas, porque como es sabido el recurrente en casación debe trazarle a la Corte en forma precisa cuál es su punto de inconformidad, y repulsa por ende que se le ponga a ras con el alegato de instancia: debe memorarse que tal recurso no es sendero apto para revisar el proceso sino únicamente la sentencia; por consiguiente, dentro de su ámbito le está vedado al recurrente hablar anfibo lógicamente, y muy, por el contrario, se le impone la obligación de expresar la acusación con la mayor precisión y concreción posibles. S-No. de Expediente: 003735 del 94-02-08 - Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Franky de Rozo Beatriz contra Edgardo Corrales Guerrero y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: LXII, p. 467. F.F.: Art. 374 núm. 3 C. de P.C. EXTRACTO #: 013. No. Consecutivo: 011 166

FRUTOS \ INTERESES \ RESCISION CONTRACTUAL \ PRESTACIONES MUTUAS \ NULIDAD SUSTANCIAL - Restitución de frutos e intereses en tratándose de la rescisión del contrato. / Alternativas que el artículo 1948 del Código Civil consagra en el evento de sobrevenir la rescisión del contrato, para determinar lo relativo a las restituciones mutuas. / Diferencias entre la nulidad y rescisión. S-No. de Expediente: 003735 del 94-02-08 - Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Franky de Rozo Beatriz contra Edargdo Corrales Guerrero y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. F.F.: Art. 1948 del C.C. EXTRACTO #: 013. No. Consecutivo: 011 166

94-02-09

CONFLICTO DE COMPETENCIA \ COMPETENCIA TERRITORIAL \ FUERO REAL \ RESTITUCION DE TENENCIA - El legislador determinó al lado del fuero del domicilio del demandado, otro título de competencia territorial denominado forum rei sitae, consagrados en algunos de los numerales del art. 23 del C. de P.C. y que puede ser concurrente con el personal, como ocurre en la hipótesis prevista en el numeral noveno (9o.); o, exclusivo o privativo, en los casos previstos en el numeral décimo (10o.) ibidem, es decir que sólo el juez de la ubicación del inmueble, por disposición legal, es el competente para conocer de los asuntos allí enumerados. / Competencia para conocer del proceso de restitución de tenencia. A-No. de Expediente: 004801 del 94-02-09 - Jdo. Civ. Municipal de Melgar competente - Jdo. Civ. M. Melgar-42 Civ. Mp. Santafé de Bogotá - Pérez de Rodríguez Alejandrina contra Luis Alfonso Canal Vega y otro. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. F.F.: Art. 23 núm. 1, 9 y 10 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 033 179

IMPULSO PROCESAL \ PROCESO \ PRUEBA DE OFICIO - 1. Oficiosidad del juzgador en razón de ser el proceso dinámico. / 2. Facultad potestativa del juzgador de decretar pruebas de oficio. A-No. de Expediente: 3626 del 94-02-09 - Mantiene auto y decreta suspensión del proceso - Compañía Agrícola de Seguros S.A. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento 183

Págs.

94-02-14

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Efectos de la sentencia CADUCIDAD EFECTOS PATRIMONIALES - La declaración de filiación produce dos tipos de efectos: los que guardan relación directa con la situación familiar del actor que, por su propia índole, son ajenos a toda consideración económica, y los patrimoniales que sólo se extienden a quienes fueron llamados a comparecer al proceso dentro de un lapso específicamente determinado por el art. 10 de la Ley 75 de 1968. / La inteligencia que debe darse al texto legal citado en su inciso cuarto, es la de que él se refiere al caso preciso en que los funcionarios respectivos o los demandados de ninguna manera han impedido o dificultado la normal notificación del auto admisorio de la demanda. Pero cuando es palmario que no obstante la diligencia del demandante, y a pesar de haberse presentado en tiempo la demanda, la notificación no pudo realizarse oportunamente, ya sea porque los demandados se ocultan, se ausentan del lugar donde se adelanta el proceso o porque la eluden o dificultan de alguna manera, entonces la notificación por fuera de tiempo no alcanza a generar la caducidad de los efectos patrimoniales, desde luego que esa tardanza tiene su génesis en actos u omisiones de los demandados o en desidia o morosidad culpable de los funcionarios que deben realizar la notificación. S No. de Expediente: 004112 del 94-02-14 - No casa - Tribunal S. Cundinamarca - Romero Rafael Alfonso, Alina, Dibiar, Ricardo, Alfredo y Sandra Romero Cifuentes contra Sucesores de Ricardo Rojas Uribe y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Casación civil de 19 de julio de 1990, sin publicar; G. J. Tomo CLII, pág. 520. FF.: Art. 10 inc. 4 Ley 75 de 1968. EXTRACTO #: 014. No. Consecutivo: 012 186

94-02-15

VALORACION PROBATORIA \ COPIAS \ DOCUMENTO EXTRANJERO \ EXEQUATUR \ SENTENCIA EXTRANJERA - A pesar que el num. 2 del art. 254 del C. de P.C., reconoce eficacia probatoria a las copias auténticas que han sido cotejadas con copias de igual naturaleza del original, lo cierto resulta ser que tal precepto alude a documentos otorgados en nuestro país por funcionario colombiano o con su intervención puesto que en lo atinente a documentos otorgados en el extranjero debe acudirse a lo dispuesto en el art. 259 ib. Y en el punto específico del exequatur el art. 695, en forma clara e indubitable, exige que se allegue no cualquier copia de la sentencia extranjera, sino una que sea tomada directamente del original, requerimiento que acompasa con lo dispuesto en el mencionado art. 259 que reclama la certificación que debe efectuar el cónsul colombiano y que hace presumir que los documentos se otorgaron conforme a la ley de ese país. A No. de Expediente: 004819 del 94-02-15 - Rechaza demanda de exequatur - Salazar Bernal Gustavo Adolfo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. FF.: Art. 694 num. 1 a 4, 694 inc. 2, 254 num. 2, 259 C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 030 195

94-02-16

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Prueba \ PRESUNCION LEGAL \ PRESUNCION DE PATERNIDAD - La Ley 75 de 1968 en tanto fue en esencia concebida como un estatuto destinado a modernizar las normas que desde la expedición de la Ley 45 de 1936 regulaban la reclamación judicial de la filiación paterna extramatrimonial, introdujo cambios de significativa importancia en el sistema probatorio que esta última implantaba en la materia, consistiendo uno de tales

Págs.

cambios en hacer descansar dicho sistema sobre genuinas presunciones legales de paternidad, una por cada "causal" de las seis que en la actualidad señala aquella ley en su art. 6o. En otras palabras, a raíz de la mencionada reforma pasó a cumplir en este campo una función de primera línea la noción técnica de la "presunción legal" / Presunción legal: doctrina y principios. S-No. de Expediente: 004109 del 94-02-16 - No casa - Tribunal S. Medellín - Fonseca Sánchez Juan Sebastián contra William Aguilar Molina. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Tomo LXVIII, pág. 753; Cas. Civ. 29 de abril de 1977. FE: art. 6 Ley 75 de 1968, art. 6 num. 3 Ley 75 de 1968; Ley 45 de 1936; art. 665 C.C.; 176, 177 C.P.C. EXTRACTO #: 016. No. Consecutivo: 014 198

RELACIONES SEXUALES \ CONFESION JUDICIAL \ CONFESION EXTRAJUDICIAL \ CONFESION PROVOCADA \ CONFESION FICTA \ERROR DE HECHO Y DE DERECHO - Las relaciones sexuales determinantes de una paternidad natural son susceptibles de prueba por confesión, evento en el cual ésta puede ser tanto judicial como extrajudicial. / La confesión es provocada cuando surge del interrogatorio que formule la otra parte o el juez, observando siempre los requisitos legales; este tipo de confesión se torna en ficta o presunta cuando el interrogado se niega a responder las preguntas que se le hacen, da respuestas evasivas, o simplemente no asiste a la audiencia respectiva, eventos estos en los cuales, de no mediar preguntas asertivas admisibles contenidas en un cuestionario escrito, se presumen ciertos los hechos susceptibles de dicha prueba y alegados por la otra parte en la demanda o la contestación según el caso. Vicios que pueden plantearse como errores de derecho y errores de hecho en tratándose de ésta prueba. / El error de derecho 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, 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 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. S-No. de Expediente: 004109 del 94-02-16 - No casa - Tribunal S. Medellín - Juan Sebastián Fonseca Sánchez contra William Aguilar Molina. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: De relaciones sexuales: Cas. Civ. de 19 de abril de 1977, sin publicar. Error de hecho y de derecho: sentencia de 20 de febrero de 1990: cas. Civ. 8 de junio de 1978; G. J. Tomo CXXXII, pág. 205 y ss. FE: Art. 194, 210 C.P.C., 176, 368 núm. 1 C.P.C. EXTRACTO #: 016. No. Consecutivo: 014 198

DEMANDA DE REVISION \ REVISION-Rechazo \ MULTA - En el caso sub-lite, toda vez que la demanda de revisión fue rechazada, es procedente la petición de imponer multa al apoderado del recurrente y en tal virtud se ordena que cancele seis (6) salarios mínimos mensuales para cuyo efecto se hará efectiva la caución prestada. A-No. de Expediente: 004033 del 94-02-16 - Adiciona auto - Tribunal S. Santa Marta - Campo Campo Augusto (Recurrente en revisión) en el proceso de Sociedad C. I. Prodeco Productos de Colombia S.A. contra personas indeterminadas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento (solo). FE: Art. 383 inc. 2 parte final C. de PC. EXTRACTO #: 017. No. Consecutivo: 041 211

Págs.

COSTAS \ PERJUICIO \ ANALOGIA - Las costas y perjuicios no se pueden imponer con fundamentos en interpretaciones o analogías. / Para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto. / El perjuicio no se presume mas que en los casos expresamente indicados en la ley de los cuales son ejemplo la cláusula penal y el pacto arras. A-No. de Expediente: 004033 del 94-02-16 - Adiciona auto - Tribunal S. Santa Marta - Campo Campo Augusto (Recurrente en revisión) respecto del proceso de Sociedad C.I. Prodeco Productos de Colombia S.A. contra Personas Indeterminadas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento (Solo). Igual sentido: Sentencia 361 del 30 de octubre de 1989. Extractos de jurisprudencia T. 4. Pág. 55 y 56; Sen. 188 del 23 de mayo de 1990. Extractos de jurisprudencia, segundo semestre 1990, pág. 96. EXTRACTO #: 017. No. Consecutivo: 041 211

94-02-18

COMPRAVENTA \ VENTA DE COSA AJENA \ DERECHO REAL \ TRADICION \ PRINCIPIOS \ PRINCIPIO NADIE PUEDE DAR MAS DERECHOS DE LOS QUE EL MISMO TIENE - Vender no es transferir dominio. De ahí que la condición de dueño no constituya exigencia insalvable para poderse vender válidamente, o sea para celebrar el contrato; o lo que es lo mismo, para realizar el título. Precisamente, porque la venta no crea por sí el derecho real, es por lo que el derecho del verus dominio no resulta afectado en la venta de la cosa ajena, quien, por consiguiente, continúa siendo el dueño, salvo el caso obvio de que propicie la prescripción. / El vendedor está compelido, por el contrato validamente celebrado, a realizar la tradición, o sea el modo concreto que hace al caso, y para el que, en marcado contraste con lo que sucede en el título, si se requiere ser el dueño, dado que la ley, con estribo en el principio según el cual nadie puede dar más derechos de los que él mismo tiene, dice que ella, la tradición, es la "entrega que el dueño hace" de la cosa. Quien no es titular del dominio, entonces vende válidamente, pero no puede hacer una tradición eficaz. S-No. de Expediente: 003886 del 94-02-18 - No casa - Tribunal S. Tunja - Díaz viuda de Caycedo Carlina y otros contra Alicia del Carmen Caycedo Díaz y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. F.F.: Art. 1871 C.C. EXTRACTO #: 008. No. Consecutivo: 015. 215

NULIDAD SUSTANCIAL \ INOPONIBILIDAD - Diferencias entre nulidad e inoponibilidad. S-No. de Expediente: 003886 del 94-02-18 - No casa - Tribunal S. Tunja - Díaz viuda de Caycedo Carlina y otros contra Alicia del Carmen Caycedo Díaz y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. EXTRACTO #: 013. No. Consecutivo: 015..... 215

ERROR DE HECHO - El error de hecho, es el que, aparte de trascendente, aparece de modo manifiesto en el expediente. S-No. de Expediente: 003886 del 94-02-18 - No casa - Tribunal S. Tunja - Díaz viuda de Caycedo Carlina y otros contra Alicia del Carmen Caycedo Díaz y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: LXXVIII, pág. 972. F.F.: Art. 368 num. 1 del C. de P.C. EXTRACTO #: 018. No. Consecutivo: 015 215

NULIDAD PROCESAL \ SUSPENSIÓN PROCESAL \ DERECHO DE DEFENSA. Se incurre en causal de nulidad, entre otros casos, cuando se adelanta el proceso después de haberse suspendido, o se reanuda su trámite antes de la oportu-

Págs.

nidad correspondiente, cuyo fundamento descansa en la garantía constitucional del derecho de defensa que le asiste a las partes en el ejercicio de sus derechos. S-No. de Expediente: 003918 del 94-02-18 - No casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Compañía de Chocolates La Especial S.A. (en liquidación) contra Manuel Antonio Rodríguez Noguera. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. EE: Art. 170, 171, 140 núm 5 C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 015A 230

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Ataque todas las pruebas - No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, por cuanto aún en el evento de hacerlo victoriosamente frente a los relacionados en la impugnación, subsistirían las razones que el sentenciador expuso en torno a los demás y que, por ser suficientes para fundar la decisión recurrida, hacen imprósperа la acusación. S-No. de Expediente: 003918 del 94-02-18 - No Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Compañía de Chocolates La Especial S.A. (en liquidación) contra Manuel Antonio Rodríguez. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CXLII, 140. EE: A. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 015A 230

LLAMAMIENTO DE POSEEDOR O TENEDOR \ PRESUNCION LEGAL \ PRESUNCION DE POSESION - Esta corporación al estudiar el contenido y alcance del derogado art. 214 del Código Judicial, muy similar al actual 59 del C. de P.C., ha considerado que tal precepto es aplicable no solamente cuando el demandado no da contestación al libelo, sino cuando, cumpliendo con ese deber procesal, elude manifestar si es o no poseedor de la cosa cuya restitución se impetra, por cuanto en dicho precepto se establece una presunción legal de que el demandado es poseedor de ella, de suerte que cuando el demandado omite el cumplimiento de ese deber legal, es decir, cuando afronta la litis sin contradecir oportunamente la calidad que le asigna el libelo de poseedor de la cosa reivindicada, ese extremo o requisito de la acción queda por ministerio de la ley fuera del debate, el demandado se hace consecuentemente responsable de la cosa o de su precio, en el caso de que el actor llegare a probar su propiedad. S-No. de Expediente: 003918 del 94-02-18 - No casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Compañía de Chocolates La Especial S.A. (en liquidación) contra Manuel Antonio Rodríguez Noguera. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Sentencia 25 de febrero de 1949, LXV, 340. EE: Art. 59 del C. de P.C. A. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 015A 230

94-02-22

ERROR DE HECHO Modalidades \ PRUEBA CONDUCENTE \ PRUEBA EFICAZ - Si la impugnación por yerro de facto, no sólo debe concretarse a establecer que el sentenciador supuso una prueba que no obra en los autos o ignoró la presencia de la que sí está en ellos, situaciones éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición) y a demostrar que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria es contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica denunciada por la prueba, sino que es igualmente necesario demostrar que dicho error fue la causa determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, resulta que no es posible sustentar ataque alguno con apoyo en error de

Págs.

hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces. S-No. de Expediente: 003977 del 94-02-22 - No Casa - Tribunal S. Antioquia - López Lozano Alicia y Adela contra Personas Indeterminadas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. FE: Art. 368 num. 1 C. de P.C. EXTRACTO #: 019. No. Consecutivo: 016 246

PERTENENCIA \ ANEXOS \ CERTIFICADO DEL REGISTRADOR \ PRINCIPIOS \ PRINCIPIO NO HAY OBLIGATORIEDAD A LO IMPOSIBLE El aportamiento del certificado previsto en el art. 407 del C. de P.C., sólo será procedente en la medida en que el bien materia de adquisición por el modo de la prescripción se encuentre inscrito o matriculado en la competente oficina de registro de instrumentos públicos, como quiera que en caso contrario y, en virtud del principio general de derecho, conforme al cual no hay obligación a lo imposible, le bastará al pretenso usucapiente aducir un certificado de aquella oficina en el que conste que dicho bien no aparece inscrito o matriculado en el inventario de los bienes situados dentro del correspondiente círculo, para que entonces la acción se enderece contra personas indeterminadas, hipótesis en la cual tiene cabal operancia la previsión contenida en el art. 69 del decreto 1250 de 1970. S-No. de Expediente: 003977 del 94-02-22 - No Casa - Tribunal S. Antioquia - López Lozano Alicia y ADela contra Personas Indeterminadas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CLVIII, 310. FE: Decreto 1250 de 1970, Cap. VII, artículos 54 a 57 y 69; Art. 407 num. 5 C. de P.C. EXTRACTO #: 019. No. Consecutivo: 016 246

REPRESENTACION \ PODER-Carencia \ NULIDAD PROCESAL \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL \ ERROR IN JUDICANDO \ ERROR IN PROCEDENDO - Si alguien diciéndose apoderado de otro, sin serlo, actúa en el proceso, es evidente que el problema es de representación judicial; y si de carencia absoluta de poder se trata, se generaría la nulidad prevista en el num. 7 del art. 140 del C. de P.C., aspecto que sólo podría denunciarse en casación por la causal quinta del art. 368 in fine y no por la primera, que supone siempre un vicio in judicando y no in procedendo. S-No. de Expediente: 003944 del 94-02-22 - No Casa - Tribunal S. Armenia - Gutiérrez Gómez Orlando, Sociedad Gómez Hermanos Ltda. y otros contra Luis Alberto Aristizábal Fadul y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CLXXVI, pág. 46. FE: Art. 368 num. 1 y 5, art. 140 num. 7 C. de P.C. EXTRACTO #: 020. No. Consecutivo: 017 258

TECNICA DE CASACION \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Ataque todos los fundamentos - En el presente caso, se está frente un ataque aislado en casación, que es inane, porque mientras se deje al margen de la acusación algún fundamento que sirva de soporte a la sentencia, éste seguiría prestándole firme apoyo así y a todo el que sí fue objeto del combate resulte exitoso. S-No. de Expediente: 003944 del 94-02-22 - No Casa - Tribunal S. Armenia - Gutiérrez Gómez Orlando, Sociedad Gómez Hermanos Ltda. contra Luis Alberto Aristizábal y otros MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Sierra. EXTRACTO #: 020. No. Consecutivo: 017 258

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Directa \ TECNICA DE CASACION-En el planteamiento de la violación directa de la norma sustancial, ha de prescin-

Págs.

dirse por completo de las conclusiones a que haya arribado el fallador sobre el análisis fáctico y probatorio del proceso. Si se acusa la sentencia de quebrar derechamente una norma material, ningún reparo debe hallarse al aspecto señalado porque precisamente en ese tópico deben coincidir sentenciador y el recurrente; o lo que es lo mismo, el recurrente no puede separarse de las conclusiones que derivó el tribunal del examen de los hechos. / El recurrente no podía, por impedírselo la técnica referida, plantear que la transgresión que denuncia lo fue en forma directa, si es que el desenvolvimiento de la censura entrañaba cuestiones de orden probatorio. S-No. de Expediente: 003944 del 94-02-22 - No Casa - Tribunal S. Armenia - Gutiérrez Gómez Orlando. Sociedad Gómez Hermanos Ltda. y otros contra Luis Alberto Aristizábal Fadul y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Sentencia 20 de marzo de 1973. FF.: Art. 368 num. 1 C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 017 258

94-02-23

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL \ RELACIONES SEXUALES \ PRESUNCION DE PATERNIDAD \ TESTIMONIO - Si las probanzas acreditan fehacientemente un noviazgo y después la novia presenta los signos de embarazo, probado que no tuvo otro romance distinto al novio conocido, la lógica exige, por lo que suele ocurrir en casos tales, deducir que existieron relaciones sexuales, y si el noviazgo coincide con el de la concepción del pretenso hijo, la causal de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre por la época de la concepción del hijo, coincidentes con la del noviazgo exclusivo, bien puede darse por demostrada sirviendo de presunción de la paternidad extramatrimonial deprecada. S-No. de Expediente: 003897 del 94-02-23 - No Casa - Tribunal S. Pasto - Chamorro Omar Efraín contra María Eugenia Chingal y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 018 274

VALORACION PROBATORIA - Para el juzgador debe primar la convicción plena que razonablemente le den los medios de prueba oportuna y debidamente incorporados al proceso, y no las deficiencias que por razonables explicables, como la antigüedad de los hechos o la cultura de quienes los conocen, puedan advertirse en el plenario. S-No. de Expediente: 003897 del 94-02-23 - No Casa - Tribunal S. Pasto - Chamorro Omar Efraín contra María Eugenia Chingal Pastas y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 018 274

MEDIO NUEVO - En el presente caso, es ahora en el recurso extraordinario donde quiere introducirse el hecho que, tórnase en medio nuevo desechable en casación. S-No. de Expediente: 003897 del 94-02-23 - No Casa - Tribunal S. Pasto - Chamorro Omar Efraín contra María Eugenia Chingal y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 018 274

ERROR DE HECHO - El tribunal no cometió error de facto evidente que se le enrostra, pues no cercenó ninguna de las probanzas, ni las adicionó, no las ignoró ni las entendió de manera distinta a como su tenor denuestra. S-No. de Expediente: 003897 del 94-02-23 - No Casa Tribunal S. Pasto - Chamorro Omar Efraín contra María Eugenia Chingal y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 018 274

Págs.

DEBIDO PROCESO - Las formas de los actos que la ley impone, no son por el prurito de dilatar y dificultar, sino en guarda del debido proceso, formas y requisitos que corresponde al juez acatar y hacer cumplir. S-No. de Expediente: 003853 del 94-02-23 - No Casa - Tribunal S. Bogotá - Lino Feijoo Alvarez contra José Gregorio Roldán Sánchez y otro. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 019 313

DEMANDA DE CASACION \ TECNICA DE CASACION \ CASACION-Cargos - En el caso sub-lite, el recurso de casación se interpuso antes de la vigencia del Decreto 2651 de 1991 y, por ende, la demanda debía reunir todos los requisitos de técnica a la sazón imperantes. O sea no puede aplicarse la previsión del art. 51 del precitado decreto para acumular cargos que han debido configurar ataques separados. S-No. de Expediente: 003853 del 94-02-23 - No Casa - Tribunal S. Bogotá - Feijoo Alvarez Lino contra José Gregorio Roldán Sánchez y otro. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. FF: Art. 374 num. 3 C. de P.C.; Decreto 2651 de 1991, art. 51. EXTRACTO #: 021. No. Consecutivo: 019 313

94-02-24

PRESUNCION DE ACIERTO \ ERROR DE HECHO Y DE DERECHO - Si la sentencia del ad quem llega a la Corte amparada en la presunción de acierto relativa a que el fallador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, es diáfano que para casar el fallo con base en que el sentenciador cometió un yerro fáctico o uno de valoración, estos tienen que estar demostrados plenamente, pues la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza. S-No. de Expediente: 004115 del 94-02-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Agudelo de Muñoz María Yomaira en su propio nombre y en el de su hijo menor David Alejandro Muñoz Agudelo contra Zoila Lopera viuda de Muñoz y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia del 11 de diciembre de 1986, no publicada. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 020 . . 326

SIMULACION \ NULIDAD ABSOLUTA \ NULIDAD SUSTANCIAL - La acción de simulación es una acción de prevalencia del convenio real y secreto sobre el aparente. Esa acción se encamina a disipar la ficción y a obtener el cumplimiento del acto oculto; ella surge, pues, del pacto reservado cuya prevalencia se pretende, y no puede en consecuencia ser afectada ni interferida por la ilicitud de la causa simulandi del negocio fingido. / La regla Nemo auditur, consagrada por el artículo 1525 del Código Civil, es aplicable en el campo de la nulidad absoluta, pero no en la esfera de la simulación, porque ella tiene carácter excepcional y estricto y porque la nulidad y la simulación son dos figuras jurídicas distintas y se hallan regidas por principios y normas también diferentes e inconfundibles. S-No. de Expediente: 004115 del 94-02-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - María Yomaira Agudelo de Muñoz en su propio nombre y en el de su hijo menor David Alejandro Muñoz Agudelo contra Zoila Lopera viuda de Muñoz y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Modificación doctrinaria de la sentencia del 5 de noviembre de 1960; sentencia del 18 de diciembre de 1964; LXXVII, 2142, 793; septiembre 2 de 1954 LXXVIII, 2146, 556; octubre 5 de 1954; LXXVIII, 2147, 845; G. J. CIX, 199. FF: Art. 1023, 1371, 2170, 1741, 1746, 1525 C.C.; Ley 50 de 1936 art. 2. EXTRACTO #: 023. No. Consecutivo: 020. . . 326

TESTIMONIO-Grupo de Testigos \ ERROR DE HECHO - Frente a la alternativa probatoria ofrecida por dos grupos de testigos, la inclinación que haga el senten-

Págs.

ciador por uno de ellos no genera error fáctico, a menos que en las pruebas acogidas haya supuesto hechos no demostrados por los medios de convicción. S-No. de Expediente: 004115 del 94-02-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - María Yomaira Agudelo en su propio nombre y en el de su hijo menor David Alejandro Muñoz Agudelo contra Zoila Lopera viuda de Muñoz y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia de 24 de febrero de 1972 CXV, 60; CXLII, 61; sentencia 4 de mayo de 1988. F.F: Art. 702 C. Judicial. EXTRACTO #: 022. No. Consecutivo: 020 326

NULIDAD PROCESAL \ PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD \ NULIDAD CONSTITUCIONAL - El Código de Procedimiento Civil consagró el principio de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad sin ley que la establezca expresamente, lo cual se traduce en que el juez no puede recurrir a la analogía para establecer vicios de nulidad, ni extender ésta a defectos diferentes. / Dentro de nuestro sistema no es posible invocar la nulidad constitucional, ya que en últimas, si fuera de las causales taxativas de la ley existiera la genérica aludida, se llegaría a que todo incumplimiento de normas procesales conduciría a la anulación. S-No. de Expediente: 004028 del 94-02-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Ferroquímica Ltda. contra Sociedad B y C Química Ltda. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: sentencia de 26 de agosto de 1959; XCI., 449. F.F: Art. 140, 143, C.P.C.; Código de Procedimiento Civil de 1931; art. 29 C.N./91; art. 26 C.N./1886. EXTRACTO #: 024. No. Consecutivo: 021 348

PROVIDENCIA JUDICIAL \ CONDENA EN CONCRETO \ SENTENCIA COMPLEMENTARIA - Son dos las formas de inobservancia que pueden darse en la conducta del juez de 1a. o 2a. instancia respecto del art. 307 del C. de P.C., a saber: a) que la condena al pago de perjuicios la haga en abstracto y no por "cantidad y valor determinados", como allí se exige; y b) que fulminando esa condena inclusive en concreto, no la extienda "hasta la fecha de la sentencia", según la misma disposición lo prevé. Entonces, frente a ese comportamiento del juzgador, el legislador consagró el remedio de la sentencia complementaria, bajo la única exigencia de que este último pronunciamiento esté precedido de solicitud en tal sentido, elevada por la parte interesada dentro del término de ejecutoria de la sentencia complementada. S-No. de Expediente: 004028 del 94-02-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Ferroquímica Ltda. contra Sociedad B y C. Química Ltda. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. F.F.: Art. 307, 308 C. de P.C. EXTRACTO #: 024. No. Consecutivo: 021 348

CONGRUENCIA- Como el sentenciador se encuentra compelido a resolver la controversia dentro de los extremos fijados por la ley, cuando así no ocurre, la sentencia puede ser incongruente y, por ende, susceptible de ser atacada con sujeción a la causal segunda de casación, ya por ser excesiva o proveer sobre más de lo pedido, ora cuando decide sobre peticiones no formuladas por las partes, o bien porque deja de pronunciarse sobre súplicas de la demanda o sobre las excepciones formuladas por el demandado. S-No. de Expediente: 004028 del 94-02-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Ferroquímica Ltda. contra Sociedad B y C Química Ltda. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: CLI, 146, 303; CXLIII, 113. F.F: art. 368 num. 2 C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 021 348

Págs.

TECNICA DE CASACION \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Ataque todas las pruebas - Cuando una sentencia esté apoyada en varios soportes probatorios la acusación para que sea cabal requiere que se ataquen todos los elementos de convicción que le hayan servido al juzgador para sentar las conclusiones, es decir, todos los factores de apreciación. Y cuando no se tiene en cuenta esa exigencia de técnica el cargo resulta vano por la manera incompleta de la acusación. S-No. de Expediente: 004028 del 94-02-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Ferroquímica Limitada contra Sociedad B y C Química Limitada. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia 14 de agosto de 1987; G. J. LXXXI, 740; LXXIII, 45; LXXXV, 52; CXLVIII, 221. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 021 349

JUZGADOR DE INSTANCIA \ TRIBUNAL DE CASACION - No es 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 formulando un ataque en esa órbita se demuestra la comisión de error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos. S-No. de Expediente: 004028 del 94-02-24 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Sociedad Ferroquímica Ltda. contra Sociedad B y C Química Ltda. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Cas. Civ. 17 de junio de 1964, G. J. T. 107, pág. 288; 21 de marzo de 1980; 21 de junio de 1984, aún no publicadas. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 021 349

94-03-02

DEMANDA DE CASACION \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL \ ERROR DE HECHO Y DE DERECHO - En casación no es admisible la acusación a través de planteamiento global del problema probatorio, sino que es preciso que, cuando se haga un cargo por error de hecho evidente en la estimación probatoria, no sólo se singularice el elemento de prueba respecto del cual se pretende haberse producido el yerro, sino que se demuestre éste, haciendo la confrontación entre lo que dice el sentenciador sobre la prueba y lo que éste reza. / Cuando se alegue que la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, no sólo deben indicarse las normas de carácter probatorio que se tengan como infringidas, sino que también se debe explicar en qué consiste la infracción. S-No. de Expediente: 003814 del 94-03-02 - No Casa - Tribunal S. Villavicencio Castillo Burgos Marco Antonio contra "Warner Lambert Limited". MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: CIII, CIV, 269; FF.: Art. 374 num. 3 inc. 2 C. de P.C.; art. 1 mod. 189 Decreto 2282 de 1989. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 022 369

PROVIDENCIA JUDICIAL \ SENTENCIA \ VALORACION PROBATORIA \ COPIA - La copia de la decisión jurisdiccional prueba su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha, pero no demuestra las motivaciones que le sirvieron de soporte. S-No. de Expediente: 003814 del 94-03-02 - No Casa - Tribunal S. Villavicencio - Marco Antonio Castillo Burgos contra Sociedad "Warner Lambert Limited". MAGISTRADO PONENTE: Dr Héctor Marín Naranjo. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 022 369

Págs.

ERROR DE HECHO-Modalidades \ MORA - El error de hecho, 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 si milita en los autos (error por preterición) o apreciándola tal como se presenta cercena su alcance significativo. Alcances del error de facto. / En el presente caso, si la parte recurrente creía que no podía ser condenada sin que previamente se le hubiese constituido en mora, ha debido, entonces, encauzar su ataque por la vía directa, porque si algún error cometió el Tribunal en relación con el punto, no fue de tipo fáctico sino jurídico. S-No. de Expediente: 003814 del 94 03 02 No Casa - Tribunal S. Villavicencio - Marco Antonio Castillo Burgos contra Sociedad "Warner Lambert Limited". MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: sentencia 27 de septiembre de 1990. FF.: Art. 368 num. 1 C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 022 369

COSA JUZGADA PENAL \ PERJUICIO - En el caso de autos, la censura tenía que haber comenzado por impugnar el criterio del ad-quem, mostrando cómo la intangilidad de la decisión del juez penal no llega hasta el punto de no poderse revisar el quantum del perjuicio, así como los factores configurantes del mismo. S-No. de Expediente: 003814 del 94-03-02 - No Casa - Tribunal S. Villavicencio - Marco Antonio Castillo Burgos contra Sociedad "Warner Lambert Limited". MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 022. 370

TECNICA DE CASACION \ MEDIO NUEVO \ DERECHO DE DEFENSA - Se ataca la sentencia con base en aspectos fácticos no aducidos en las instancias, lo que constituye medios nuevos que, como tales, son esgrimibles en el recurso de casación. / Se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. S-No. de Expediente: 003881 del 94-03-02 - Casa - Tribunal S. Cali - Guerrero de Mendoza Marlene contra Avelino Olaya MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: LXXXIII, pág. 76. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 023 391

ERROR DE DERECHO - Frente al error de derecho alegado la ley requiere que se delince la transgresión de la regla de carácter probatorio, determinadora, a su vez, de la violación de la ley sustancial. S-No. de Expediente: 003881 del 94-03-02 - Casa - Tribunal S. Cali - Guerrero de Mendoza Marlene contra Avelino Olaya. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 023. 391

POSESION \ ERROR POSESORIO \ PRESUNCION LEGAL \ BUENA FE POSESORIA - El error puede referirse a un hecho determinante de la posesión, en cuyo caso su existencia no se opone a la presunción legal de buena fe, o puede en cambio, referirse al derecho, esto es, a los preceptos legales que rodean las condiciones de validez del acto del cual procede la posesión, en cuyo caso opera la presunción jure de mala fe. Cuando se incurre en error de hecho y de derecho en materia posesoria. / La buena fe en la posesión sin título persiste mientras no se establezca con la debida plenitud probatoria que el poseedor en el juicio actuó

Págs.

con toda malicia y con pleno conocimiento de que podían existir hechos que produjeran la nulidad. S-No. de Expediente: 003881 del 94-03-02 - Casa - Tribunal S. Cali - Guerrero de Mendoza Marlene contra Avelino Olaya. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: 16 de julio de 1931, XXXIX, pág. 185; 14 diciembre de 1994, LVIII, pág. 580. F.F.: ARt. 768 C.C. EXTRACTO #: 025. No. Consecutivo: 023 391

94-03-03

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta - La causal primera en su segunda fase, reglamentada en términos de normatividad positiva por el segundo inciso del numeral primero del art. 368 del C. de P.C., es restringida por definición pues debe entenderse que son firmes las conclusiones de hecho sentadas por los jueces de instancia en sus fallos a menos que, por circunstancias particulares alegadas y demostradas con la debida precisión técnica, tales conclusiones aparezcan como violatorias de las leyes reguladoras de la prueba o sean producto del absurdo evidente en tanto hacen de lado pruebas incontrovertibles, las deforman en su realidad objetiva o las suponen cuando en realidad no existen. S-No. de Expediente: 004119 del 94-03-03 - No Casa - Tribunal S. Valledupar - Castro Xiomara Elvira contra Susana Holguín de Celedón y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F.F.: Art. 368 num. 1 inc. 1 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 024 404

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL \ POSESION NOTORIA Prueba - El art. 6o. de la Ley 75 de 1968, en su numeral sexto, alude sin duda alguna a una posesión de estado debidamente acreditada, es decir aquella que mediante una pluralidad más numerosa que la ordinaria de testimonios dignos de la mayor credibilidad denote fehacientemente y por lo tanto sin forma posible de ser contrarrestada, el estado aparente de familia que al menos durante cinco años y respecto del presunto padre, ha ostentado quien reclama la filiación extramatrimonial en disputa. S-No. de Expediente: 004119 del 94-03-03 - No Casa - Tribunal S. Valledupar - Castro Xiomara Elvira contra Susana Holguín de Celedón y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: G.J. Tomo LXXVI, pág. 636. F.F.: Art. 6 num. 6 Ley 75 de 1968; art. 6 Ley 45 de 1936. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 024 404

VALORACION PROBATORIA \ AUTONOMIA DEL JUZGADOR \ INDICIO - El estimar la gravedad de los indicios y las relaciones que guardan entre sí, y el saber hasta qué punto el elemento conocido hace verosímil la existencia del hecho desconocido de que se trata de probar, son operaciones que por naturaleza pertenecen a la inteligencia y a la conciencia del juez, y que escapan por lo común a la revisión de la Sala de Casación. S-No. de Expediente: 004119 del 94 03-03 - No Casa - Tribunal S. Valledupar - Castro Xiomara Elvira contra Susana Olguín de Celedón y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: G.J. Tomo XXIII, p. 212 y CVI, p. 123. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 024 404

TENENCIA \ POSESION \ DOMINIO \ POSESION-Elementos \ PRESCRIPCION \ PRESCRIPCION ADQUISITIVA \ INTERVERSION DEL TITULO - En relación con las cosas, puede encontrarse la persona en una de estas tres posiciones: propiedad, tenencia y posesión. Diferencias entre éstas dos últimas institu-

Págs.

ciones. / Mecanismos de singular protección legal a quien ostenta la calidad de poseedor. / Elementos sine qua non para la existencia de la posesión. / Puede ocurrir que el simple tenedor transmute esa calidad en la de poseedor, hipótesis ésta en la cual, a efectos de la prescripción adquisitiva de dominio no puede de ninguna manera computarse como posesión el tiempo en el que detentó el bien a título de mera tenencia, pues ella no puede conducir nunca a la usucapión y, como es lógico, esta última sólo podría alcanzarse si se demuestra la interversión de la tenencia a la posesión y solo a partir del comienzo de la segunda además, si, se tiene el bien con ánimo de señorío y de dominio por el tiempo exigido por la ley. S-No. de Expediente: 004250 del 94-03-03 - Casa - Tribunal S. Cali - Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez contra Stella Márquez Zawadsky y personas indeterminadas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: G. J. tomo : LXXXIII, 776; Cas. Civ. julio 30 de 1952, LXXII, 582; Casación diciembre 13 de 1954, LXXIX, 256; Cas. agosto 22 de 1957, LXXXVI, 14; Casación marzo 27 de 1957, LXXI, 501; Casación junio 23 de 1958, LXXXVIII, 203; G. J., tomo CXIX, número 2285 y 2286, -primera parte-, págs. 352 y 353. FE. Art. 669, 762, 764, 2528, 2529, 2531, 2532 C.C.; Ley 50 de 1936 art. 1o. EXTRACTO #: 026. No. Consecutivo: 025. 416

SENTENCIA SUSTITUTIVA \ EXCEPCION \ EXCEPCION DE MERITO - Siendo las excepciones de mérito, hechos nuevos de carácter impeditivo, modificatorio o extintivo frente a las pretensiones que se alegan por el demandado para enervar estas últimas, resulta apenas obvio como en formas unánime se reconoce desde antiguo por la técnica procesal, que si no existen los requisitos de estructuración de la pretensión, las excepciones pierden su punto de referencia. S-No. de Expediente: 004250 del 94-03-03 - Casa - Tribunal S. Cali - Luisa Nelly Zawadsky de Vásquez contra Stella Márquez Sawadsky y personas indeterminadas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. SENTENCIA SUSTITUTIVA. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 025 416

CONFLICTO DE COMPETENCIA \ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA \ TRIBUNAL SUPERIOR \ CONFLICTO DE JURISDICCION (SALVAMENTO DE VOTO) - Si ciertamente la ley no le atribuye a la Corte en pleno competencia para dirimir conflictos de jurisdicción o de competencia que se susciten entre dos juzgados pertenecientes a un mismo distrito judicial, deberá abstenerse de decidirlo -y consecuencialmente, disponer el envío de la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial, a fin de que haga el pronunciamiento que en derecho corresponda. Porque si a juicio de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el caso a estudio configura conflicto de competencia, por tratarse de los litigios (verbigracia civil-laboral; civil-familia) de dos especialidades de la jurisdicción ordinaria y no de diferentes jurisdicciones, ello se traduce en que del mismo debe conocer el Tribunal Superior, en Sala Plena, por presentarse la colisión entre dos juzgados pertenecientes a un mismo distrito. / SALVAMENTO DE VOTO: El asunto debió ser asumido y resuelto directamente por la Corte. El conflicto que surge entre un juez civil y uno de familia, no puede concebirse como de competencia, sino de jurisdicción. A-No. de Expediente: 004715 del 94-03-03 - Se abstiene de conocer el conflicto (Jdo. 3o. Civ. Cto. - 17 Flia.) Santafé de Bogotá - Murillo Alvarado Ana Belén contra Flor María Gómez Marín, Javier Antonio Triana Murillo y herederos indeterminados de José Antonio Triana García. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina

Págs.

Botero. Salvan voto: Drs. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta y Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Providencia del 7 de octubre de 1993. F.F: Arts. 256 C.N., decreto 2652 de 1991. 28 del C. de P.C., 68, 70 y 72 del C. de P.C., 152 del C. de P.T.; Decreto 528 de 1964; art. 28, inc. 2 del C. de P.C. EXTRACTO #: 027. No. Consecutivo: 051 432

SALVAMENTO DE VOTO - De los magistrados Carlos Esteban Jaramillo, Pedro Lafont Pianetta y Hector Marin Naranjo. 435

CONFLICTO DE COMPETENCIA \ COMPETENCIA TERRITORIAL \ CONTRATOS \ FUERO CONCURRENTE \ CARGA DE LA PRUEBA \ DOMICILIO \ CERTIFICACION \ CAMARA DE COMERCIO - Cuando el proceso tiene por hontanar un contrato, despunta en materia de competencia territorial un fuero concurrente, toda vez que amén de tener cabida el principio general que se rige por el lugar del domicilio del demandado, también la tiene el del cumplimiento -no celebración- del contrato, uno de los cuales puede escoger, ad libitum, el actor. / El demandante que invoque un fuero concurrente, tiene la carga de probar el supuesto fáctico de la norma que lo consagra. / Lo determinante es el domicilio que aparezca expresado en el Certificado de la Cámara de Comercio pertinente, careciendo de trascendencia, lo que sobre el particular simplemente se afirme. A-No. de Expediente: 004805 del 94-03-03 - Jdo. 17 Civ. Cto. Santafé Bogotá competente - Jdo. 1o. Civ. Cto. Soacha - 17 Civ. Cto. Santafé de Bogotá - Cruz Pulido Aquilino contra Transportes Multigranel Limitada. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. F.F: Art. 28 inc. 1, 23 num. 5, 9 y 10 del C. de P.C. 117 C. Co. EXTRACTO #: 030. No. Consecutivo: 056 439

94-03-04

DICTAMEN PERICIAL \ PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLOGICA \ INDICIO \ LEALTAD PROCESAL - Importancia de la prueba pericial antropohereditobiológica. Prueba indiciaria como consecuencia de la renuencia a su práctica. Doctrina del Congreso. / Eventos en que el juez podrá deducir indicios por la conducta procesal de las partes. / El legislador, ante la falta de lealtad o conducta antiprocesal de una de las partes, así como ante la renuencia o falta de colaboración en la práctica de las pruebas que han sido decretadas, erige tal conducta en indicio en contra de dicha parte, porque los litigantes, fuera de estar obligados a ser honestos o leales en la contienda, deben colaborar en la realización de los elementos de convicción, y en manera alguna asumir posiciones orientadas a perturbar o impedir la ocurrencia de las pruebas. S-No. de Expediente: 004110 del 94-03-04 - No Casa - Tribunal S. Buga - Palacio Jaramillo Rogelio Alberto contra El menor Julián Andrés González representado por su madre María Nelly González Marín. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. F.F.: Art. 7 Ley 75 de 1968; art. 249, 95, 101 parágr. 2o., num. 2o., 202, 210 inc. 2 art. 232, 285, 242 inc. 2, 246 num. 2, 246 num. 5 del C. de P.C. EXTRACTO #: 032. No. Consecutivo: 026 443

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL \ TESTIMONIO - Respetabilidad y modificación de la función legal de análisis probatorio realizado por el sentenciador, en tratándose de la prueba testimonial. / Una declaración no puede tratarse en manera alguna de una precisión matemática, estereotipada y precisa en sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación

Págs.

objetiva hubiere de exigirse, al testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia. S-No. de Expediente: 004110 del 94-03-04 - No Casa - Tribunal S. Buga - Palacio Jaramillo Rogelio Alberto contra El menor Julián Andrés González representado por su madre María Nelly González Marín. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Cas. Civ. 7 de mayo de 1968; Cas. Civ. de 2 de junio de 1958, T. LXXXVIII, 121. EXTRACTO #: 032. No. Consecutivo: 026. 443

PRESUNCION DE ACIERTO \ AUTONOMIA DEL JUZGADOR- Cuando las sentencias suben a la Corte como consecuencia de la formulación del recurso extraordinario de casación, llegan amparadas en su integridad por la presunción de acierto, tanto en la apreciación de los hechos como en las consideraciones jurídicas o legales que de la situación litigiosa haya hecho el juzgador en segundo grado. Y como éste goza de una discreta autonomía en la estimación de los elementos de convicción incorporados al proceso, sus conclusiones al respecto asumen la singular característica de ser intocables en casación, en la medida en que por la parte impugnante no se demuestre con certeza que el ad quem, al efectuar tal apreciación incurrió en yerro evidente de hecho o en uno de valoración. S-No. de Expediente: 004110 del 94-03-04 - No Casa - Tribunal S. Buga - Jaramillo Rogelio Alberto contra El menor Julián Andrés González representado por su madre María Nelly González Marín. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. EXTRACTO #: 032. No. Consecutivo: 026 443

ERROR DE HECHO - El yerro de hecho debe aparecer de modo manifiesto, lo cual se traduce en que debe ser tan notorio y grave que a simple vista se imponga a la mente sin complicados o esforzados raciocinios. S-No. de Expediente: 004110 del 94-03-04 - No Casa - Tribunal S. Buga - Palacio Jaramillo Rogelio Alberto contra El menor Julián Andrés González representado por su madre María Nelly González Marín. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. F.F.: Art. 368 num. 1 del C. de P.C. EXTRACTO #: 032. No. Consecutivo: 026. 444

94-03-07

CONTRATOS \ CONTRATO BANCARIO \ DEPOSITO \ TITULO VALOR \ CERTIFICADO DE DEPOSITO A TERMINO - Es necesario distinguir entre el contrato mismo de depósito, por un lado, contrato cuya existencia supone como únicas condiciones la entrega del dinero al banco y la obligación restitutoria a cargo de este último con arreglo a determinado plazo o según preaviso acordado, y de otro lado las posibilidades de documentación adecuada que para negocios mercantiles de este tipo suministra el ordenamiento positivo, posibilidades que van desde un recibo nominativo e intransferible semejante si se quiere a una libreta de ahorros, hasta un título valor de contenido crediticio, el Certificado de Depósito a Término (CDT), que no puede por ende equipararse nunca a una solemnidad especial de la que dependa la eficacia civil del ameritado contrato. S-No. de Expediente: 004161 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Cundinamarca - Linares Víctor Manuel contra Banco Popular -Sucursal Girardot-. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F.F.: Art. 1393, 1394, 1395 C. Co. EXTRACTO #: 033. No. Consecutivo: 027 466

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía indirecta \ ERROR DE HECHO Y DE DERECHO - La violación de una norma sustancial de modo indirecto o por con-

Págs.

tragolpe se puede dar por haber incurrido el sentenciador en error de derecho o de hecho, entre los cuales existen claras diferencias. / 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, 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 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. S-No. de Expediente: 004161 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Cundinamarca - Linares Valencia Victor Manuel contra Banco Popular -Sucursal Girardot-. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: sentencia 20 de febrero de 1990; Cas. Civ. 8 de junio de 1978. F.F.: Art. 368 num. 1 C. de P.C.EXTRACTO #: 033. No. Consecutivo: 027 466

CASACION-Diferencias \ APELACION-Diferencias \ THEMA DECIDENDUM \ THEMA DECISSUM - Al trazar la distinción entre la casación como recuso excepcional, y la apelación como recurso ordinario, se haya dicho que mientras que en esta su materia propia es el proceso como thema decidendum, la de casación es la sentencia como thema decissum. S-No. de Expediente: 003905 del 94-03-07 - No Casa Tribunal S. Medellín - Hernández Morales Pedro León contra Rosa Castrillón Tabares. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Cas. Civ. 7 de diciembre de 1965, G. J. t. CXIV, p. 222. EXTRACTO #: 034. No. Consecutivo: 028.. 482

CARGA PROCESAL \ NORMA SUSTANCIAL (2) - Sobre el recurrente continúa gravitando la carga de indicarle a la Corte las normas sustanciales con las cuales debe compararse la sentencia para ver si, efectivamente, esta las vulnera. / Reglas que debe seguir el censor en tratándose del señalamiento de normas sustanciales que constituyen base esencial del fallo o que deban serlo. Ejemplos de tales clases de normas. En el presente caso, la parte recurrente no enunció el art. 936 del C.C. S-No. de Expediente: 003905 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Medellín - Hernándo Morales Pedro León contra Rosa Castrillón Tabares. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. F.F.: Art. 368, 371 del C. de P.C.; art. 51 Decreto 2651 de 1991; art. 946 C.C.; art. 235 ord. 1 de la CN. EXTRACTO #: 034. No. Consecutivo: 028. 482

DEBER DEL JUEZ \ PODER DEL JUEZ \ PRUEBA DE OFICIO \ VERDAD PROCESAL - El juez, tanto el de primera como el de segunda instancia, se encuentra investido por la ley del poder-deber de decretar pruebas de oficio cuando las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. / Esa atribución es vertebral para la búsqueda de la verdad dentro del proceso. Sin embargo, ella no es absoluta como quiera que se encuentra sujeta a las restricciones señaladas por el propio ordenamiento, las cuales no deben ser interpretadas de manera extensiva pues tal cosa conduciría a constreñir de manera injustificada el ámbito propio del ejercicio de ese poder deber. S-No. de Expediente: 003925 del 94-03-07 - Casa - Tribunal S. Medellín - Gómez Muñoz Wilmer Orlando contra Liliana María del Socorro y del menor Jairo Alberto Gómez Posada, en calidad de herederos determinados de Silvio

Págs.

Jairo Gómez Peláez y de los herederos indeterminados del mismo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. F.F.: Art. 37, 38, 179 del C. de P.C. EXTRACTO #: 035. No. Consecutivo: 030. 494

DICTAMEN PERICIAL - En frente de un dictamen pericial insuficiente, al juzgador le es dable ordenar su ampliación, aclaración o adición, o, en vez de ello, decretar la práctica de uno nuevo con distintos peritos. Naturalmente, si opta por lo primero, tal cosa no excluye que si no lo satisface lo expuesto por los peritos, pueda luego tomar la determinación a que se acaba de aludir. S-No. de Expediente: 003925 del 94-03-07 - Casa - Tribunal S. Medellín - Gómez Muñoz Wilmer Orlando contra Liliana María del Socorro y del menor Jairo Alberto Gómez Posada, en calidad de herederos determinados de Silvio Jairo Gómez Peláez y de los herederos indeterminados del mismo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. F.F.: Art. 233 ib., inc. 2, 240, 238-1 C.P.C. EXTRACTO #: 035. No. Consecutivo: 030. 494

CONGRUENCIA \ ULTRA PETITA - Al estarse ante una determinación que no fue pedida por el demandante, se sigue que a su respecto la sentencia resulta inconsonante por ultra petita, pues se desconoció la pauta que el art. 305 del C. de P.C. le enseña al juzgador cuando le dice que la decisión que adopte debe guardar consonancia con la pretensión del actor, y que el demandado no puede ser condenado a más de lo pedido por aquel. S-No. de Expediente: 003925 del 94-03-07 - Casa - Tribunal S. Medellín - Gómez Muñoz Wilmer Orlando contra Liliana María del Socorro y del menor Jairo Alberto Gómez Posada, en calidad de herederos determinados de Silvio Jairo Gómez Peláez y herederos indeterminados del mismo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. F.F.: Art. 305 del C. de P.C. EXTRACTO #: 035. No. Consecutivo: 030. 494

NULIDAD SUSTANCIAL \ NEGOCIO JURIDICO \ SENTENCIA DE NULIDAD \ PRESTACIONES MUTUAS \ CORRECCION MONETARIA \ CONGRUENCIA \ INTERESES - El efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Por tal virtud, la sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por consiguiente, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado. / Para los eventos en que se deba restituir una suma de dinero a consecuencia de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico, su devolución debe ordenarse con ajuste monetario, aún ex oficio, sin que en este último evento, el fallo que así se pronuncie, se resienta de inconsonancia. / Cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, no solo debe restituirse la parte del precio pagado, con corrección monetaria, sino los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, que siendo el contrato de naturaleza comercial, sería el bancario corriente. / SALVAMENTO DE VOTO. Por la vía de los intereses que también son exigibles cuando en sentencia judicial es declarada la nulidad de un contrato y en razón a ello deben entregarse en devolución cantidades de dinero, no pueden cambiarse los papeles e incurriendo igualmente en notoria inequidad, abrirle paso al lucro injustificado del acreedor en detrimento del deudor, resultado al que se llega con seguridad cuando para este propósito son aplicados tipo de intereses corrientes que, en cuanto son tales y no la expresión de tasas puras o netas, representan las condiciones reales del mercado de capitales. S-No.

Págs.

de Expediente: 004163 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Pereira - Badih Merheg contra Laureano Gómez Botero. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Salvamento de voto: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Casación civil de 24 de marzo de 1983; fallo de 12 de agosto de 1988, sentencias de 25 de agosto de 1988 y 2 de febrero de 1990. F.F: Art. 1746, 1617 y 2232 del C.C. EXTRACTO #: 036. No. Consecutivo: 031 509

SALVAMENTO DE VOTO - De los magistrados Carlos Esteban Jaramillo, Pedro Lafont Pianetta y Hector Marin Naranjo. 521

NULIDAD PROCESAL \ FALTA DE JURISDICCION \ JURISDICCION ORDINARIA \ JURISDICCION CIVIL \ JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA \ EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - El art. 140 del C. de P.C., consagra como causal de nulidad "cuando corresponde a distinta jurisdicción", la cual tiene el carácter de insanable, pudiéndose invocar en cualquier momento, incluso en el recurso de casación. / La jurisdicción como facultad de administrar justicia, según la organización judicial está distribuida entre otras, en jurisdicción ordinaria o común y jurisdicción contencioso-administrativa dentro de la primera se encuentra la civil, a la que corresponde todo asunto que no esté atribuido por la ley a otra jurisdicción, y a la segunda tiene por objeto el juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados con las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas. / Régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado. Cuando se trata de actos expedidos por tales empresas en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de derecho privado y será competente para conocer de ellos la jurisdicción ordinaria. Cuando los actos se realicen para el cumplimiento de funciones administrativas a que estas entidades haya encomendado la ley, están sujetos al derecho público, son actos administrativos y contra ellos proceden los recursos gubernativos previstos en las leyes, y la competencia jurisdiccional para conocer de ellos corresponde al juez administrativo. Organización interna de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado. / La Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" es una empresa industrial y comercial del Estado, creada por la Ley 165 de 1948. S-No. de Expediente: 003873 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Villavicencio - Duarte Angel Miguel y otros contra Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol". MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo Garcia Sarmiento. Igual sentido: Concepto del 10 de abril de 1973 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; auto 25 de abril e 1986 Sala de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 28 de enero de 1990 la Corte. F.F.: Art. 368 num. 5, 140 num. 1, 16 del C. de P.C.; Decreto 1050 y 3130 de 1968; Ley 165 de 1948. EXTRACTO #: 037. No. Consecutivo: 032. 524

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL \ ERROR DE HECHO-Requisitos - La causal de casación consistente en la violación de la ley sustancial, por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba, se presenta por suposición o preterición de ella, y para que resulte válido se requiere que: 1) El yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en autos, e ignorando la que ciertamente existe en el proceso, o adulterando la objetividad de ésta o cercenándole su real contenido: 2) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, esto es contraria a la realidad manifiesta-

Págs.

mente establecida por las pruebas en cuestión y 3) De contener 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 lo tanto, si cualquiera de las anteriores exigencias falta, el cargo es impróspero y, por ende, el fallo acusado debe quedar en pie. ¿Cuándo esta clase de error es manifiesto o evidente?. S-No. de Expediente: 003873 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Villavicencio - Duarte Angel Miguel y otros contra Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol". MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencias del 20 de febrero de 1991 y del 28 de febrero de 1992; G.J. Tomo CLXXXVIII, pág. 126; fallo del 27 de septiembre de 1990; extractos de jurisprudencia, Tercer trimestre de 1990, pág. 135; G.J. T. CXXXIV, pág. 95 y sentencia del 5 de diciembre de 1990, sin publicar. F.F.: Art. 368 num. 1 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 032. 524

ERROR DE DERECHO - El sentenciador incurre en error de derecho cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observación de los requisitos legales para su producción, o cuando viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las valora 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 probatorio el mérito señalado, o lo da por demostrado por 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-No. de Expediente: 003873 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Villavicencio - Duarte Miguel Angel y otros contra Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol". MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J. XCI, 62. F.F.: Art. 368 num. 1 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 032. 525

PRUEBA EXTRAJUDICIAL \ INSPECCION JUDICIAL \ DICTAMEN PERICIAL - El art. 300 del C. de P.C., con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989, permite la práctica extrajudicial de la inspección judicial y la peritación; la primera con el objeto de verificar los hechos susceptibles de ser apreciados directamente por el juez, y la segunda para establecer aquellos no susceptibles de ello; uno y otro medio tienen valor probatorio según lo que disponga la ley para cada caso. S-No. de Expediente: 003873 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Villavicencio - Duarte Angel Miguel y otros contra Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol". MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. F.F.: Art. 300 C. de P.C.; Decreto 2282 de 1989 art. 1o. mod. 132. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 032. 525

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO \ TESTIMONIO \ TECNICA DE CASACION - Mientras el error de hecho se produce en la contemplación objetiva o material de las probanzas, el de derecho aparece es cuando, superado el anterior aspecto, el juzgador acomete la labor de ponderarlas, vale decir, cuando se da a la tarea de contemplarlas jurídicamente. / En la apreciación de la prueba testimonial el sentenciador puede cometer error de hecho o de derecho. Eventos en los cuales se incurre en uno y otro clase de estos yerros. / Cae en grave falla contra la técnica del recurso extraordinario de casación, el no diferenciar esos dos tipos de errores probatorios. S-No. de Expediente: 003995 del 94-03-07 - No Casa -

Págs.

Tribunal S. San Gil - Quiroga Alfonso y Luis Alberto contra María del Carmen Isabel, Amalia Teresa, Tomás y Alejandro Mendoza Rugeles, herederos de Tomás Mendoza Pradilla y contra su cónyuge supérstite Isabel Rugeles de Mendoza. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Cas. Civ. de 10 de julio de 1974, proceso ordinario de Walter Camilo Cámaro contra los herederos de Camilo Mutis Daza; Sentencias de 7 de mayo de 1968, 23 de julio de 1970; CVI.XXX, 189; CVII, p. 86. F.F.: Art. 369 num. 1 del C. de P.C.; 228 ibídem. EXTRACTO #: 038: No. Consecutivo: 033 556

ERROR DE HECHO-Requisitos \ ERROR DE HECHO-Modalidades - El error de hecho que tiene la virtud de dar al traste con la sentencia impugnada en casación, es solamente aquel que cfunde de manera ostensible y tiene influencia en la decisión adoptada, sirve de causa al quiebre de la misma, esto es, ser manifiesto y trascendente. Es manifiesto 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 resulta absolutamente contrario a la evidencia del proceso. Y trascendente, cuando es el determinante de que se haya tomado la decisión que se acusa de ilegal, de tal suerte que, de no haberse producido la falencia en el juzgador, la decisión hubiese sido otra. Esta clase de error, puede ofrecer varias modalidades, ya por preterición de ellos, otra por suposición de las mismas, comprendiendo una y otra la distorsión objetiva por cercenamiento o por adición. S-No. de Expediente: 003969 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Ibagué - Basilio Oyola Javier contra María Lis de Barbosa, Inocencia Lis Ducuara, Basilio Lis Tovar y María Dolores Sánchez viuda de Lis, éstos, los demandados, en su calidad de herederos universales de los causantes Basilio Lis Lozano y José Vicente Lis Tovar. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: LXXVIII, pág. 974; CII, p. 210. F.F.: Art. 368 num. 1 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 034 567

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL \ POSESION NOTORIA - La ley se preocupó por señalar el rango o categoría de los hechos que según él podían configurar la posesión de estado eligiendo los más significativos y protuberantes de los que dentro del respectivo estado civil podían producirse. El tratamiento cariñoso y afectuoso del presunto padre para con el hijo no puede por sí solo ser suficiente a esos efectos. / El trato que demanda el legislador es el que arranca de la propia persona que es señalada como progenitor, y no el que tiene iniciativa en sus parientes y familiares. S-No. de Expediente: 003969 del 94-03-07 - No Casa - Tribunal S. Ibagué - Basilio Oyola Javier contra María Lis de Barbosa, Clemencia Lis Tovar, Inocencia Lis Ducuara, Basilio Lis Tovar y María Dolores Sánchez viuda de Lis, los demandados, en su calidad de herederos universales de los causantes Basilio Lis Lozano y José Vicente Lis Tovar. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Cas. Civ. 27 de agosto de 1968; CXXXIV, p. 104; CVIII, 109. F.F.: Ley 75 de 1968 art. 6. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 034 567

94-03-08

ERROR DE HECHO \ TESTIMONIO-Grupo de testigos - Para que el error de hecho estructure ataque eficaz en casación, debe tener la connotación de evidente, fenómeno producido cuando la conclusión de los hechos sacada por el juzgador es abiertamente contradictoria con la realidad probatoria del proceso, al punto que

Págs.

es fácilmente advertida por los sentidos y de tal trascendencia que al hacer actuar correctamente las pruebas en que se apoya en fallo o las del acervo preteridas, la conclusión se hace necesariamente diferente, porque la del sentenciador no tiene cabida en el ámbito de la lógica o en la concreta realidad de la actuación. / No se incurre en dicho yerro cuando el sentenciador omite hacer mención expresa de una prueba en particular o se abstiene de apreciar las inidóneas o ineficaces. / Cuando existe pluralidad de elementos de convicción debe singularizarse el que ha sido preterido o indebidamente apreciado. / En el presente caso, el Tribunal pretirió las declaraciones de algunos testigos. S-No. de Expediente: 004101 del 94-03-08 - Casa - Tribunal S. Medellín - Tobón José Edgar y Rodrigo Rojas Rodríguez contra Sociedad "Antioqueña de Automotores y Repuestos S.A. - ANDAR S.A.", "Compañía Automotriz S.A." y "Vehiservicio Limitada". MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alberto Ospina Botero. Igual sentido: sentencia de 5 de noviembre de 1973; G.J. CXLVII, pág. 106; sentencia de 31 de mayo de 1965, G. J. CXI, pág. 131; sentencia de 3 de noviembre de 1975, F.F.: Art. 368 num. 1 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 035 578

ERROR DE HECHO-Modalidades \ PRUEBA CONDUCENTE \ PRUEBA EFICAZ - Si el error de hecho, con virtualidad suficiente para casar la sentencia recurrida, no solamente 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), sino también a demostrar que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria es contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y, que además, dicho yerro es trascendente, por cuanto fue la causa determinante de adoptar en la providencia impugnada decisiones contrarias a la legal. / No es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces para desvirtuar los hechos que otros medios de pruebas demuestran. S-No. de Expediente: 003970 del 94-03-08 - No Casa - Tribunal S. Pasto - Yela Leidy Dayana contra Alvaro Landázuri Bastidas. MAGISTRADO PONENTE: Rafael Romero Sierra. F.F.: Art. 368 num. 1 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 037 597

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL \ RELACIONES SEXUALES \ EXCEPTIO PLURIUM CONSTUPRATORUM - Necesítase para reconocer la excepción "plurium constupratorum", que se demuestren a plenitud los hechos de los cuales él pueda llegar al convencimiento de que el trato carnal ocurrió precisamente en la época en que la madre concibió y no en tiempo anterior o posterior. Es suficiente la menor duda en el punto, para que no le sea posible al fallador acceder al reconocimiento de la precitada excepción. S-No. de Expediente: 003970 del 94-03-08 - No Casa - Tribunal S. Pasto - Yela Leidy Dayana contra Alvaro Landázuri Bastidas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J. CLII, primera parte, 514. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 037 597

94-03-10

BUENA FE \ ACCION DE RECOBRO \ ACCION REIVINDICATORIA \ ACCESION \ DERECHO REAL \ DOMINIO \ POSESION \ PRESCRIPCION -

Págs.

Buena o mala fe, según la posición en que encuentre el dueño del predio, en relación con los dos supuestos de que trata el art. 739 del C.C. / En qué consiste la acción de recobro. / Junto con la de dominio o reivindicatoria, la acción de reintegración o de simple recobro, aparte de constituir uno de los medios adecuados para resolver cuestiones de accesión industrial, es igualmente una de las maneras o vías legales para atender a la defensa jurídica del derecho de propiedad. / La acción de recobro prevista en el artículo 739 del Código Civil, al igual que acontece con la acción reivindicatoria, y como se predica así mismo del derecho real de dominio que las dos tienen por finalidad tutelar, no se extingue por el sólo transcurso del tiempo. Para que ello ocurra es necesario que un tercero pruebe posesión regular o irregular por espacio de diez o veinte años tratándose de inmuebles, es decir que demuestre haber reunido los requisitos indispensables para adquirir la propiedad por efecto de la usucapión. S-No. de Expediente: 003586 del 94-03-10 - Revoca sentencia - Tribunal S. Cartagena - Tatis Acosta Alfredo contra Carlos Arturo Velásquez Pereira. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: G. J. Tomos LXII. pág. 751, LXXIII, pág. 183 y CLV, pág. 269; G. J. Num. 1950, pág. 751; G. J. Tomo CXI, págs. 102 y 109; G. J. LXXXV, pág. 14. FF: Art. 739, 2538 C.C. EXTRACTO #: 040. No. Consecutivo: 038. 612

REVISION \ NULIDAD PROCESAL \ INDEBIDA NOTIFICACION \ EMPLAZAMIENTO \ DERECHO DE DEFENSA \ PRESCRIPCION ADQUISITIVA \ PERTENENCIA \ PERSONAS \ CAPACIDAD \ CURADOR AD LITEM - La causal de revisión consistente en la nulidad originada en el indebido emplazamiento o notificación que se realice a la parte demandada, busca dar la oportunidad de una adecuada defensa, antes de que se consoliden derechos mediante sentencias como las que declara la prescripción adquisitiva de dominio al concluir un proceso de pertenencia. / Conducta de los funcionarios y del demandante, con el fin de obtener una adecuada notificación o emplazamiento, o impedir que se adelante un proceso a espaldas del demandado. / La capacidad de los seres humanos para adquirir derechos o contraer obligaciones, es decir su capacidad jurídica, atributo determinante para que, en el mundo del derecho, puedan ser catalogados como personas, se inicia con su nacimiento y termina con su muerte. Los muertos no pueden ser procesalmente emplazados ni representados validamente por curador ad litem. / La sentencia que se obtenga en proceso adelantado directamente con el difunto y sin la debida citación de sus herederos, es fallo que está contagiado de vicio de nulidad por falta de citación o emplazamiento, hecho constitutivo de la causal séptima de revisión. / El curador ad litem que se nombra a las personas indeterminadas, no puede representar validamente a quienes sean titulares de derechos reales registrados, pues ellos no son, de un lado, personas indeterminadas sino personas ciertas. S No. de Expediente: 004327 del 94-03-10 - Declarar fundada causal de revisión - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Suárez Galvis María Inés contra Jorge E. Salgar Rodríguez y personas indeterminados. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Sentencia de marzo 11 de 1991; G. J. Tomo CLXXII. pág. 171 y siguientes; sentencia de 8 de septiembre de 1983. FF.: Decreto 2282 de 1989 art. 1o. num. 80; Art. 1155 del C.C.; art. 90 C.C.; art. 9 Ley 153 de 1887. 621

SENTENCIA SUSTITUTIVA: PERJUICIO-Legitimación \ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL \ PERJUICIO-Legitimación \ PERJUICIO MATE-

Págs.

RIAL \ PERJUICIO MORAL \ ARBITRIUM IUDICIS - Si de la privación de la vida de una persona se trata, cuentan con legitimación personal o propia para reclamar indemnización las víctimas mediatas o indirectas del mismo acontecimiento, es decir quienes acrediten que sin ser agraviados en su individualidad física del mismo modo en que lo fue el damnificado directo fallecido, sufrieron sin embargo un daño cierto indemnizable que puede ser: de carácter material al verse privados de la ayuda económica que esa persona muerta les procuraba o por haber atendido al pago de expensas asistenciales o mortuorias, y de carácter puramente moral, reservados estos últimos para aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima directa del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo, legitimación esta que dimana de la urdimbre de las relaciones que se entretejen con ocasión de los vínculos propios de la familia. / Reparar valores morales por el sendero del "arbitrium iudicis" no importa crear beneficios injustificados para nadie, sino corregir con sentido de justicia, satisfacer o desagraviar sentimientos legítimos heridos sin derecho. / En el presente caso, se justiprecia en la suma de dos millones de pesos ($2.000.000.oo) el valor de los perjuicios morales subjetivos para cada uno de los padres demandantes, mientras que para las hermanas, se fija en la cantidad de quinientos mil pesos ($500.000.oo). S-No. de Expediente: 003446 del 94-03-10 - Confirma parcialmente sentencia - Tribunal S. Valledupar - Méndez Paternina Guillermo, Sara Olivares Ojeda y Juana del Milagro, Anastacia, Nalvis, Flor María, Esther, Dominga Isabel, Farides del Socorro, Doris de los Santos y Fredys Enrique Méndez Olivares contra Sociedad Electrificadora del Cesar. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: G. J. Tomo CXIX, pág. 259; G. J. Tomo CC, pág. 85; G. J Tomos LV, pág. 417, y LX, pág. 287; G. J. Tomo LVII, pág. 532; G. J. Tomo XLVI, pág. 690; G. J. Tomo CC, pág. 86; G. J. Tomo LX, pág. 290. F.F.: Art. 2341 C.C.; Art. 230 C.N.; Decretos gubernamentales que entre 1985 y 1994 han fijado el salario mínimo: decreto 01 de 1985; Decreto 3754 de 1985; Decreto 3732 de 1986; Decreto 2545 de 1987; Decreto 2662 de 1988; Decreto 3000 de 1989; Decreto 3074 de 1990; Decreto 2867 de 1991; Decreto 2061 de 1992; Decreto 2548 de 1993. EXTRACTO #: 042. No. Consecutivo: 040 635

94-03-11

REVISION \ MANIOBRA FRAUDULENTA - Finalidad de la causal sexta de revisión. Qué comporta la alegación de esta causal. Significado de la expresión "maniobra fraudulenta". No resulta admisible en manera alguna que, so pretexto de la existencia de "maniobras fraudulentas" en el proceso en el cual se dictó la sentencia impugnada intente revivirse el debate que sobre la cuestión fáctica ha debido surtirse en las instancias, pues, mediante el recurso extraordinario de revisión, no puede pretenderse enmendar situaciones graves y perjudiciales que hubieran podido evitarse en el proceso con una gestión oportuna y eficaz de la parte afectada en la sentencia, ni tampoco un replanteamiento del asunto ya decidido, procurando mejorar la causa pretendi o las pruebas. S-No. de Expediente: 004418 del 94-03-11 - Infundado recurso de revisión - Tribunal S. Buga - Zorrilla Escobar María Ruby, María del Socorro, Luz Angela, María Elena, Jesús Antonio, Kelly, Henry, Mabel y José Mauricio Zorrilla Escobar dentro del proceso de Pedro Nel Zorrilla Victoria contra María Angela Escobar y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: G. J. t.

Págs.

LV, pág. 536; tomo CLXV, pág. 36; sentencia 217 de 19 de junio de 1989; G. J. t. CXLVIII, pág. 46; CLV, pág. 26. FE: Decreto 1400 y 2019 de 1970; Art. 380 num. 6 C. de P.C. EXTRACTO #: 000.No. Consecutivo: 041 651

PETICION DE HERENCIA - El derecho que alegue el demandante, derivado de la calidad de heredero que demuestre como prevaleciente o simplemente concurrente en relación con la misma calidad que aduzca el ocupante de los bienes herenciales es el cimiento fundamental de la acción de petición de herencia. S-No. de Expediente: 003272 del 94-03-11 - Confirma sentencia parcialmente - Jdo. 1o. Civil del Cto. de Valledupar - Alonso Gamez Luisa María contra Soraya Alonso Aponte, quien fue citada como heredera de Tomás Rafael Alonso Baquero. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: CXXXII, pág. 254. EXTRACTO #: 043. No. Consecutivo: 042. 658

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL \ PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Prueba \ ESTADO CIVIL \ PRUEBA DEL ESTADO CIVIL. - Tratándose de la demostración de la filiación paterna extramatrimonial, esta no queda satisfactoriamente fijada con la simple mención que de este se haga. Fuentes legales de la precitada filiación. S-No. de Expediente: 003272 del 94-03-11 - Confirma sentencia parcialmente - Jdo. 1o. Civil Cto. Valledupar - Alonso Gamez Luisa María contra Soraya Alonso Aponte, quien fue citada como heredera de Tomás Rafael Alonso Baquero. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. EXTRACTO #: 043. No. Consecutivo: 042 658

PARTICION \ NEGOCIO JURIDICO \ INOPONIBILIDAD - Corresponde a la partición, negocio jurídico de carácter declarativo con efectos retroactivos, la función de liquidar la comunidad hereditaria mediante la distribución de lo que corresponde a cada asignatario. / La sentencia aprobatoria de la partición es inoponible al demandante titular de la acción de herencia, lo que lo legitima para exigir que la partición se efectúe con su intervención y atendiendo las normas que disciplinan la división sucesoral. S-No. de Expediente: 003272 del 94-03-11 - Confirma sentencia parcialmente - Jdo. 1o. Civ. Cto. Valledupar - Alonso Gamez Luisa María contra Soraya Alonso Aponte, quien fue citada como heredera de Tomás Rafael Alonso Baquero. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Héctor Marín Naranjo. FE: ART. 1391, 1392, 1384. EXTRACTO #: 043. No. Consecutivo: 042. 658

94-03-14

CONTRATO DE SUMINISTRO \ RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - En la hipótesis de acordar las partes que una de ellas pueda dar por terminado el contrato de suministro con la asunción como consecuencia de determinadas prestaciones, al hacer uso de la facultad dicha parte tiene que cumplir las prestaciones que su voluntad convenida determinó con la otra parte, luego si no responde a lo que se obligó, es pretermitir su compromiso surgido del consentimiento contractual. Es por eso entonces por lo que ante la inconsecuencia ocurrida la hipótesis convencional, la situación es de responsabilidad contractual por incumplimiento. / Características del contrato de suministro. S-No. de Expediente: 003061 del 94-03-14 - Revoca sentencia proferida por el juzgado - "Consorcio Colombiano de la Construcción", integrado por las Sociedades "Ingenieros y Constructores Gayco S.A.", "Vías y Constructores Vincon S.A.", "Carrillo Manrique y Asociados Limitada",

Págs.

"Uricoechea Calderón y Cía. Ltda." y "Nieto Reyes Ltda." contra "Occidental de Colombia Inc., Corporación de del Ware. Estados Unidos de Norteamérica (sic), sucursal de Colombia. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento; salvamento de voto Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F.F.: Art. 968 del C. de Co. EXTRACTO #: 044. No. Consecutivo: 043 664

CONTRATOS \ INTERPRETACION CONTRACTUAL - El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituyen una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon. S-No. de Expediente: 003961 del 94-03-14 - Revoca sentencia proferida por el juzgado - "Consorcio Colombiano de la Construcción" integrado por las sociedades "Ingenieros y Constructores Gayco S.A.", "Vías y Constructores Vincon S.A.", "Carrillo Manrique y Asociados Limitada", "Uricoechea Calderón y Cía. Ltda." y "Nieto Reyes Ltda." contra "Occidental de Colombia Inc., Corporación de del Ware, Estados Unidos de Norteamérica (sic), sucursal de Colombia. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento; salvamento de voto: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Cas. Civ. 15 de marzo de 1985, CXI y CXII, 71. EXTRACTO #: 044. No. Consecutivo: 043 664

CORRECCION MONETARIA - Para establecer la suma de dinero que el deudor debe pagar al acreedor, se aplica la regla general según la cual se procede de la siguiente manera: cada una de las sumas constituyen la base que debe ser objeto del reajuste, de lo cual se infiere que la actualización resulta de sumar a esta base la variación ocurrida entre la fecha del pago y la del último índice certificado por el Dane (base x variación). La variación a su vez se obtiene multiplicando la base por el índice final certificado dividiendo por 100, pues ésta corresponde a la devaluación porcentual de las dos fechas. En síntesis y en los términos más claros, al capital nominal a restituir se le debe sumar la depreciación ocurrida, a ese capital en el lapso respectivo. / SALVAMENTO DE VOTO: Se formula salvamento de voto en torno a las operaciones de liquidación allí puestas en práctica para expresar las mencionadas condenas en cantidades determinadas, habida cuenta que el procedimiento utilizado con la asistencia de peritos para calcular intereses y aplicarlos a capitales de antemano reajustados, en tanto no consulta la distinta naturaleza de las obligaciones en discusión, redunda en una carga excesiva para aquella entidad en su condición de deudora de las prestaciones respectivas, carga que en consecuencia no tiene claro respaldo en la ley. S-No. de Expediente: 003061 del 94-03-14 - Revoca sentencia proferida por el juzgado - "Consorcio Colombiano de la Construcción" integrado por las sociedades "Ingenieros y Constructores Gayco S.A.", "Vías y Constructores Vincon S.A.", "Carrillo Manrique y Asociados Limitada", "Uricoechea Calderón y Cía. Ltda." y "Nieto Reyes Ltda." contra "Occidental de Colombia Inc., Corporación de del Ware, Estados Unidos de Norteamérica (sic), sucursal de Colombia. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Salvamento de voto: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: sentencia 30 de noviembre de 1992; SALVAMENTO DE VOTO: G. J. Tomo CC, págs. 20 y siguientes. F.F.: Art. 884

Págs.

C. Co.: art. 5o. Ley 153 de 1887; 1617 y 2232 del C.C. EXTRACTO #: 044.No. Consecutivo: 043 664

SALVAMENTO DE VOTO - De los magistrados Carlos Esteban Jaramillo, Pedro Lafont Pianetta y Hector Marin Naranjo. 689

94-03-15

SIMULACION \ SIMULACION-Prueba - Puede demostrarse la simulación de los actos jurídicos acudiendo para el efecto, con entera libertad, a cualquiera de los medios de prueba admitidos por la ley, sin que para ello haya que distinguir quiénes son los sujetos del litigio, pues nada interesa ahora que el proceso se adelante entre quienes fueron parte en el acto o negocio jurídico cuya simulación se impetra declarar o sus herederos en el carácter de tales, o si la controversia judicial se plantea por un tercero o por herederos de una de las partes que actúan en el proceso jure propio y no jure hereditario. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva - Ramón de Vásquez gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María Jesús Correa de Polo y sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca; Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo y otros. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: Sentencia de 25 de septiembre de 1973 (G. J. tomo CXVII, No. 2372 a 2377, págs. 61 a 78) y 28 de febrero de 1979; g. J. tomo CLIX, pág. 51). F.F.: Art. 698 del C. de P.C.; Arts. 1759 y 1767 del C.C.; 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887. EXTRACTO #: 045. No. Consecutivo: 044 693

VALORACION PROBATORIA \ AUTONOMIA DEL JUZGADOR \ ERROR DE HECHO \ TESTIMONIO-Grupo de Testigos - Autonomía del juzgador en la función evaluadora de la prueba a menos de incurrirse en yerro evidente de hecho o de derecho, sin que se incurra en aquel cuando ante la existencia de dos grupos de testigos se acoja lo dicho por uno de ellos y se desecha lo afirmado por el otro. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva - Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María Jesús Correa de Polo y los sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: G. J. tomo XLV, pág. 233. EXTRACTO #: 045. No. Consecutivo: 044 693

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta \ ERROR DE HECHO - Cuando se alegue la violación de normas de derecho sustancial, por vía indirecta como consecuencia de error de hecho en la apreciación probatoria es necesario que el recurrente lo demuestre, demostración que no se logra con la simple enunciación del yerro en que se dice incurrió el sentenciador. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. neiva - Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra Maria Jesús Correa de Polo y por os sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca, Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. F.F.: Art. 374 del C. de P.C. EXTRACTO #: 045. No. Consecutivo: 044 693

DICTAMEN PERICIAL \ ERROR DE DERECHO - En el presente caso, el tribunal incurrió en el error de derecho de apreciar esta prueba -dictamen pericial- con

Págs.

ostensible violación de los arts. 238 y 174 del Código de Procedimiento Civil, error este que, sin embargo, no tiene la fuerza suficiente para destruir la conclusión del sentenciador sobre el precio irrisorio de las ventas que se pretenden simuladas, por cuanto tal dictamen, no es el único soporte probatorio de la sentencia del tribunal al respecto. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa Tribunal S. Neiva - Sala de Familia - Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María de Jesús Correa de Polo y por los sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca: Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. F.F.: Art. 238 y 174 del C. de P.C. EXTRACTO #: 045 No. Consecutivo: 044. 694

LAPSUS CALAMI - En caso sub-lite es cierto que los folios 10 a 16 del cuaderno siete no existen, pero ese "lapsus calami" en la cita no tiene de ninguna manera fuerza de tal naturaleza como para infirmar la conclusión del sentenciador. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva -Sala de Familia- Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María de Jesús Correa de Polo y por los sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca: Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. EXTRACTO #: 045. No. Consecutivo: 044 694

SIMULACION \ NEGOCIO JURIDICO \ MEDIO PROBATORIO \ INDICIO \ AUTONOMIA DEL FALLADOR \ PRESUNCION DE ACIERTO - Hábitos o usos simulatorios de una persona como indicadores de comportamiento simulatorio en negocios jurídicos posteriores. / La inferencia lógica a que llega el juzgador en materia indiciaria, es un asunto que, de ordinario se deja al prudente juicio del fallador, a su "discreta soberanía", de manera tal que, tan solo cuando su conclusión resulta de bulto como manifiestamente contraria a las que en sana lógica se deduzca de los hechos indicadores, pueda ser infirmada mediante el recurso extraordinario de casación. / Presunción de acierto de las decisiones del tribunal. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva -Sala de Familia- Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María Jesús Correa de Polo y por los sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca: Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: Sentencia No. 059 de 23 de febrero de 1990; Cas. Civ. 22 de noviembre de 1965, G. J., tomo CLXXVI, No. 2415, pág. 73. EXTRACTO #: 045. No. Consecutivo: 044 694

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta 694

MEDIDA CAUTELAR \ INSCRIPCION DE LA DEMANDA \ DEMANDA \ IDENTIDAD JURIDICA DE PARTES - A partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, la inscripción de la demanda decretada como medida cautelar en procesos ordinarios, si bien no pone los bienes sujetos a registro fuera del comercio, somete a quien los adquiera con posterioridad "a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 332" del mismo código. Es decir que, por ministerio de la ley, el adquirente se somete a lo que se decida en el fallo que se dicte en el proceso en el cual se decretó la medida precautoria en mención,

Págs.

a cuyo efecto "se entiende que hay identidad jurídica de partes" entre el tradente y el adquirente "por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda". S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva - Sala de Familia Ramón de Vásques Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María Jesús Correa de Polo y sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca: Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. F.F: Art. 690, 332 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 044 695

PROVIDENCIA JUDICIAL \ SENTENCIA-Contenido \ DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS - Las decisiones que contenga el fallo, como expresión que este es de la actuación de la ley en el caso concreto, han de ser inteligibles de un lado y, de otro, no pueden contener disposiciones contradictorias, es decir, que se excluyan entre sí, por cuanto en tal caso se torna imposible la operancia simultánea de lo resuelto en sentidos opuestos en el mismo fallo y, en rigor, habría de decirse que en tal hipótesis no se cumple con la función encomendada a la rama jurisdiccional, pues la inejecutabilidad de una sentencia que respecto al mismo litigio manda y no manda, condena y no condena, declara y no declara, vulnera en forma grave el derecho de los asociados a que se les administre justicia. / Excepción al principio de que la fuerza obligatoria de una sentencia se encuentra en la parte resolutiva y no en la motiva. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva -Sala de Familia- Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María de Jesús Correa de Polo y por los sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca: Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: G. J., tomo LXIX, pág. 544. F.F.: Art. 304 del C. de P.C. EXTRACTO #: 046. No. Consecutivo: 044 695

INTERPRETACION DE LA DEMANDA \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta \ CONGRUENCIA - El definir si tal pretensión existe o no existe, es asunto propio de la labor judicial de interpretación de la demanda, asunto este que en caso de error manifiesto sobre el particular, correspondería ser alegado dentro del ámbito propio de la primera de las causales de casación, por violación indirecta de normas sustanciales y no por una supuesta incongruencia del fallo, ya que esta es una causal autónoma e independiente de las demás que consagra la ley. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva -Sala de Familia Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María Jesús Correa de Polo y sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca; Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. F.F.: Art. 368 num. 1 y 2 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 044 696

SIMULACION-Efectos \ TERCERO \ PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES \ TESTAFERRO - Los efectos de la declaración de simulación de un contrato no se extienden a terceros de buena fe. Razón de ser del art. 1766 del C.C. / Si el supuesto tercero solo lo es en apariencia como ocurre cuando simplemente actúa como prestanombre o testaferro del supuesto adquirente simulado para fingir a su turno una calidad de dueño que no tiene en realidad, quien así actúa, una vez puesta al descubierto la simulación inicial se somete igualmente a sus consecuencias ya que, en caso contrario, habría de concluirse que en la hipótesis de más

Págs.

simulaciones sucesivas o en cadena, siempre podría burlarse la restitución de las cosas al statu quo anterior, como si nada hubiese ocurrido, esto es, como si el acto simulado no hubiese sido puesto al descubierto, lo cual, sin duda, repugna al derecho y a la majestad de la justicia. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva -Sala de Familia- Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María de Jesús Correa de Polo y sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca: Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. F.F.: Art. 1766 del C.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 044 696

TECNICA DE CASACION \ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Directa - Habiéndose presentado el cargo por violación directa de la ley sustancial, el casacionista desatiende la regla técnica que le impone el deber de no disentir las apreciaciones probatorias del ad-quem y aducir su argumentación en razones jurídicas de dicho quebranto, porque, ciertamente se aleja de ellas. S-No. de Expediente: 004088 del 94-03-15 - No Casa - Tribunal S. Neiva -Sala de Familia- Ramón de Vásquez Gladys Inés, como heredera de Jesús Ramón Cuéllar contra María Jesús Correa de Polo y sucesores procesales de Rodolfo Rojas Cuenca: Ismenia Trujillo viuda de Rojas, Maritza y Rodolfo Rojas Trujillo. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Pedro Lafont Pianetta. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 044 696

REVISION-Naturaleza \ REVISION-Causales \ NULIDAD PROCESAL \ INDEBIDA REPRESENTACION \ FALTA DE NOTIFICACION \ EMPLAZAMIENTO \ CURADOR AD LITEM \ ETICA PROFESIONAL \ INVESTIGACION DISCIPLINARIA - La naturaleza excepcional de este recurso extraordinario de revisión significa que únicamente sea procedente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el art. 380 del C. de P.C., causales que son de interpretación restrictiva. / Las nulidades por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, no pueden ser invocadas eficazmente sino por la parte mal representada, notificada o emplazada, por ser ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios. / Los muertos no pueden ser procesalmente emplazados, ni mucho menos representados validamente por curador ad litem. / No basta afirmar que se desconoce al demandado o se ignora su domicilio, si de otros medios aducidos al debate surge que el demandante no podía ignorar quien debía ser su opositor o cuál era su domicilio. / En el presente caso, por afirmarse bajo juramento que se ignoraba el domicilio del demandado, a sabiendas de que éste había fallecido y que existían herederos conocidos que lo representaban, la abogada no ajustó su conducta a los deberes que imponen la ética profesional y el legal ejercicio de la abogacía, de lo cual se dispone que por autoridad competente se realice la pertinente investigación disciplinaria. S-No. de Expediente: 003689 del 94-03-15 - Fundado recurso de revisión - Tribunal S. Bogotá - Rodríguez Ardila María Candelaria contra Alfredo García Mora y personas indeterminadas. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: sentencias de revisión del 11 de junio de 1976, G. J. CLII, 191; 14 de dic. de 1976, 18 de abril de 1979, 9 de noviembre de 1979, 4 de febrero de 1981, no publicadas; Cas. Civ. 11 de octubre de 1977, 27 de marzo de 1981, G. J. t. CLXXXVIII, primer semestre de 1987, pág. 85; 24 de mayo de 1980, Revisión Carlos Castillo. F.F.: Art. 380 num. 7; art. 140, 140 num. 9, 142 del C. de P.C. EXTRACTO #: 048. No. Consecutivo: 045 7

Págs.

REVISION \ REVISION-Finalidad \ DERECHO DE DEFENSA \ COSA JUZGADA \ REVISION-Naturaleza \ REVISION-Causales - El recurso de revisión no está provisto por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira fijamente a la entronización de la garantía de la justicia, el restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostenten el sello de la cosa juzgada material. / La naturaleza excepcional de este recurso extraordinario significa que únicamente sea procedente cuando se funda en una o varias de las precisas hipótesis que taxativamente establece el art. 380 del C. de P.C., causales que además son de interpretación restrictiva. S No. de Expediente: 003952 del 94-03-15 - Infundado Recurso de revisión - Tribunal S. Cartagena - Sociedad "Procasa Ltda." contra Benjamín Alonso Caballero. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Cas. 11 de junio de 1976, G. J. CL II, 191, 14 de dic. de 1976, 18 de abril de 1979, 9 de noviembre de 1979, 4 de febrero de 1981, aún no publicada; sentencia del 16 de septiembre de 1983, no publicada. F.F.: Art. 380 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. consecutivo: 046 751

NULIDAD EN LA SENTENCIA - Se incurre en la causal octava de revisión, por ejemplo cuando se dicta sentencia en proceso que había terminado por desistimiento, transacción o perención, o cuando se pronuncia estando suspendido el proceso o cuando en fallo se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando se adopta por un número inferior de magistrados al previsto por la ley, etc. / Se trata si de las irregularidades en que, al tiempo y no antes de proferir la sentencia no susceptible de apelación o casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad. S-No. de Expediente: 003952 del 94-03-15 - Infundado recurso de revisión - Tribunal S. Cartagena - Sociedad "Procasa Ltda." contra Benjamín Alonso Caballero. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia 22 de agosto de 1978, G. J. No. 2399 pág. 134., F.F.: Art. 380 num. 8, 142 del C. de P.C. EXTRACTO #. 048. No. Consecutivo: 046 751

REVISION \ MANIOBRA FRAUDULENTA - Qué comportan las "maniobras fraudulentas". / La causal sexta de revisión se estructura mediante la concurrencia de 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 perjuicios al recurrente. Además, aunque la norma no lo diga expresamente, constituye también requisito inherente a dicha causal que las maniobras fraudulentas se hayan conocido con posterioridad al proferimiento del fallo impugnado y que sean de tal magnitud, que sin ellas la decisión no hubiere causado perjuicios al recurrente y el litigio se habría resuelto de manera diferente. S-No. de Expediente: 003952 del 94-03-15 - Infundado recurso de revisión - Tribunal S. Cartagena - Sociedad "Procasa Ltda." contra Benjamín Alonso Caballero. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sent. Sentencia 30 de junio de 1988; Sent. 19 de junio de 1989, G. J. Tomo CXCVI, pág. 185; sent. 13 de junio de 1989, no publicada. F.F.: Art. 380 num. 6 del C. de P.C. EXTRACTO #: 049. No. Consecutivo: 046 752

Págs

94-03-18

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL \ TRATO PERSONAL Y SOCIAL \ RELACIONES SEXUALES \ CONCEPCION \ PRESUNCION DE PATERNIDAD - El trato personal y social plenamente demostrado, sirve para colegir las relaciones sexuales y demostradas éstas en la época de concepción, son ellas la circunstancia o antecedente para deducir la paternidad extramatrimonial. Hay entonces una cadena de hechos que deben aparecer con seguridad demostrados, para inferir la procreación paterna: el trato personal y social que demuestra las relaciones sexuales y que éstas sucedieron en la época en que según la fecha del nacimiento ocurrió la concepción, y de ahí la presunción de paternidad. / El antecedente o circunstancia de la deducción de paternidad es el trato personal y social que el presunto padre dio a la madre durante el embarazo y parto. Mas dicho trato tiene que estar demostrado con hechos que indiscutiblemente lleven a la convicción de que se ha dado por admitirse la paternidad. S-No. de Expediente: 003963 del 94-03-18 - No casa - Tribunal S. Medellín - Zapata Paola Andrés representada por Luz del Perpetuo Socorro Zapata contra Alberto de Jesús Toro Montes. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. F.F. Art. 92 c.C., art. 4, art. 4 ord. 5 Ley 45 de 1936, art. 6 de la Ley 75 de 1968, ord. 4o. EXTRACTO #: 051, No. Consecutivo: 049. 770

MEDIO PROBATORIO \ TESTIMONIO \ TESTIMONIO-Apreciación en Conjunto \ VALORACION PROBATORIA - En el presente caso, examinados los testimonios cuya apreciación objetiva le censura el demandado al Tribunal, tiene que hacerse individual y conjuntamente tanto entre sí como con los demás medios de convicción. S-No. de Expediente: 002963 del 94-03-18 - No. casa - Tribunal S. Medellín - Zapata Paola Andrea representada por Luz del Perpetuo Socorro Zapata contra alberto de Jesús Toro Montes. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. F.F. Art. 187 del C. de P.C. EXTRACTO #: 000. No. Consecutivo: 049 770

ERROR DE HECHO - El error de hecho por suposición de que se acusa la sentencia, no es evidente, careciendo por ende de una de las exigencias necesarias para que el error de hecho sirva de sustento al quiebre de la sentencia. S-No. de Expediente: 003963 del 94-03-18 - No Casa - Tribunal S Medellín - Paula Andrea Zapata contra Alberto de Jesús Toro Montes. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. EXTRACTO #: 000 No. Consecutivo: 049 770

94-03-23

CONGRUENCIA \ DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS \ PROVIDENCIA JUDICIAL \ SENTENCIA - El erigir la disonancia como causal de casación en el artículo 368-2 del Código de Procedimiento Civil, el legislador dijo que ella ocurría cuando "la sentencia" no era armónica con las pretensiones o las excepciones. Habló entonces de "la sentencia" en general y no específicamente de la "parte resolutiva" como sí lo hizo en la causal tercera de casación que se da cuando la sentencia en su parte resolutiva contiene disposiciones contradictorias. S-No. de Expediente: 003883 del 94-03-23 - No Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Banco Cafetero contra Compañía de Seguros Tequendama S.A. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Cas. Civ. 24 de abril de 1974 G. J. Tomo 148, pág. 80. F.F. Art. 368 num. 2 y 3 del C. de P.C. EXTRACTO #: 053 No. Consecutivo: 050 786

Págs.

TECNICA DE CASACION Y VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos - Se observa el defecto de técnica, cual es el de no haberse combatido por el casacionista todas las conclusiones en que se apoya el fallo impugnado. S-No. de Expediente: 003883 del 94-03-23 - No Casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Banco Cafetero contra Compañía de Seguros Tequendama S.A. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Eduardo García Sarmiento. EXTRACTO #: 000 No. Consecutivo: 050 786

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO
Y CARCELARIO "INPEC"

Esta obra se terminó de imprimir
en el Taller de Artes Gráficas de
la Penitenciaría Central de Colombia
en el mes de febrero de 1998.

Santafé de Bogotá, D. C.