REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451 DE 2 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CCXXXI NUMERO 2470

SEGUNDO SEMESTRE 1994

VOLUMEN I

SANTAFE DE BOGOTA, D. C. — COLOMBIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

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

SALA DE CASACIÓN CIVIL

TOMO CCXXXI NÚMERO 2470

SEGUNDO SEMESTRE - 1994

Santafé de Bogotá, D.C. Colombia 1994

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

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

SEGUNDO SEMESTRE 1994

SALA PLENA

Doctor Ricardo Calvete Rangel, Presidente
Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schoiles, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria General

SALA CIVIL

Doctor Pedro Lafont Pianetta, Presidente
Doctor Luis Antonio Montañez Soto, Secretario
Doctor Héctor Moreno Aldana, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Eduardo García Sarmiento
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Francisco Javier Tamayo Jaramillo
Carlos Esteban Jaramillo Schoiles
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra

SALA LABORAL

Luz Emilia Jiménez de Molina, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Rafael Méndez Arango
Manuel Enrique Daza Alvarez
Francisco Escobar Henríquez
Ernesto Jiménez Díaz
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA PENAL

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

MAGISTRADOS Doctores:

Ricardo Calvete Rangel
Jorge Carreño Luengas
Nilson Pinilla Pinilla
Guillermo Duque Ruiz
Gustavo Gómez Velásquez
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Dídimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Juan Manuel Torres Fresneda
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES

Liliana Polanía Alvarez
Sala Civil

Esperanza Inés Márquez Ortiz
Sala Laboral

Ayda Lucy López de Giraldo
Sala Penal

Piedad Ardila Espinosa
Beatriz Eugenia Cortés Becerra
Tutelas

SENTENCIA-Efectos/COSA JUZGADA.

Calidad de inmutabilidad de los fallos ejecutoriados, mediante la consagración positiva del principio de la cosa juzgada. Excepción a la regla anterior y que constituye objeto de revisión

REVISION-FINALIDAD, NATURALEZA, PROCEDENCIA

1) La finalidad del recurso de revisión, consiste en invalidar por injusta la sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en el proceso anterior y fallarlo con arreglo o derecho.
Igual sentido: G.J. Tomo CXLVIII, pág. 18 y 19.

2) El recurso de revisión es de naturaleza extraordinaria y por ende sólo procede en casos igualmente extraordinarios.
Igual sentido: G.J.T. CXLVIII, págs. 18 y 19.

3) Aspectos respecto de los cuales no es viable acudir al recurso extraordinario de revisión.
Igual sentido: G.J. Tomo CXCII, No. 2431, 2o. semestre de 1988, pág. 9

DOCUMENTO NUEVO

La primera de las causales de revisión, exige que los documentos a que ella se refiere preexistan a la sentencia recurrida y a la época en que el proceso en el cual ella fue dictada se inició, o, a lo menos, al vencimiento de la última oportunidad prevista por la ley para la aportación de pruebas; que el documento en cuestión

se halle después de dictada la sentencia; que no haya sido allegado al expediente por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y, por último, que de haber obrado como prueba se hubiere variado la decisión contenida en la sentencia impugnada.
Igual sentido: G.J.T. CXCII, no. 2431, segundo semestre, 1988, pág. 9
Fuente normal: C. de P.C. ART.: 380 Numeral: 1o.

* REVISION-IMPROCEDENCIA

Aspectos respecto de los cuales no es viable acudir al recurso extraordinario de revisión.

Igual sentido: G.J. Tomo CXCII, No. 2431, 2o. semestre de 1988, pág. 9.

MANIOBRA FRAUDULENTA-FINALIDAD (SENTENCIA SUSTITUTIVA) / PRINCIPIOS (SENTENCIA SUSTITUTIVA) / LEALTAD PROCESAL (SENTENCIA SUSTITUTIVA / PRINCIPIO DE LA PROVIDAD / SENTENCIA SUSTITUTIVA) / BUENA FE / RECURSO DE ANULACIÓN (SENTENCIA SUSTITUTIVA).

1). Con la consagración de la sexta causal de revisión, se quiso reprimir por la ley la conducta procesal que resultó atentatoria de los principios de la lealtad, probidad y buena fe que han de presidir las actuaciones de las partes, y por ello se autoriza invocarla para impetrar la invalidación del fallo impugnado, tanto cuando hubiere existido "colusión" como cuando se hubiere producido cualquiera otra maniobra fraudulenta".

2). Está llamada a prosperar la precitada causal de revisión se invalida la sentencia en la cual la sala encuentra totalmente infundado el recurso de anulación.
F. F: C. de P.C. Art. 380 numeral 6o.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente No. 4329. Sentencia No. 084

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por las sociedades U.R.B.S. ARQUITECTOS LIMITADA (en liquidación) y D. S. B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT y CIA. LTDA, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá –Sala Civil–, el 6 de mayo de 1992, adicionada en providencia de 15 de julio de 1992, mediante la cual se declaró la nulidad del laudo arbitral proferido el 17 de julio de 1990, para decidir una controversia existente entre las sociedades FIMO LTDA. y las recurrentes en revisión.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda que obra a folios 61 a 74 del cuaderno de la Corte, las sociedades U. R. B. S. ARQUITECTOS LIMITADA (en liquidación) y D. S. B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOUR Y CÍA LTDA. interpusieron recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá –Sala Civil– el 6 de mayo de 1992, adicionada mediante providencia de 15 de julio de 1992 (sic), sentencia que declaró la nulidad del laudo arbitral proferido el 17 de julio de 1990 para decidir una controversia existente entre las sociedades FIMO LTDA. y las ahora recurrentes en revisión.

2. Dos causales invocan las sociedades recurrentes para promover este recurso extraordinario de revisión, a saber las establecidas en los numerales primero y sexto del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en los siguientes hechos:

2.1. Las sociedades FIMO LTDA, como contratante y U. R. B. S. ARQUITECTOS LTDA. y D. S. B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT Y CÍA. LTDA., como consorcio contratista, celebraron un contrato, el 22 de septiembre y el 28 de octubre de 1988, para la construcción, "por el sistema de administración delegada" de un conjunto residen-

cial denominado Qumran, ubicado en la avenida Suba con la calle 137 de la ciudad de Santafé de Bogotá.

2.2. La sociedad FIMO LTDA., en virtud de la existencia de discrepancias surgidas entre las partes durante la ejecución del contrato aludido, le puso fin en forma unilateral el 12 de mayo de 1989, y para solucionar las diferencias entonces existentes entre las partes contratantes, propuso la integración de un Tribual de Arbitramento que las dirimiera, conforme a la cláusula compromisoria contenida en el contrato.

2.3. Las sociedades ahora recurrentes en revisión y la sociedad FIMO LTDA., el 8 de noviembre de 1989, en acto notarial determinaron el objeto del litigio, designaron árbitro, fijaron el término de duración del proceso arbitral y el lugar de funcionamiento del Tribunal, el cual se instaló definitivamente, el 16 de noviembre de 1989.

2.4. El 17 de julio de 1990 se profirió el laudo arbitral, cuya decisión resultó adversa a las pretensiones de la sociedad FIMO LTDA., la cual interpuso entonces el recurso de nulidad de que trata el artículo 36 del Decreto 2279 de 1989.

2.5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en sentencia del 6 de mayo de 1992, adicionada en providencia del 15 de julio del mismo año (sic), decretó la nulidad del laudo arbitral a que se ha hecho referencia, sentencia contra la cual se interpuso el recurso extraordinario de revisión por las sociedades D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT y CÍA. LTDA. y U.R.B.S. ARQUITECTOS LTDA.

2.6. Con posterioridad "a la fecha de la sentencia" se tuvo conocimiento por las recurrentes, "de una manera totalmente casual", de que había sido ortorgada la escritura pública No. 3136 de 29 de junio de 1989 en la Notaría Veinticinco del Círculo de Bogotá, en la cual aparece "una declaración expresa y manifiesta" de la sociedad FIMO LTDA. y de Fiduciaria Colmena S.A., en el sentido de que el contrato de construcción suscrito entre la primera y el consorcio contratista integrado por las firmas U.R.B.S. y DIEGO SUÁREZ ARQUITECTOS LTDA. había terminado, razón por la cual no tendría lugar la cesión del mismo a que se refiere la escritura pública No. 6268 de 29 de diciembre de 1988, también otorgada en la Notaría Veinticinco de Bogotá.

2.7. La existencia de la escritura pública No. 3136 del 29 de junio de 1989, otorgada en la Notaría Veinticinco de Bogotá, era conocida por la sociedad FIMO LTDA., como que fue uno de sus otorgantes y, sin embargo, guardó silencio sobre ello. Con esta conducta esa sociedad indujo a error al Tribunal, ya que por desconocimiento del contenido de ese instrumento público, éste consideró que al proceso debería haber sido citada la sociedad Fiduciaria Colmena S.A., y, como no lo fue, decretó la nulidad del laudo arbitral proferido el 17 de julio de 1990, como puede verse en la sentencia de 6 de mayo de 1992, adicionada en providencia de 15 de julio de 1992, cuya revisión se pretende.

2.8. Si la escritura pública mencionada hubiera obrado en el proceso dentro del cual se decretó la nulidad del aludo arbitral a que se refiere la demanda, al decir de las sociedades recurrentes "la decisión adoptada habría sido totalmente distinta" (fl. 68 cdno, Corte).

2.9. La sociedad FIMO LTDA, se aprovechó en forma indebida de la ignorancia del consorcio contratista integrado por las sociedades recurrentes en revisión, respecto de la existencia de la escritura pública No. 3136 de 29 de junio de 1989, otorgada en la Notaría Veinticinco de Bogotá y, a partir de ese hecho, insistió ante el Tribunal y finalmente obtuvo que éste decretara la nulidad del laudo por falta de citación a Fiduciaria Colmena S.A., entidad que había pactado un fideicomiso con FIMO LTDA. para el desarrollo del programa de vivienda Qumran, todo lo cual constituye una maniobra engañosa, a cuya merced se consiguió la sentencia recurrida (fls. 70 a 72, cdno, Corte).

3. Prestada por las recurrentes la caución exigida por la Corte para los fines señalados por el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, la demanda de revisión fue admitida en auto de 4 de agosto de 1993 (fl. 89, cdno. Corte), a la cual se dio respuesta por la sociedad FIMO LTDA. en escrito que obra a folios 122 a 132 de este cuaderno. En él, ésta se opone expresamente a las pretensiones de las recurrentes y manifiesta que éstas tenían conocimiento de la existencia del contrato de fideicomiso celebrado entre FIMO LTDA. y la sociedad Fiduciaria Colmena S.A. con antelación a la diligencia de exhibición de documentos practicada el 15 de febrero de 1990 en el trámite del proceso arbitral, pues en la octava audiencia de trámite realizada el 13 de febrero de 1990 ese proceso, se interrogó al representante legal de FIMO LTDA por el "consorcio U.R.B.S. – D.S.B." sobre "la existencia del contrato de fideicomiso y, es más, respecto de la no cesión

del contrato de construcción celebrado por FIMO LTDA." con aquél. Así mismo, el 6 de febrero de 1990, en el curso del proceso arbitral aludido, el apoderado del consorcio mencionado inquirió al representante legal al Fiduciaria Colmena S.A. para que declarara respecto a la existencia del contrato de fideicomiso, y sobre la falta de cesión del contrato de construcción por administración delegada celebrado entre las partes litigantes.

En cuanto a los demás hechos invocados en la demanda con la cual se interpuso este recurso extraordinario, afirma que no son ciertos, propone la excepción de "inexistencia de las causales invocada por las demandantes para sustentar el recurso de revisión" y pide, además, que se declare, de oficio cualquiera otra que resultare probada.

4. Practicadas las pruebas decretadas en auto de 13 de enero de 1994 (fls. 134 a 139, cdno. Corte), se corrió traslado a las partes para alegar en auto de 1o. de marzo de 1994 (fl. 239, cdeno citado) y, surtida esta etapa procesal, se ocupa ahora la Corte de decidir este recurso extraordinario mediante esta providencia.

II. Consideraciones

1. Con el propósito de dar certeza a las relaciones jurídicas definidas como culminación de un proceso por la Rama Jurisdiccional del Estado, el ordenamiento jurídico positivo tiene instituido, desde antiguo, que *los fallos, en un momento determinado, han de quedar investidos de la calidad de inmutables, obligatorios y definitivos, es decir, que sobre ellos, de ahí en adelante no pueda pronunciarse decisión para modificarlos ni el juez que los profirió, ni ningún otro juez, pues lo resuelto goza desde entonces de la autoridad de cosa juzgada.*

2. *No obstante, la propia legislación positiva autoriza, excepcionalmente, que las sentencias que hubieren sido obtenidas por medios ilícitos o delictuosos, o con desconocimiento de cosa juzgada anterior, o con grave quebranto del derecho de defensa, en los precisos casos consagrados por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, sean objeto de revisión y, una vez comprobada la existencia de una cualquiera de esas causales, la sentencia inicua así ganada sea invalidada por el ordenamiento,* dado que, en tal hipótesis la fuerza de la res judicata ha de ceder ante los superiores intereses de la justicia y los altos fines del Derecho como instrumento indispensable para la convivencia pacífica entre los asociados.

3. Por ello, en sentencia de 31 de enero de 1974, para precisar la naturaleza y la finalidad del recurso extraordinario de revisión, dijo esta Corporación que "base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos es la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada, que los legisladores han reconocido y aceptado mediante la consagración positiva del principio de la cosa juzgada. Fundado en la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo definitivo, el anterior postulado no es sin embargo absoluto; razones de equidad impulsan a exceptuar de él las sentencias proferidas en proceso en los cuales faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia. Con este fundamento aparece, consagrado por el derecho positivo como remedio que se endereza a quebrantar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, *cuya finalidad es invalidar por injusta una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en el proceso anterior y fallarlo con arreglo a Derecho. La revisión es recurso de naturaleza extraordinaria y por ende solo procede en casos igualmente extraordinarios*" (G.J. T. CXLVIII, págs. 18 y 19).

4. En este orden de ideas, ha de entenderse que *la primera de las causales de revisión consagradas por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, exige que los documentos a que ella se refiere preexistan a la sentencia recurrida y a la época en que el proceso en el cual ella fue dictada se inició, o, a lo menos, al vencimiento de la última oportunidad prevista por la ley para la aportación de pruebas; que el documento en cuestión se halle después de dictada la sentencia; que no haya sido allegado al expediente por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y, por último, que de haber obrado como prueba se hubiere variado la decisión contenida en la sentencia impugnada*, requisitos éstos que han de cumplirse en forma rigurosa, pues como se sabe, el recurso extraordinario de revisión "no franquea la puerta para tornar al 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 aducida o dejada de aportar, ni sirve para encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi", pues tal recurso "no se instituyó para que los litigantes vencidos remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia que se impugna", tal cual lo dijo esta Corporación en sentencia de 24 de abril de 1980, reiterada el 1°. de julio de 1988 (G.. J. T. CXCII, No. 2431, segundo semestre, 1988, pág. 9).

5. En relación con la sexta de las causales de revisión consagradas por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, introducida como una novedad en nuestra legislación por los Decretos 1400 y 2019 de 1970, ha de observarse que con ella se quiso reprimir por la ley la conducta procesal que resulte atentatoria de los principios de la lealtad, probidad y buena fe que han de presidir las actuaciones de las partes, y, por ello, se autoriza invocarla para impetrar la invalidación del fallo impugnado, tanto cuando hubiere existido "colusión", como cuando se hubiere producido cualquiera otra "maniobra fraudulenta" de las partes para obtener la sentencia recurrida, aún cuando esas conductas no hubieren sido objeto de investigación penal, si con ella se causaron "perjuicios al recurrente".

Ello significa, como surge del propio texto de la norma legal mencionada, *que si las partes se coluden, esto es, si realizan un pacto para producir la sentencia y con ella procurar un daño a terceros, o si de otra manera llevan a cabo maniobras engañosas que conduzcan al fraude, vale decir, conductas torticeras o maquinaciones capaces de inducir a error al juzgador para deformar con ellas en forma artificiosa y malintencionada los hechos, o producir su ocultación por medios ilícitos y obtener mediante tales artificios una sentencia favorable, pero contraria a la justicia, comprobadas tales circunstancias, ella debe ser invalidada por el ordenamiento jurídico pues, su mantenimiento resulta contrario a los fines del Derecho.*

6. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub-lite*, la Corte limitará el análisis tan solo a la causal sexta, por cuanto por las razones que se exponen a continuación, está llamada a prosperar:

6.1 Conforme aparece en comunicación de 12 de mayo de 1989, suscrita por el representante legal de la Sociedad FIMO LTDA., que obra a folios 25 y 26 del Tomo No. 47 de la cuarta copia de la escritura No. 2038 de 1°. de septiembre de 1992, de la Notaría Doce del Círculo de Santafé de Bogotá, –con la cual se protocolizó el expediente que contiene el proceso arbitral entre las sociedades FIMO LTDA. y U.R.B.S. ARQUITECTOS LTDA. (hoy en liquidación) y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT Y CÍA. LTDA.–, la primera de las sociedades mencionadas dio "por terminado unilateralmente el contrato de construcción" que por el sistema de administración delegada había

celebrado con las recurrentes en revisión y, al propio tiempo e invocando para ello la cláusula 24 de ese contrato, solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para dirimir la controversia suscitada entre las partes durante la ejecución del mismo.

6.2 Una vez cumplidos los trámites que le son propios, el Tribunal de Arbitramento así convocado, puso fin a la controversia mediante laudo arbitral proferido el 17 de julio de 1990, que obra a folios 205 vuelto a 213 del Tomo 43 de la cuarta copia de la escritura pública No. 2038 de 1o. de septiembre de 1992, otorgada en la Notaría Doce del Círculo de Santafé de Bogotá, providencia en la cual se impusieron condenas pecuniarias a la sociedad FIMO LTDA.

6.3. La sociedad FIMO LTDA., en memorial que obra a folio 216 del Tomo 43 de la cuarta copia de la escritura pública ya citada, interpuso el recurso de anulación contra el laudo arbitral aludido, invocando para el efecto la tercera de las causales establecidas por el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, por cuanto, según su afirmación, a ese proceso debió ser citada la sociedad Fiduciaria Colmena S.A., para integrar con ella "el litis consorcio necesario, toda vez que por medio de la escritura pública No. 6268 del 29 de diciembre de 1988 de la Notaría Veinticinco de Bogotá se cedió el contrato objeto de la litis a esa entidad, situación probada y así declarada en la sentencia de fecha julio 17 de 1990".

6.4. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, luego de tramitado el recurso de anulación a que se ha hecho mención, en sentencia de 6 de mayo de 1992, cuya copia auténtica obra a folios 39 a 44 del cuaderno de la Corte, (parcial) de la escritura pública No. 2038 de 1°. de septiembre de 1992, otorgada en la Notaría Doce del Círculo de Santafé de Bogotá, decidió anular el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia existente entre las sociedades FIMO LTDA. de una parte y U.R.B.S. ARQUITECTOS LTDA. (hoy en liquidación) y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT Y CÍA. LTDA., de otra parte, bajo la consideración de que, efectivamente se prescindió de citar al proceso a la Sociedad Fiduciaria Colmena S.A., cuya presencia en el mismo era indispensable como cesionaria que fue del contrato de obra para la construcción del conjunto residencial Qumran, situado en la avenida Suba con la calle 137 de la ciudad de Santafé de Bogotá.

6.5. Examinado el expediente, fluye sin dificultad que la sociedad FIMO LTDA, precisamente porque no había cedido el contrato de construcción a Fiduciaria Colmena S.A., provocó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para dirimir la controversia existente con las sociedades ahora recurrentes en revisión, lo que no habría podido realizar válidamente si para el 12 de mayo de 1989, fecha en la cual dio por terminado unilateralmente ese contrato, ya se hubiera extinguido (fls. 25 y 26, Tomo 47, cuarta copia de la escritura 2038 de 1°. de septiembre de 1992, Notaría 12 de Santafé de Bogotá). Por el contrario, si lo hizo era porque aún conservaba la calidad de contratante, lo que, de suyo implicaba igualmente la ausencia de cesión contractual.

6.6 De igual manera, es incuestionable que la sociedad FIMO LTDA., durante toda la tramitación del proceso arbitral jamás adujo que se requiriese para la validez del mismo la presencia de Fiduciaria colmena S.A. como litis consorte necesario por haber sido esta entidad cesionaria del contrato de construcción celebrado inicialmente entre FIMO LTDA. y las sociedades U.R.S.B. ARQUITECTOS LTDA. (hoy en liquidación) y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT Y CÍA. LTDA., pues sobre ese punto guardó absoluto silencio, tanto al proponer la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, como al definir la competencia de éste y el objeto de la controversia, al igual que en las alegaciones previas al proferimiento del laudo arbitral.

6.7. No obstante lo anterior y solo cuando la sentencia arbitral le fue adversa, la sociedad FIMO LTDA., en la interposición del recurso de anulación contra aquella (folio 216, Tomo 43, cuarta copia de la escritura pública No. 2038 de 1o. de septiembre de 1992, Notaría Doce de Santafé de Bogotá), en forma sorpresiva planteó la nulidad del laudo arbitral por falta de citación al proceso de la sociedad Fiduciaria Colmena S.A., escrito en el cual, aseveró además que a ésta le había sido cedido "el contrato objeto de la litis", situación de la que dijo había sido "probada y así declarada en la sentencia de fecha julio 17 de 1990", lo que resulta contrario a la realidad, como quiera que el contrato de construcción no había sido cedido a Fiduciaria Colmena S.A., como la propia sociedad FIMO LTDA. hubo de reconocerlo en la escritura pública No. 3136 de 29 de junio de 1989, modificatoria y aclaratoria de la escritura pública 6268 de 29 de diciembre de 1988, ambas otorgadas en la Notaría Veinticinco de Bogotá, en la primera de las cuales declaró que el contrato de construcción celebrado con las sociedades recurrentes en revisión

"fue terminado, razón por la cual no hay lugar a la cesión prevista" en la escritura inicial (cláusula 2a., escritura 3136 de 29 de junio de 1989, Notaría 13 de Bogotá, folio 16, cdno, Corte). Y en esa fecha, 29 de junio de 1989, acordó aclarar que "por expresa disposición del fideicomitente y bajo su exclusiva responsabilidad, la construcción del proyecto Qumran la realizará FIMO Ltda. y con este sentido se instruye a la Fiduciaria en virtud de este instrumento" (ibídem). Además, del contenido escriturario antes mencionado) escritura 3136 del 29 de junio de 1989), no fue anotado en la escritura precedente a la cual se refería, esto es, a la No. 6268 del 29 de diciembre de 1988.

6.8. Agréguese a lo dicho que FIMO LTDA. no ignoraba, ni podía tampoco ignorar, que conforme a lo pactado con Fiduciaria Colmena S.A., como fideicomitente se encontraba facultada para "suscribir antes de iniciar la etapa de ejecución prevista en el fideicomiso un contrato de construcción" con las sociedades U.R.S.B. ARQUITECTOS LTDA. (hoy en liquidación) y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT Y CÍA. LTDA., "contrato que FIMO LTDA. cedería" a la Fiduciaria "una vez se iniciara la etapa de ejecución del proyecto", como expresamente lo afirmó el representante legal de Fiduciaria Colmena S.A., en declaración que obra a folios 173 a 178 del cuaderno de la Corte y, concretamente a folio 175 del mismo, en la cual, además, expresó que la cesión del contrato de construcción aludido "nunca fue realizada".

6.9. Previamente la Sala pone de presente la oportunidad que tuvo el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de analizar con mayor celo el caso subexamine, pues tratándose de un recurso de anulación contra un laudo arbitral, era pertinente y necesario examinar no solo su formulación sino también las fundamentaciones aducidas por FIMO LTDA., a fin, de una parte, apreciar con mayor claridad su veracidad conforme al acervo probatorio, y, de la otra, adoptar una decisión con mayor acierto.

Pero encuentra la Sala que fue precisamente la conducta de la accionante la determinante en esta decisión, a tal punto que, por su influencia, ni siquiera pudo sustraerse al error del tribunal. En efecto, del relato anterior resulta de toda evidencia que la sociedad FIMO LTDA. no sólo sabía antes de la iniciación del Tribunal de Arbitramento que ella, FIMO LTDA., era la parte contratante en el contrato de construcción y no lo había cedido, cuando precisamente lo había dado por terminado el 12 de mayo de 1989; sino que además de haberlo reiterado en junio del mismo

año (con la escritura No. 3136), aceptó siempre ser el contratante (sin haber hecho cesión), a tal punto de que en esta calidad provoca el Tribunal de Arbitramento sin hablar de cesión alguna a Fiduciaria Colmena S.A., y durante su trámite, no obstante haberse aludido tangencialmente a ella, tampoco menciona la citada escritura aclaratoria 3136 de 1989. Luego, cuando alega ante el Tribunal de Santafé de Bogotá la existencia de una cesión, ocultando todos sus antecedentes contractuales y la mencionada escritura, sin lugar a dudas se puso al margen de los deberes de veracidad, probidad, lealtad con la administración de justicia y buena fe en las actuaciones procesales, porque, a sabiendas de que ello no era acorde con la realidad, invocó la falta de integración de litis consorcio necesario en el proceso arbitral por ausencia en el mismo de Fiduciaria Colmena S.A., para edificar sobre ella la petición de nulidad del laudo arbitral a que se ha hecho referencia en esta providencia, e indujo con su alegación y con la conducta procesal asumida para el efecto, a error al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de tal manera que sin esas maquinaciones, constitutivas de maniobras engañosas, seguramente el juzgador no habría fallado como lo hizo, es decir, no habría dado por existente y demostrada la cesión del contrato de construcción, ni tampoco habría concluido en la necesidad de anular el laudo por falta de citación de Fiduciaria Colmena S.A., a todo lo cual llegó como consecuencia de los ardides utilizados por la sociedad fino Ltda. Luego, está llamada a prosperar la causal sexta invocada.

6.10 Siendo así las cosas, entra la Sala al estudio de la sentencia de reemplazo de la que se invalida en la cual encuentra totalmente infundado el recurso de anulación, por lo que así deberá declararse y condenarse en costas al recurrente en anulación FIMO LTDA. ((arts. 40, inc. 2o. y 3o. D. 2279 de 1989 y 392 C.P.C.). Ello obedece a que, como se dijo al despacho de la causal revisión, no hubo la cesión formal contractual aducida como fundamento de la no integración del litisconsorcio necesario mencionado, como causal de invalidez; y porque el recurrente en anulación, además de no indicar sus razones para estimar que se trataba de un laudo proferido manifiestamente en conciencia (lo que, por supuesto, no probó), resulta contrario a la realidad, pues no solamente se basó en las pruebas citadas (vgr. contrato, documentos, ejecuciones, liquidaciones, licencias, dictamen pericial, declaraciones de parte, etc.) sino en fundamentaciones jurídicas contractuales (vgr. incumplimientos periódicos de FIMO LTDA., terminación injusta del contrato, etc.) y legales (vgr. violación del

art. 2056 del C.C.), tal como se lee en su contenido (Tomo 43, fls. 2089 y ss.).

6.11. Por último, como quiera que los perjuicios causados con la sentencia fruto de las mencionadas maniobras, que aquí se invalida, se traduce en el lucro cesante que los beneficiarios del laudo arbitral dejaron de percibir desde la exigibilidad del mismo en sus condenas dinerarias, coinciden exactamente con las condenas a los intereses que sobre estas señala el mismo laudo arbitral (principalmente en su punto 5o.); estima la Sala que estas últimas satisfacen la reparación de aquellas, por lo que simplemente se reiterarán como condena, sin imposición de una doble condena o condena adicional.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

PRIMERO. Declárase fundada la existencia de la causal sexta de revisión consagrada por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, alegada por las sociedades U.R.S.B. ARQUITECTOS LTDA. (hoy en liquidación) y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT Y CÍA. LTDA., para impetrar la revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá –Sala Civil–, el 6 de mayo de 1992, mediante la cual se decretó la nulidad del laudo proferido el 17 de julio 1990 por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir una controversia existente entre las sociedades mencionadas y FIMO LTDA. y, en consecuencia, invalídase la sentencia objeto del recurso extraordinario de revisión, conforme a lo previsto por el artículo 384 del Código de procedimiento Civil, y téngase como suficiente condena de perjuicios la que, según la parte motiva de esta providencia, se restablece con la vigencia del laudo arbitral.

SEGUNDO. En virtud de lo dispuesto en el numeral anterior, se declara infundado el recurso de anulación en el cual la sociedad FIMO LTDA. solicita que se declare la nulidad del laudo arbitral a que se ha hecho mención, y, en consecuencia, se condena costas a la parte recurrente. Tásense.

TERCERO. Para que se tome nota marginal en la escritura matriz, envíese copia de esta sentencia al señor Notario Doce del Círculo de Santafé de

Bogotá, en cuyo despacho se encuentra la escritura pública No. 2038 de 1o. de septiembre de 1992, mediante la cual se protocolizó el proceso arbitral convocado a solicitud de la sociedad FIMO LTDA. para dirimir una controversia existente entre ella y las sociedades U.R.B.S. ARQUITECTOS LTDA. (hoy en liquidación) y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUÁREZ BETANCOURT Y CÍA. LTDA.

CUARTO. Por secretaría envíese a la Notaría Doce del Círculo de Santafé de Bogotá copia auténtica del cuaderno de la actuación ante la Corte en este recurso extraordinario de revisión, para su protocolización a cargo de las sociedades recurrentes en la Notaría Doce del Círculo de Santafé de Bogotá.

QUINTO. Para conocimiento y fines a que haya lugar, envíese al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá –Sala Civil–, copia auténtica de esta sentencia.

SEXTA. Cancélase la caución prestada por el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, mediante póliza judicial expedida por Seguros Caribe S.A., que obra a folio 79 del cuaderno de la Corte. Ofíciese por secretaría.

Sin costas, por la prosperidad del recurso de revisión.

Cópiese, notifíquese.

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

REVISIÓN/MANIOBRA FRAUDULENTA

Para la estructuración de la causal sexta de revisión es suficiente con que medie una maniobra fraudulenta; requiérese además, que el impugnante esté por ella agraviado.
F. F.: C. de P.C. Art.: 380 Numeral 6.

NULIDAD EN LA SENTENCIA

No toda nulidad puede fundar la octava causal de revisión; solamente lo puede ser aquella que tiene génesis en la sentencia misma; de donde se sigue, que las nulidades que dimanen de una actuación anterior quedan por fuera de tal marco legal.
Igual sentido: CXLVIII, p. 185

Fuente Normal: C. de P.C. Art.: 380 Numeral 8./F.F. C.PC.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Ref: expediente No. 3865 Sentencia No. 085

Decídase el *recurso de revisión* interpuesto por Jesús Emilio Moreno Trujillo contra la sentencia de 7 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el proceso ordinario de Antonio Kelly Wilson y Hermelinda Cuéllar de Kelly contra personas indeterminadas.

I. Antecedentes

1. Los referidos actores suplicaron se declarase que, por el modo de la prescripción adquisitiva extraordinaria y "previo el EMPLAZAMIENTO a las personas que se crean con derecho a intervenir en este proceso", han ganado el dominio del inmueble que especificaron en el respectivo libelo demandatorio, ordenándose la competente inscripción en el registro inmobiliario, en cuyo apoyo narraron, en síntesis, que han ocupado el bien por más de veinte años y ejercido actos de dominio "como pagar los servicios públicos que presta la intendencia, mejorarlo, hacerle vivienda, etc.".

2. Con la admisión de la demanda, pues se ordenó el emplazamiento impetrado; y, antes de que se repitieran las publicaciones que se consideraron entonces menester, compareció Jesús Emilio Moreno Trujillo otorgando poder en nombre de Fay Silvia Kelly, con el fin de "hacer valer mis derechos en todo el proceso".

3. Luego, previa la designación final del curador ad ítem, el mismo Jesús Emilio Moreno otorgó nuevo poder, pero ya en calidad de "subrogatario en los derechos de la señora Fay Silvia Kelly Staalman", y para que "en mi nombre y en mi representación continúe la oposición que viene haciendo a las pretensiones del señor Antonio Kelly en el proceso de la referencia (fl. 54, cuaderno principal).

Finalmente, compareció Luis Carlos Valencia Herrera designando apoderado judicial "para que en mi nombre y representación HAGA OPOSICIÓN en el proceso de la referencia donde se pretende adquirir por ese MODO un predio de mi propiedad, según documentos y pruebas que expondrá mi apoderado".

4. Superadas las etapas propias del juicio, la primera instancia fue finiquitada por el juzgado civil del circuito de San Andrés Isla, calendada el 13 de noviembre de 1990, por la que se accedió a las súplicas de la demanda. Decisión que confirmó el Tribunal Superior de Cartagena al decidir el grado jurisdiccional de consulta.

5. como arriba se dijo, la sentencia del tribunal ha sido recurrida en revisión.

II. La sentencia del Tribunal

Tras recordar los aspectos básicos de la prescripción adquisitiva de dominio, dijo que en el sub lite concurren los elementos que la configuran porque en la inspección judicial, a la cual no asistió la parte opositora, se constató la posesión de los demandantes, cuya duración, según los testimonios de Albión Duke Bernard, Charles Orville Hall y Clacy Watson Livingston, data de más de veinte años. Y, por ser extraordinaria, no interesa si es de buena fe, sin que, de otro lado, se presente el caso excepcional de la intervención del título, toda vez que el opositor nada demostró sobre el particular.

Agregó que el "opositor LUIS CARLOS VALENCIA HERRERA demostró, con la copia auténtica de la escritura pública número 618 y con la prueba de su registro en Instrumentos Públicos (folio de matrícula 450.0002209), ser poseedor meramente inscrito del inmueble objeto del presente proceso, pero aceptado está por la jurisprudencia patria (citada por el a quo), que la posesión material priva (sic) sobre la simplemente inscrita, y no habiéndose dado prueba alguna de interrupción del vehículo prescriptivo conducido por los demandantes, necesario es reconocer la primacía (sic) de la primera sobre la segunda, y, en consecuencia, el derecho que tienen los actores para adquirir por usucapión de largo tiempo el bien raíz pretendido con la demanda".

Fue entonces del parecer de que la sentencia consultada debía confirmarse, ya que los demandantes no admitieron nada en contra en los interrogatorios que absolvieron a instancia del opositor.

Advirtió, sí, que la demanda ha debido corregirse en oportunidad para dirigirla "determinadamente contra el poseedor inscrito Luis Carlos Valencia Herrera, para colocarla conforme a la ley procesal y evitar una nulidad, pero lo cierto es que el vicio se saneó, porque el señor Valencia Herrera actuó en el proceso, sin alegarla en su primera intervención.

III. El recurso extraordinario

Invócanse las causales sexta y octava del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

La primera de ellas se sustenta , así:

Considera el recurrente "que constituye una clara maniobra fraudulenta de la parte demandante haber dirigido la demanda contra personas indeterminadas, no obstante que el Señor ANTONIO KELLY WILSON es sobrino de WESLEY KELLY, a su vez padre de FAY KELLY STAALMAN, a quien le fué adjudicado el inmueble en la sucesión y que fue objeto del proceso de pertenencia".

Explicóse al respecto que el inmueble se adjudicó a Fay en la sucesión de su padre Wesley, cuyo trabajo partitivo se registró en la oficina de instrumentos públicos el 6 de junio de 1977; de modo que no podía presentarse demanda de pertenencia el 6 de agosto de 1985 contra personas indeterminadas, jurándose que se ignoraba el nombre del propietario del inmueble, "a sabiendas que era de su prima FAY KELLY STAALMAN", y presentándose al efecto una certificación del registrador en el sentido de que "resulta imposible para esta oficina la búsqueda en los libros anteriores a 1978, sistema antiguo, por cuanto no se lleva índice de inmuebles sino de adquirentes". Así que, "al tratar de seguir el proceso a hurtadillas, para burlar la oposición capaz de contradecir las pruebas acomodaticias", se colocó en desventaja al propietario.

Lo que verdaderamente ocurrió es que Antonio Kelly, primo de Fay, fue dejado por ésta en el inmueble como cuidandero en el año 1976, "y a ella rendía cuentas"; mas ahora por actos violentos trata de apoderarse del bien, "hasta el punto de que hace aproximadamente un par de años la Señora FAY KELLY fue herida con un machete por parte de ANTONIO KELLY ...". Antonio trabajó con su tío Wesley, "y al morir éste continuó trabajando con su heredera FAY KELLY; jamás él ha sido poseedor del inmueble materia de la litis".

También precisaron los impugnantes que Fay vendió el predio a Ovidio Madrigal, quien, a su vez, lo enajenó a Jesús Emilio Moreno Trujillo, enajenante posterior de Luis Carlos Valencia, y éste, por último de Gloria Sandra Moreno Bedoya, transferencias todas inscritas en el folio de matrícula inmobiliaria. Con el agregado de que Valencia, antes de la sentencia de primer grado recaída en este ordinario, demandó exitosamente, a Jesús Emilio Moreno en proceso de entrega por el tradente al adquirente, y el inmueble se encuentra actualmente en poder de la precitada Sandra, última compradora.

La otra causal se edifica sobre la base de considerar que existe nulidad "Originada en la sentencia", habida cuenta que, según la ley 58 de 1988, correspondía al Juez Territorial de San Andrés conocer del proceso de pertenencia, y la segunda instancia del mismo al juzgado civil del circuito del lugar. "Sin embargo, el Juez Civil del Circuito de San Andrés (I) en vez de remitir el proceso al Juzgado Territorial el día en que comenzó la vigencia de la ley, continuó su ritual procesal hasta dictar sentencia de primera instancia el día 13 de noviembre de 1990" y, el Tribunal, "en vez de declarar la nulidad de todo lo actuado", la que es insanable, confirmó la decisión mediante sentencia no susceptible de recurso, "siendo que funcionalmente ya había perdido la competencia por ministerio de la ley".

Por último, estima el impugnador que está legitimado para recurrir, porque mediante las decisiones adoptadas en este proceso, "sufrió perjuicios patrimoniales pues al vender la propiedad y haberse conculcado sus derechos ha tenido que salir al saneamiento de lo vendido.

Consideraciones

1. Cabe destacar que la razón por la cual se invoca la sexta causal de revisión, estriba no más en que la demanda de pertenencia se dirigió contra personas indeterminadas, a despecho de que los actores conocían a la propietaria del inmueble. Y se hace a propósito con el fin de señalar que, aun cuando ésto fuera enteramente cierto, el recurso no podría alcanzar éxito, dado que *para la estructuración de la mentada causal no es suficiente con que medie una maniobra fraudulenta; requiérese, además, es verdad, que el impugnante esté por ella agraviado, desde luego que la preceptiva pertinente señala tal cosa como infaltable. Consagra sin ambages que el artificio estructura la causal "siempre" que haya causado perjuicios al recurrente*. Y aquí no se ha presentado.

Adelántase que el aquí impugnante no puede dolerse de que la demanda no se hubiere dirigido expresamente contra Fay Kelly Staalman, persona ésta que por entonces aparecía inscrita en el registro inmobiliario con una falsa tradición, toda vez que si, como es cierto, formula la revisión en nombre propio, de aquel modo estaría alegando un perjuicio ajeno.

Y se entiende que de allí no puede derivar un perjuicio suyo, habida consideración que él, tras actuar en el proceso como representante de la pre-

nombrada señora, se presentó al mismo, ya de manera personal y directa, y pudo entonces ejercer los derechos de "subrogatario" que adujo, precisamente cuando dio la noticia procesal de que había adquirido el inmueble. Por supuesto que desde antes, y dada la representación susodicha, era sabedor de que la heredad estaba pretendida en usucapión. Allí el juzgado le reconoció apoderado y le tuvo por opositor.

Más remoto todavía el perjuicio si él mismo dio cuenta luego de que había otros adquirentes posteriores, ángulo desde el cual la legitimación estaría más del lado de éstos que de él, por supuesto que no demostró la afirmación de que tuvo que salir al saneamiento de la cosa; ni aunque por ésto se tenga el proceso de entrega que le adelantó Valencia, toda vez que, según lo manifiesto en la demanda de revisión, allí se ordenó la entrega suplicada.

En fin, cualquiera sea la hipótesis imaginada, lo verídico es que Moreno, el recurrente, participó a lo largo del proceso de pertenencia en su calidad de opositor, como también lo hizo luego Valencia; sólo que no les prosperó la oposición, coincidiendo en el punto los juzgadores en que su defensa no se basó sino en el hecho de la adquisición del bien, lo que no infirmaba la prescripción adquisitiva. De este modo, no hay duda de que fueron vencidos en el proceso; el mismo cuyo trámite apuró Moreno en un momento dado, al solicitar: "en nuestra calidad de opositores tenemos el máximo interés en la culminación raída del temerario proceso" (folio 68 del cuaderno principal); se comprenderá que nadie reclama la decisión raída de un proceso para luego alegar contradictoriamente que allí había un fraude que, en esas condiciones, no quiso alegar a la sazón.

Es más: los opositores consintieron la sentencia adversa, dado su aquietamiento impugnaticio. Recuérdase que la sentencia subió al tribunal, pero en consulta.

2. Relativamente a la otra causal, su improsperidad salta a la vista porque la presunta nulidad no pudo originarse en la sentencia que decidió la consulta. De haberse presentado, lo sería con anterioridad a la sentencia; tal como el propio impugnante lo ha de admitir al sostener que el juzgado debió remitir el expediente al competente desde cuando entró en vigencia la ley 58 de 1988, lo que a su juicio se produjo cuando el proceso estaba aún en trámite.

Bien conocido es, a este propósito, que *no toda nulidad puede fundar la octava causal de revisión: solamente lo puede ser aquella que tiene génesis en la sentencia misma. De donde se sigue, que las nulidades que dimanan de una actuación anterior quedan por fuera de tal marco legal.*

Aspecto sobre el que se ha pronunciado varias veces la Corte así:

"No se trata, pues, de alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir en éste el fallo que decide el litigio, la que por tanto puede y debe alegarse antes de esta oportunidad, so pena de considerarla saneada: ni tampoco de indebida representación ni falta de notificación o emplazamiento, que constituye causal específica y autónoma del recurso de revisión, como lo indica el numeral 7 del texto citado, sino de las irregularidades en que, al tiempo de proferir la sentencia no susceptible de recurso de apelación o casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad, como lo sería, por ejemplo, el proferir sentencia en proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención; o condenar en ella a quien no ha figurado como parte; o cuando dicha providencia se dicta estando suspendido el proceso" (CXLVIII, p. 185).

3. En conclusión, ninguna de las causales tiene éxito.

V. Decisión

A 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, **declara infundado** el recurso de revisión interpuesto por Jesús Emilio Moreno Trujillo contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario de Antonio Kelly y Hermelinda Cuéllar de Kelly contra personas indeterminadas, calendada el 7 de junio de 1991, materia del recurso extraordinario.

Condénase al recurrente a pagar a la parte demandada en el recurso de revisión los perjuicios y las costas causadas con la formulación de esta impugnación extraordinaria. Liquídense los primeros por el procedimiento señalado en el inciso último del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil. Tásense las segundas por la Secretaría de la Corporación.

Por medio de oficio entérese a la sociedad garante de lo decidido en este asunto, para los efectos que son de su incumbencia.

Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al juzgado de origen, excepto el cuaderno que contiene el recurso de revisión.

Notifíquese.

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

* CONFLICTO DE COMPETENCIA/COMPETENCIA TERRITORIAL/JURISDICCIÓN DE FAMILIA/CITACIÓN DE RECONOCIMIENTO/COMPETENCIA A PREVENCIÓN/ORDEN PÚBLICO

1). Por aplicación de la regla de competencia prevista en el numeral 20 del artículo 23 del C. de P.C., corresponde diligenciar la solicitud al juez de familia del domicilio del citado o, a prevención, al juez de su residencia.

2). Las reglas de distribución de la competencia son de orden público.

3). Taxatividad de los asuntos cuyo conocimiento ha sido atribuido de manera particular por el art. 8 del decreto 2272 de 1989 al juez de familia del menor.

F. F.: Decreto Num.: 2272 Año: 1989 Art.: 10, NUM. 4 del art. 1 de la ley 75 de 1968; Clase: DECRETO Num.: 2272 Año: 1989 Art.: 8; Art.: 23 C. de P.C. Numeral.: 20.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá Distrito Capital, -siete de Julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado Ponente: *Dr. Héctor Marín Naranjo*

Rad. - Expediente 5030. Auto No 218

Decide la Corte el conflicto suscitado entre el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja (Santander) y el Juzgado Promiscuo Municipal de Maceo (Antioquia), dentro del trámite de la dili-

gencia de citación de reconocimiento de paternidad adelantado por el señor PERSONERO MUNICIPAL de MACEO, en nombre del menor EDER JHONARES SOSSA contra CARLOS ARTURO GIRALDO CASTRILLÓN.

Antecedentes:

El Señor Personero Municipal de Maceo (Antioquia), actuando en su calidad de Agente del Ministerio Público y en nombre del menor EDER JHONARES SOSSA, envió al Juzgado Promiscuo de Familia —reparto— de Barrancabermeja una petición por medio de la cual solicitó que se hiciera comparecer a ese Despacho al señor CARLOS ARTURO GIRALDO CASTRILLÓN, de quien dijo que residía en la carrera 34 No. 93-71 de esa ciudad, para que bajo la gravedad del juramento declarara si es el padre del mencionado menor, quien reside en la aludida localidad antioqueña al cuidado de su progenitora.

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, despacho al cual correspondió por reparto conocer del asunto, adujo que siendo que el menor residía junto con su madre en Maceo, al tenor del artículo 7º numeral 2º del decreto 2272 de 1989, incumbía al Juzgado Promiscuo Municipal de esta municipalidad aprehender el conocimiento de la petición. En tal virtud, rechazó la demanda y ordenó enviarla al susodicho Juzgado.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Maceo, declaró así mismo, su incompetencia mediante auto de fecha mayo 23 de 1994, en el cual sostuvo, fundamentalmente, que por mandato del artículo 5º, literal g del decreto 2272 de 1989, corresponde a los jueces de familia conocer de peteciones de la naturaleza de la que se somete a su consideración, y que en municipios donde no exista juez de esta especialidad, incumbe al juez promiscuo o civil municipal emprender tal labor.

En lo relacionado con la competencia por el factor territorial, agrega, el artículo 8 del mismo decreto señala taxativamente las cuestiones que atañen al juez del domicilio del menor, no encontrándose allí relacionadas peticiones como la que ahora se estudia.

El numeral 2 del artículo 18 del Código de Procedimiento Civil encomienda, a prevención, a los jueces civiles municipales o del circuito el

conocimiento de "los requerimientos y diligencias varias". Mientras que el numeral 20 del artículo 23 *ibídem*, regula que para la práctica de esas diligencias, serán competentes a prevención, el juez del domicilio y el de la residencia de la persona con quien deba cumplirse el acto

Como la petición presentada no es un proceso, ni está relacionada dentro de los negocios de familia que corresponden al juez del domicilio de menor, a la luz de las normas de competencia citadas, "corresponde su conocimiento al juez que, a prevención, elija el solicitante: el del domicilio o el de la residencia de la persona con quien deba surtirse el acto". En consecuencia, concluye, es el señor Juez Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, lugar de residencia del citado, el competente para decidir la solicitud que se analiza.

En esos términos planteado el conflicto, ordena la remisión del expediente a esta Corporación a la cual considera competente para dirimirlo.

Consideraciones:

Ciertamente, el artículo 10 del decreto 2272 de 1989, modificatorio del numeral 4 del artículo 1 de la ley 75 de 1968, dispone que:

"El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal o el defensor de familia o el ministerio público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y si se hubiere una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previo trámite incidental, declaración que será impugnable conforme al artículo 5 de esta misma ley..."

Así mismo, el literal g) del artículo 5 del decreto 2272 de 1989 atribuyó esta citación a los jueces de familia. Empero ninguno de los dos preceptos asignó el conocimiento de peticiones de tal índole al juez de familia del domicilio del menor, razón por la cual carecen de fundamento las apreciaciones que en este sentido hizo el Juzgado Primero Promiscuo de familia de Barrancabermeja.

En efecto, el artículo 8 del mencionado decreto, por medio del cual se determinan las materias que se atribuyen al juez de familia del domicilio del menor, no incluye las solicitudes de la naturaleza de la que hoy se somete a

consideración de la jurisdicción, razón por la cual ha de concluirse, como certeramente lo dedujo el señor Juez Promiscuo Municipal de Maceo, *que por aplicación de la regla de competencia prevista en el numeral 20 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, corresponde diligenciar la solicitud al juez de familia del domicilio del citado o, a prevención, al juez de su residencia.*

Como quiera que las reglas de distribución de la competencia son de orden público, no puede el juzgador desbordar las órbitas específicamente delimitadas por el legislador, bajo ningún pretexto. No es posible, entonces, apreciar con un criterio extensivo los asuntos cuyo conocimiento ha sido atribuido de manera taxativa y particular por el artículo 8 del decreto 2272 de 1989 al juez de familia del domicilio del menor, para tratar de ubicar dentro de estos las peticiones de la estirpe de la que ahora se considera.

En este orden de ideas, debe inferirse que de este asunto debe seguir conociendo el señor Juez Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, localidad que se indicó como el lugar residencia de la persona con la cual debe surtirse la actuación.

Decisión:

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

Es el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja (Santander), el competente para diligenciar la petición de citación de reconocimiento de paternidad adelantado por el señor PERSONERO MUNICIPAL de MACEO, en nombre del menor EDER JHONARES SOSSA contra CARLOS ARTURO GIRALDO CASTRILLÓN.

Envíese, subsiguientemente, la actuación a ese despacho judicial y comuníquese lo resuelto al señor Juez Promiscuo Municipal de Maceo (Antioquia).

Notifíquese.

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

* REVISIÓN —NATURALEZA; - Procedencia

1). El recurso de revisión sólo es procedente contra las sentencias ejecutoriadas, salvo las que dicten los jueces municipales en única instancia.
F. F.: Art.: 379 C. d P.C.

2.) Naturaleza extraordinaria del recurso de revisión.
F. F.: Art.: 379 C. de P.C.

* PROCESO EJECUTIVO/REVESIÓN-IMPROCEDENCIA/FALTA DE NOTIFICACIÓN/EMPLAZAMIENTO-/NULIDAD PROCESAL-OPORTUNIDAD/CADUCIDAD

1) Tratándose de procesos ejecutivos no se abre paso la revisión cuando como causal se invocan nulidades procesales por falta de notificación o emplazamiento y la sentencia se ha limitado a ordenar seguir adelante la ejecución, puesto que el incidente puede promoverse en el mismo expediente en razón de que éste en esos supuestos no termina el ejecutivo con el proferimiento de la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución o decreta la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, o sea que el recurso procede contra sentencias que causen efectos de cosa juzgada material.

2) Si la parte habiendo podido alegar la nulidad en instancia no lo hizo, no puede acudir a la revisión. Si la parte alegó la causal 8 del art. 140 del C. de P.C. y lo fue sin éxito, significa que nos saneó y es viable el recurso extraordinario de revisión.
3) Todo lo concerniente a las nulidades adjetivas, debe discutirse y decidirse dentro del proceso en que ellas han ocurrido.
Igual sentido: G. J., t. CLV, pág. 29.

F.F. Art 140 num. 8 del C de P.C.; 380 num 7 LBÍDED

4) En qué momentos se pueden alegar las nulidades procesales?

F.F.: Art. 142 C de P.C.

5) El ejercicio de un derecho conlleva su caducidad. Precluida la etapa de la instancia en la que se invoca la declaración de nulidad, no por ello el derecho caducó.

F. F.: Clase: Art.: 140. Numeral.: 8; Art. 380 numeral.: 7; C. de P.C. 142.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D. C., once de julio de mil novecientos noventa y cuatro

Magistrado Ponente: *Dr. Eduardo García Sarmiento*

Referencia: Expediente No. 4385. Sentencia N0. 087

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario *de revisión* propuesto por GABRIEL GUILLERMO LÓPEZ VILLALOBOS y ROSARIO PATERNINA MARTÍNEZ, contra la sentencia del 30 de noviembre de 1992 pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el proceso ejecutivo hipotecario promovido por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, frente a los aquí recurrentes.

Antecedentes:

1. El 14 de mayo de 1991 correspondió por repartimiento la demanda al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté (fls. 1 al 3, c. 1.), en la cual se solicitó que se librara mandamiento ejecutivo en contra de GABRIEL GUILLERMO LÓPEZ VILLALOBOS, a quien se podía notificar en la calle 22A No. 9-61 de la ciudad de Montería.

2. Por auto del 12 de junio de 1991 (fls. 22 al 24, c. 1), el despacho mencionado, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva con título hipotecario contra la persona antes indicada y en favor de la Caja de Crédito

Agrario Industrial y Minero y dispuso que el demandado debía cancelar la obligación en el término de cinco (5) días, contados desde su notificación, la cual tenía que hacerse personalmente o en la forma indicada por el artículo 505 del C. de P. C., comisionando para la anterior diligencia al Juez Civil Municipal - Turno - de Montería.

3. En escrito presentado el 2 de julio de 1991 (f. 26, c. 1.), la apoderada judicial de la parte actora solicitó se librara también mandamiento de pago, contra ROSARIO GUILLERMINA PATERNINA MARTÍNEZ, codeudora de GABRIEL GUILLERMO LÓPEZ y copropietaria del inmueble hipotecado y embargado, a fin de que se integrara el litis consorcio necesario. La anterior petición fue despachada favorablemente por auto del 5 de julio del mismo año (fl. 36, c. 1.).

4. El 12 de julio de 1991 se libró el despacho comisorio No. 027, por el cual se comisionó al Juez Civil Municipal -Turno - de Montería para la notificación del mandamiento de pagó a los demandados (fls. 52 y 53).

5. El 18 de julio de 1991 en la Secretaría del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté se notificó personalmente al demandado GABRIEL GUILLERMO LÓPEZ VILLALOBOS, el auto de mandamiento de pago de fecha 12 de junio del mismo año, según consta al fl. 41 del cuaderno No. 1.

6. El 2 de agosto de 1991, el auxiliar administrativo de la Oficina Judicial de Montería, informa bajo la gravedad del juramento al Secretario del Juzgado Comisionado (fl. 56, c. 1), que se trasladó a la dirección indicada de los demandados (calle 22A No. 9-61), "... en la que me recibió la joven del servicio informándome que no se encontraban, le lleve a cabo la notificación por aviso que recibió la misma y firmó la copia, le envié copia por correo de Adpostal y como constancia de ello le anexo al expediente la copia firmada y el recibo de consignación No. 16.447".

7. Por cuanto los demandados no comparecieron dentro del término de ley a notificarse del mandamiento de pago (fl. 56 v, c. 1.), el 27 de agosto de 1991, se fijó edicto emplazatorio por el término de veinte (20) días y se ordenó que se publicara en un diario de amplia circulación y se transmitiera en una radiodifusora de la ciudad de Montería, de acuerdo con lo establecido por el artículo 318 del C. de P. C. (fl. 57, c. 1.).

8. Agotados los procedimientos propios del emplazamiento, por auto del 28 de octubre de 1991 (fl. 63, ib.), el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté, designó curador *ad litem* a los demandados y ordenó que se le notificara personalmente el mandamiento ejecutivo y se le hiciera entrega de la copia de la demanda y de sus anexos, diligencia que se efectuó el 2 de diciembre de 1991 (fl. 66, c. 1).

11. El 6 de febrero del año mencionado, se profirió la sentencia de primera instancia (fls. 73 al 76, c. 1), en la cual se decretó la venta en pública subasta del bien inmueble hipotecado y se dispuso consultar la providencia con el superior

12. Mediante escrito presentado el 24 de febrero de 1992 (fls. 87 al 90, c. 1), los demandado promovieron un incidente de nulidad con fundamento en la causal estatuída en el numeral 8 del artículo 140 del C. de P. C., esto es, "Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición", el cual fue rechazado de plano por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en proveído del 7 de abril del mismo año (fls. 3 y 4 , c. Tribunal), decisión que recurrida en súplica fue revocada y en su lugar se dispuso que el Magistrado Ponente tramitara el incidente en mención (fls. 12 y 13, ib.).

13. En providencia del 4 de agosto de 1992 se decretó la nulidad de la actuación a partir del auto del 5 de julio de 1991 inclusive. "... dejando a salvo toda la actuación que no dependa del auto de mandamiento de pago y del que adicionó éste" (fls. 21 al 24, c. Tribunal). La anterior decisión a su vez fue recurrida en súplica por la parte actora, recurso que fue desatado mediante auto del 7 de octubre de 1992 (fls. 34 al 36, c. Tribunal), en el cual se declaró fundada la súplica y en consecuencia se dejó sin efecto la nulidad decretada, toda vez que el tribunal consideró, que no obstante ser cierto que tanto en el aviso como en el edicto emplazatorio de los ejecutados se hizo mención únicamente del auto de mandamiento de pago dictado, mas no de la providencia que lo reformó adicionándolo, eso constituía una "imprecisión", puesto que el tenor de los artículos 318 al 320 del C. de P. C., "se arriba a la conclusión de que la precisión por fecha de la providencia a notificar no era requisito esencial en tales tramitaciones, por lo que se infiere que el juzgado del conocimiento sencillamente quiso abundar en detalles en su actuación, con la consecuencia ya dicha".

14. El 30 de noviembre de 1992 (fls. 51 al 54, c. Tribunal), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Sala Civil de Decisión - resolvió la consulta de la sentencia, confirmando la del *a quo*.

15. Inconforme con la actuación GABRIEL GUILLERMO LÓPEZ VILLALOBOS actuando en su propio nombre y como apoderado judicial de ROSARIO PATERNINA MARTÍNEZ, demandó la revisión de la sentencia del Tribunal.

16. Esta Corporación por auto del 11 de mayo de 1993 (fls. 34 y 35, C. Corte), señaló el valor de la caución que debían prestar los recurrentes y otorgada mediante póliza judicial de la Compañía Aseguradora Grancolombiana S. A. (fl. 36, ib.), se aceptó por providencia del 4 de junio de 1993, solicitándose, en consecuencia, la remisión del expediente que contiene el proceso ejecutivo (fl. 39).

16.1. Admitida la demanda de revisión por auto del 13 de septiembre de 1993 (fls. 42 al 46, c. Corte), se ordenó el traslado mediante notificación personal al representante legal de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, Sucursal de Montería.

16.2. Surtido el traslado anterior, la Entidad Crediticia demandada, mediante apoderado judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones de revisión (fls. 77 al 90, ib.).

17. Por auto del 25 de enero del año en curso (fls. 92 al 95, c. C.), se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Tramitado el recurso extraordinario, procede proveer lo que fuere de derecho.

II. La Sentencia Impugnada

18. El Tribunal, después de historiar brevemente el proceso (fls. 51 al 54, c. Tribunal), afirmó que como los documentos presentados como base de la acción prestaban mérito ejecutivo y "Como además dentro del término legal indicado en el artículo 509 del C. P. C., los demandados no propusieron excepción alguna, procedía de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 555 del C. P. C. dictar sentencia. En consecuencia,

hay que concluir que el aquo (sic) dió cabal cumplimiento a las normas transcritas en el caso de estudio y por esa razón se impone la obligación de mantener la sentencia consultada".

III. El Recurso de Revisión

19. Con fundamento en la causal estatuída en el numeral 7 del artículo 380 del C. de P. C., solicitan los recurrentes se invalide la sentencia atacada y en su lugar se declare la nulidad de la actuación procesal, a partir del auto del 12 de junio de 1991, inclusive.

20. Sustentan el recurso (fls. 3 al 27, c. C.), con los argumentos fácticos que a continuación se resumen:

20.1. Es contraria a la realidad la constancia secretarial del 18 de julio de 1991, en la que el Secretario del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté manifiesta bajo la gravedad del juramento que notificó personalmente al demandado GABRIEL GUILLERMO LÓPEZ VILLALOBOS el auto de mandamiento de pago de fecha 12 de junio de 1991, calificando de extraña la situación de que solamente se le notificara el auto anotado "...cuando debió, como litis consorcio necesario y existiendo REFORMA DE LA DEMANDA, notificarle el auto adicional de fecha Julio 5/91, providencia *que hasta la fecha no le ha sido aún legalmente notificado* por cualquiera de los medio y formas establecidos por la ley", (mayúsculas y subrayado del texto).

20.2. Para efectos de la notificación personal del mandamiento de pago, el Juzgado de conocimiento comisionó al Juez Civil Municipal de turno en Montería, correspondiéndole al Juzgado Segundo Civil Municipal de esa ciudad, despacho que por auto del 23 de julio de 1991 decidió auxiliar al comitente, "ordenando se NOTIFIQUE a los demandados, ÚNICAMENTE EL AUTO PRIMIGENIO DE MANDAMIENTO DE PAGO de fecha *12 de junio de 1991*, omitiendo ordenar la notificación del auto adicional de fecha *julio 5 de 1991*", (mayúsculas y subrayado del texto).

20.3. "Al realizarse las diligencias de notificación y no ser encontrados los demandados se les notifica por AVISO a ambos (fl. 51) ÚNICAMENTE *el auto de fecha junio doce (12) de 1991*, recibiendo la demandada ROSARIO GUILLERMINA PATERNINA MARTÍNEZ notificación de

un auto en la que ella aún no era parte ni había sido legalmente vinculada al proceso, ya que ésta sólo es legal y jurídicamente parte pasiva en virtud de la reforma de la demanda y su posterior vinculación procesal mediante auto de fecha 5 de julio de 1991. La Oficina Judicial le envía a ambos demandados copia del mismo Aviso a través del certificado postal Nro. 16447 de agosto 2 de 1991, tal como aparece acreditado a folio 52 del expediente". (resaltado del texto).

20.4. El juzgado comisionado originó "un descomunal desacierto jurídico al emplazarlos por el 318 y no por el 320-3, como se había advertido en el Aviso arriba mencionado, siendo jurídica y técnicamente improcedente la aplicación del artículo 318 por cuanto este medio es sólo aplicable cuando en la demanda se afirma bajo la gravedad del juramento que se ignora la habitación y el lugar de trabajo del demandado y que éste no figura en el directorio telefónico o que *se encuentra ausente o se desconoce su paradero*. Y, en caso de autos (sic) tales circunstancias no se afirmaron en el libelo demandatorio sino, por el contrario se suministró la dirección residencial donde había (sic) de practicarse la notificación. Es más: el demandado Gabriel G. López Villalobos, desde hace más de trece (13) años, figura como suscriptor en el directorio telefónico de Córdoba".

20.5. A la demandada ROSARIO PATERNINA MARTÍNEZ se le emplazó públicamente para que recibiera notificación de un auto que contiene un mandamiento de pago "en el que ella no es arte ni parte", puesto que en el edicto se dijo que el objeto del emplazamiento es que recibiera la notificación del auto de fecha 12 de junio de 1991, el cual se refería únicamente al demandado GABRIEL G. LÓPEZ VILLALOBOS, "siendo por este insólito hecho ineficaz e inexistente la pretendida notificación emplazatoria".

20.6. Se le designó curador a ambos demandados, a pesar de estar supuestamente notificado personalmente GABRIEL LÓPEZ VILLALOBOS conforme con la certificación del Secretario del Juzgado.

20. 7. El secretario del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté, también faltó a la verdad y a la ética al afirmar en constancia secretarial del 29 de enero de 1992, que recibió de manos del demandado GABRIEL LÓPEZ un oficio de embargo de remanente emanado del Juzgado Primero Civil Municipal de Montería, cuando en realidad fue entregado personal-

mente por la doctora GLADYS RINCÓN PASTRANA quien actuaba como apoderada de Talleres Industriales Remec, en el proceso ejecutivo seguido por dichos Talleres contra GABRIEL LÓPEZ VILLALOBOS.

20.8. El Tribunal al negar la nulidad por el indebido emplazamiento, se olvidó que las generalidades del aviso a que se refiere el numeral 1 del artículo 320 del C. P. C. tienen que armonizarse con las exigencias del numeral 3 *ibídem* por cuanto se trata de un proceso ejecutivo, "siendo por lo tanto de imperativa obligatoriedad legal determinar con meridiana PRECISIÓN la fecha del auto o de los autos que libra o libran el mandamiento ejecutivo". Para respaldar los anteriores planteamientos transcribió en lo pertinente lo dicho por la Corte en algunas providencias, según las cuales para el emplazamiento de los demandados se deben observar la totalidad de las formalidades legales so pena de que se declare la nulidad.

20.9. El Tribunal también se equivocó al afirmar que los autos de mandamiento de pago se notificaron en forma "personal e inobjetable" al curador *ad litem*, puesto que dicha notificación jamás puede subsanar las nulidades que se hayan originado con relación a la defectuosa notificación e indebido emplazamiento. Para respaldar el anterior aserto, también se trajo a colación lo dicho por la Corte en sentencia número 257 del 10 de diciembre de 1991.

21. El Tribunal pasó por alto al momento de revisar el proceso "cual era el objeto de la Consulta, el protuberante hecho de que los demandados habían sido emplazados como personas 'CUYO PARADERO Y DOMICILIO SE LES DESCONOCE' (FOLIO 53), es decir como personas desconocidas e indeterminadas, no obstante a que en la demanda aparecen perfectamente las direcciones en las cuales había de surtirse la notificación; generando este insólito hecho una flagrante nulidad por indebida aplicación de los presupuestos íntegros del artículo 318 del C. de P. Civil. Pues, como se recordará, la notificación por el emplazamiento que se procura a través del 318 del C. de P. Civil es concerniente única y exclusivamente a lo del EDICTO, siempre y cuando se agoten previamente las formalidades del 320 ibídem...".

21.1. Concluyen sosteniendo que el Tribunal carecía de competencia para tramitar y decidir el incidente de nulidad propuesto ante el *a quo*, "porque dicha Corporación, a la luz del artículo 26 del C. de P. Civil, sólo cono-

cen (sic) en segunda instancia de los recursos de apelación y de las consultas de los procesos que conocen en segunda instancia los JUECES DEL CIRCUITO, pues en el específico caso que ahora ocupa nuestra atención el incidente de nulidad no fue remitido ni para consulta ni para resolver recurso alguno de apelación. En este orden de ideas, se *creó por el Tribunal una instancia especial para tramitar y decidir el incidente de marras,* situación 'suigeneris' violatoria de las ritualidades procedimentales del derecho que se enmarcan dentro de los parámetros del numeral 2 del artículo 140 de nuestro ordenamiento procesal civil".

22. La persona jurídica demandada en este recurso, como se dijo, descorrió el traslado (fls. 79 al 90, C. 1. Corte), oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como "EXCEPCIONES DE FONDO" las que denominó: "PRECLUSIÓN DE LA OPORTUNIDAD LEGAL PARA LA PROPOSICIÓN DE LA CAUSAL INVOCADA MEDIANTE EL PRESENTE RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN" e "INEXISTENCIA DE LA CAUSAL INVOCADA COMO FUNDAMENTO DEL RECURSO PROPUESTO". (Mayúscula y resaltado del texto).

22.1. Desarrolla la primera de las "excepciones" argumentando que ha precluído la oportunidad legal para proponer la nulidad, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 3º. del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala las oportunidades en que debe alegarse, las que afirma, "deben entenderse de una manera EXCLUYENTE y no CONCURRENTE" (destacado del texto) y toda vez que los recurrentes ya hicieron uso de ese derecho dentro del proceso.

Como sustento de la segunda argumenta que la notificación sí se realizó en debida forma, según se desprende de las actuaciones que obran en el proceso.

23. Por auto del 25 de enero del cursante (fls. 92 al 95, c. 1. Corte), se abrió a pruebas el proceso decretando las solicitadas por las partes, las cuales se practicaron, (c. 2. Corte). Por auto del 9 de marzo (fl. 97 c. 1. Corte), se corrió traslado para alegar de conclusión, haciéndolo las dos partes (fls. 98 al 119, c. 1. Corte).

23.1. Agotada entonces como se encuentra la tramitación del recurso extraordinario de revisión, procede la Corte, puesto que ningún reparo

merecen los presupuestos procesales ni se advierte nulidad que pueda invalidar la actuación, a resolver lo pertinente.

Consideración de la Corte

24. El recurso de revisión sólo es procedente contra las sentencias ejecutoriadas, salvo las que dicten los jueces municipales en única instancia (inciso segundo, artículo 379 del C. de P. C.), y toda vez que se trata de un medio de impugnación extraordinario, la ley señala taxativamente las causales en que dicho recurso se puede apoyar, las que se deben interpretar restrictivamente y tiene que ser debidamente demostradas.

24.1. Pese a que en reiterada jurisprudencia de la Corte se ha sostenido que tratándose de procesos ejecutivos nos se abre paso la revisión cuando como causal se invocan nulidades procesales por falta de notificación o de emplazamiento y la sentencia se ha limitado a ordenar seguir adelante la ejecución, puesto que el incidente puede promoverse en el mismo expediente en razón a que éste en esos supuestos no termina el ejecutivo con el proferimiento de la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución o decreta la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, o sea que el recurso procede contra sentencias que causen efectos de cosa juzgada material.

Empero , en el asunto *sub judice* se admitió la demanda (fls. 42 al 46, c. 1. Corte), por estimarse *ab initio* que como la nulidad planteada en el libelo ya había sido debatida en instancia, la parte interesada no tendría posibilidad de alegarla nuevamente dentro del proceso ejecutivo, y por eso se resolvería de fondo en oportunidad la revisión, determinando si el derecho a pedir la nulidad por los hechos ya alegados y resueltos caducó, y si no hay caducidad examinar si se configuró o no la causal de invalidez procesal invocada por los ejecutados.

24.2. Como se anotó anteriormente, se invocó como causal de revisión la consagrada en el numeral 7 del artículo 380 del C. de P. C., en cuanto se refiere a la falta de notificación o emplazamiento, la cual constituye la nulidad señalada en el numeral 8 del artículo 140 ibidem, armonizando las dos causales se entiende que la parte tiene como último medio la revisión para alegar la nulidad cuando no la haya saneado. Luego si la alegó en instancia y le fue desfavorable, síguese que no la saneó, de modo que tiene como últi-

mo medio, se reitera, el recurso de revisión. En síntesis, pues, si la parte habiendo podido alegar la nulidad en instancia no lo hizo, no puede acudir a la revisión. Si la parte alegó la causal 8 del artículo 140 y lo fue sin éxito, significa que no saneó y es viable el recurso extraordinario de revisión.

24.3. Respecto al debate de las nulidades ha dicho la Corte:

*"Apoyadas en los distintos preceptos positivos, que se refieren a la institución de las nulidades en el proceso civil, tanto a la luz de la legislación de 1931 como frente a las disposiciones contenidas en el Capítulo V del título II del Libro Segundo, sección segunda, del Código de 1971, la jurisprudencia y la doctrina han señalado, las que fueron por ese entonces y hoy siguen siendo (Capítulo II, Título XI, Libro Segundo, sección segunda del Decreto 2282 de 1989), bases esenciales de un único sistema normativo, que por cierto no puede pasarse por alto cuando de aplicar aquellos preceptos se trata. Pues bien, existiendo, como sin duda, varios medios procedimentales para llegar a la declaración de nulidad, enseña el primero de tales principios directivos fundamentales que cada uno de dichos medios tiene su técnica y alcance propios, por manera que, contra lo que parecía sugerir a primera vista el texto del art. 154 — 140 del Código de Procedimiento Civil no queda al arbitrio de las partes emplear cualquiera de ellos a su mejor conveniencia; los medios en cuestión están determinados en consideración a la naturaleza del acto viciado, a la oportunidad en que es solicitada la nulidad e incluso, en no pocos casos, al mandato expreso de la ley; luego es evidente que no pueda prosperar una petición en ese sentido si no es utilizado, ante una situación procesal dada, el camino que a ella resulte apropiado, todo bajo el entendido de que, por fuerza de otro postulado de no menor importancia en este campo, es propósito claro del ordenamiento legal que en la medida de lo razonable, pueda instarse la anulación de un acto, resolución o actuación dentro del transcurso del proceso, **in limine litis**, pues tiene dicho la Corte que el conjunto de esa preceptiva reguladora de las nulidades —la que en el actual código de procedimiento civil contiene el capítulo V del Título II del Libro Segundo— '... permite poner de manifiesto que fué voluntad del legislador la de que, por regla general, todo lo concerniente a dicha materia —la de las nulidades adjetivas—, se agrega, se discuta y se decida dentro del proceso en que ellas han ocurrido..." — (G. J., t. CLV, pág. 29).*

*24.4. Si para que proceda la causal invocada es requisito **sine qua non** que la nulidad no se haya saneado, procede determinar en qué momentos se*

pueden alegar las nulidades. Lo anterior resulta ser así, por cuanto el artículo 144 de nuestro ordenamiento procesal civil establece, entre otros eventos, que la nulidad se considerará saneada cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente, y cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente.

El artículo 142 ibídem señala las siguientes oportunidades en las cuales se pueden alegar las nulidades:

A. En cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella.

B. La nulidad por no interrupción del proceso en caso de enfermedad grave, deberá alegarse dentro de los cinco días siguientes al en que haya cesado la incapacidad.

C. La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, podrá también alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339, o como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión si no se alegó por la parte en las anteriores oportunidades."

25. En el asunto *sub judice* consta que mediante memorial presentado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté el 24 de febrero de 1992 (fls. 87 al 90v., C. 1.), los recurrentes promovieron incidente de nulidad por los mismos hechos en que fundan el recurso extraordinario de revisión, incidente que fue resuelto adversamente al promotor por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería por proveído del 7 de septiembre de 1992 (fls. 34 al 36, ib.), situación que pone de presente que no se convalidó la actuación.

Así las cosas, si es cierto que el ejercicio de un derecho conlleva su caducidad de modo que no es viable alegarlo por segunda vez, en este caso la parte ejecutada lo que ha manifestado con su actuación es que si bien agotó la oportunidad en instancia, no quiso sanear la eventual nulidad, y que precluída la etapa de instancia en la que invocó la declaración de nulidad, no por ello el derecho le caducó, como que ya en instancia no podía alegar la invalidez, sólo le quedaba el otro medio, el recurso de revisión.

Luego no habiendo en este caso caducidad de la facultad para demandar mediante recurso de revisión la nulidad por la causal deprecada, ha de examinarse si se incurrió en los vicios señalados por los recurrentes con el alcance de quebrantar el debido proceso y peculiarmente su componente principal, el derecho de defensa.

25.1. En este asunto los demandados en verdad tenían dirección cierta para ser notificados personalmente de los autos de mandamiento de pago (fl. 3, c. 1), dirección en la cual se intentó la diligencia el 2 de agosto de 1991 y toda vez que no estaban se procedió a entregar un aviso a la persona que se encontraba allí, copia del cual se les remitió por correo certificado (fls. 55 y 56, c. 1). Como quiera que no se hicieron presentes dentro de los diez días siguientes a la fijación del aviso, se les emplazó en los términos del artículo 318 del C. de P. C. (fls. 56v. y 57, c. 1).

La anterior actuación se encuentra conforme con lo dispuesto en el artículo 320 del C. de P. C., el cual señala que si no se halla a quien debe ser notificado personalmente o se impide su práctica se le dejará un aviso que debe contener: "... el proceso de que se trata, la orden de comparecer y el objeto de la comparecencia, así como el lugar, fecha y hora en que debe surtirse la diligencia para la cual se cita, o el término de que disponga para comparecer, según fuere el caso..." y que, cuando se trate de notificación del auto que admita una demanda o del que libra mandamiento ejecutivo, "en el aviso se informará al demandado que debe concurrir al despacho judicial dentro de los diez días siguientes al de su fijación, para notificarle dicho auto y que si no lo hace se le designará curador ad litem, previo emplazamiento. Si transcurre ese término sin que el citado comparezca, el secretario dejara constancia de ello y se procederá al emplazamiento en la *forma prevista en el artículo 318*, sin necesidad de auto que lo ordene". (Subraya la Corte).

25.2. Ahora bien, toda vez que los recurrentes alegan que tanto en el aviso como en el emplazamiento se presentan irregularidades que invalidan la notificación, se procederá al examen de dichos actos procesales.

A folio 55 del cuaderno No. 1 obra el aviso, en el que se observa que se cumplieron con los requisitos señalados por la norma antes transcrita, como que allí se dijo que se trataba de un proceso ejecutivo hipotecario promovido por la Caja Agraria en contra de los recurrentes, quienes debían comparecer

dentro de los diez (10) días siguientes a notificarse del auto del 12 de junio de 1991, dictado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté y se les advirtió que si no concurrían dentro del término establecido, se les designaría curador ad- litem, previo emplazamiento, conforme con lo dispuesto en el artículo 320 numeral 3º. del C. de P. C., según el cual éste debe hacerse en la forma prevista en el artículo 318 *idem*, disposición que a su vez señala que el edicto "...expresará la naturaleza del proceso, el nombre de las partes y la prevención de que se le designará curador ad litem si no comparece en oportunidad.", formalidades que se cumplieron en el edicto emplazatorio en cuestión (fl. 57, c. 1), en el que se observa que se anotó la clase de proceso, nombre de las partes, objeto de la diligencia, término para comparecer y se les advirtió que si no lo hacían se nombraría curador ad litem, a quien se le notificaría dicho auto y se proseguiría el proceso hasta su culminación. Y como quiera que los ejecutados no se presentaron dentro del término de ley a notificarse del mandamiento de pago, por auto del 28 de octubre de 1991 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté les nombró curador ad litem (fl. 63, c. 1), con quien se surtió la diligencia, en la que consta que se le notificó personalmente del "mandamiento de pago ejecutivo de fecha 12 de junio del corriente año (1991), adicionándolo mediante auto de fecha cinco (5) de julio de la misma anualidad...". (fl. 66, idem).

Así las cosas, es evidente que el hecho de que no se hubiese anotado la fecha del auto que adicionó el mandamiento de pago del 12 de junio de 1991, ó que se hubiese dicho en el edicto que se desconocía el paradero y domicilio de los demandados no constituye nulidad, puesto que, como se dijo anteriormente, *no es requisito sine qua non anotar las fechas de las providencias a notificar, sino el objeto de la citación*, formalidad que se cumplió, y en cuanto al segundo aspecto es una imprecisión que no afecta para nada la validez del emplazamiento.

25.3. En lo que respecta al informe secretarial del 18 de julio de 1991 en el que el Secretario del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté manifestó bajo la gravedad del juramento que en esa fecha notificó personalmente el mandamiento de pago al demandado GABRIEL GUILLERMO LÓPEZ VILLALOBOS, y que según el recurrente es contrario a la realidad, cabe anotar que dicho documento tiene el carácter de público y como tal se presume auténtico. Ahora bien, en el evento de que las cosas hubiesen sido como las afirma el recurrente, éste debió tacharlo de falso y probarlo dentro de la oportunidad legal.

25.4. En cuanto toca al hecho de que se hubiese emplazado y designado curador ad litem a los dos demandados, no obstante que GABRIEL GUILLERMO LÓPEZ VILLALOBOS ya había sido notificado personalmente del mandamiento de pago, tampoco constituye indebida notificación, puesto que la efectuada a él conserva su validez, además de que en modo alguno se le vulneró por éste aspecto el derecho de defensa, puesto que eso no era óbice para que lo ejercitara.

25.5. En cuanto toca con la presunta falta de competencia del Tribunal para resolver el incidente de nulidad y demás presuntas irregularidades expuestas por el recurrente, a pesar de no ser necesario pronunciamiento al respecto, puesto que la Corte debe ceñirse exclusivamente a determinar si se presentó la nulidad por falta de notificación o emplazamiento que fue la causa alegada, toda vez que las causales de revisión son taxativas y como se anotó anteriormente de interpretación restrictiva, es de ver que el artículo 358 de la ley procesal civil de ordena al ad-quem estudiar aun de oficio si existen motivos de invalidez procesal. Luego al pronunciarse sobre la nulidad pedida, no desbordó el ejercicio de su jurisdicción.

Lo anterior significa, que como quiera que la nulidad invocada como causal de revisión no se presenta, en razón de que los demandados fueron notificados del mandamiento de pago de conformidad con lo dispuesto por el artículo 320 del C. de P.C., se impone, pues declarar infundado el recurso de revisión propuesto, condenar a los recurrentes en los perjuicios y en las costas, a cuyo pago se atenderá haciendo efectiva la caución prestada, debiendo liquidarse aquellos mediante incidente (artículo 384, inciso final del C. de P. C.).

V. 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

1o. DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de revisión propuesto por GABRIEL G. LÓPEZ VILLALOBOS y ROSARIO GUILLERMINA PATERNINA MARTÍNEZ contra la sentencia del 30 de

noviembre de 1992 dictada en el proceso ejecutivo hipotecario promovido por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO frente a los recurrentes, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

2o. CONDENAR a los recurrentes al pago de los perjuicios que hayan causado a la entidad demandante, y en las costas, lo cual se efectuará con la caución prestada. Liquídense los perjuicios por el trámite incidental (artículo 384, inciso final, C. de P. C.).

3o. DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, salvo el cuaderno correspondiente a lo actuado en la Corte, cuyo archivo se ordena.

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

*RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/RESPONSABILIDAD MÉDICA/CULPA/PERJUICIO MATERIAL/PERJUICIO MORAL/SERVICIO MÉDICO/ARBITRIUM JUDICIUM

1). La responsabilidad contractual de instituciones de salud en caso de tratamiento indebido surge cuando en desarrollo del correspondiente contrato se incurre en la culpa profesional o institucional del caso y acarrea perjuicios al respectivo paciente. Dentro de los perjuicios resultan indemnizables tanto los materiales como los morales. Por referirse éste contrato en su esencia y ejecución a la salud de la persona humana, es posible de manera excepcional (lo que no ocurre generalmente cuando se trata de cosas o bienes) que el incumplimiento del servicio médico profesional sea causa concurrente tanto de los daños materiales como de los daños morales en el paciente.

2). Sólo puede el juez acudir al arbitrium judicium o potestad discrecional judicial para fijar la cuantía del daño moral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. - Santafé de Bogotá D. C., julio doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente No. 3656. Sentencia No 88

En virtud de haber sido casada la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el 30 de julio de 1991, en el proceso ordinario promovido por GREGORIO MARTÍNEZ GALLEGO contra la FUNDACIÓN INSTITUTO NEUROLÓGICO DE COLOM-

BIA, se decide por la Corte el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad el 7 de septiembre de 1990 y la apelación adhesiva de la parte demandada contra el fallo citado.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda presentada el 13 de mayo de 1987, repartida al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, GREGORIO MARTÍNEZ citó a un proceso ordinario a la FUNDACIÓN INSTITUTO NEUROLÓGICO DE COLOMBIA y al médico JAIME GOMEZ GONZÁLEZ para que se declarase que la primera "es civilmente responsable de las lesiones sufridas por el señor Gregorio Martínez, durante el tratamiento de que fue objeto en el citado Instituto entre los días 14 de marzo y 16 de junio de 1978" (fl. 3, C-1) y para que, por ello se le condene a pagar al actor la indemnización que corresponda por daño emergente y lucro cesante, este último "derivado de la pérdida de capacidad laboral" a consecuencia de las lesiones padecidas por el actor por el tratamiento equivocado de que fue objeto. Así mismo impetra el demandante que se condene a los demandados al pago de los perjuicios morales sufridos por ese tratamiento, condenas todas que habrán de ser pagadas teniendo en cuenta la "desvalorización monetaria" (fl. 4, C-1).

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, en resumen expuso el actor los siguientes:

2.1. Gregorio Martínez ingresó al Instituto Neurológico Colombiano el 14 de marzo de 1978, donde estuvo hospitalizado hasta el 16 de junio del mismo año, para someterse a un tratamiento en razón de quebrantos de salud causados por agudo "nerviosismo y dolor de cabeza", enfermedad que en esa Institución fue diagnosticada "prematuramente" como "esquizofrenia catatónica", para lo cual fue sometido el paciente a un tratamiento médico que "culminó con la aplicación de una inyección intrarraquídea de vitamina B6" que le produjo "parálisis de sus miembros inferiores" (fl. 4, C-1).

2.2. Intensificado ese tratamiento en el Instituto Neurológico Colombiano, el demandante sufrió paraplejia y deformaciones físicas que "a la postre, se tradujeron, además, en perturbaciones de carácter sicológico" (fl. 5, C-1).

3. Admitida la demanda y corrido que fue traslado de la misma, el Instituto Neurológico de Colombia le dio contestación (fl. 13, 14 y 15, C-1), con expresa oposición a las pretensiones del demandante. En cuanto a los hechos, manifestó que el señor Gregorio Martínez Gallego ingresó a esa entidad hospitalaria, en tres ocasiones diferentes durante el lapso comprendido entre el 14 de marzo y el 16 de junio de 1978; expresó que su cuadro clínico demostraba el padecimiento de esquizofrenia catatónica "iniciada desde quince años antes" (fl. 13, C-1) y que para tratarla se le aplicó "el tratamiento más idóneo" para ese tipo de enfermedad, el cual fue "autorizado por sus familiares", previa información de las "contingencias y peligros inherentes a aquél" (fl. 13, C-1). Además, aseveró que el paciente presentó cuadros de "poliradiculoneuropatía o aracnoiditis, o de paraparesia flácida arreflexica" y que el demandante "inexplicablemente dejó de asistir" al tratamiento de rehabilitación y fisioterapia ambulatoria.

Como excepciones de mérito, interpuso el instituto demandado las que denominó "prescripción" y "autorización previa al tratamiento o cualquiera otra resultante de la aquiescencia" al mismo, "a sabiendas de sus contingencias y peligro".

4. Agotada la tramitación propia de la instancia, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá le puso fin a ésta mediante sentencia proferida el 7 de septiembre de 1990 (fls. 161 a 169, C-1), en la que se decidió denegar las pretensiones del demandante "en lo que respecta al daño emergente y lucro cesante" y condenar a la Fundación Instituto Neurológico de Colombia a pagarle al actor "la suma de $500.000.oo por concepto del perjuicio moral que sufrió como consecuencia de los hechos de que trata el proceso" (fl. 169, C-1). En cuanto al demandado Jaime Gómez González, no hizo el sentenciador ningún pronunciamiento, por cuanto el demandante, en memorial visible a folio 24 del cuaderno No. 1 desistió de la demanda respecto de aquel.

5. Como quiera que el demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primer grado, el Instituto Neurológico de Colombia, interpuso entonces apelación adhesiva (fls. 3 a 6, C-6), recursos éstos que fueron decididos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá —Sala Civil—, en sentencia de 30 de julio de 1991 (fls. 17 a 25, C-6), en la cual se decidió revocar el numeral 1o. del fallo apelado, en cuanto denegó las pretensiones del actor para que se le indemnice el daño emer-

gente y el lucro cesante, y, en su lugar, se condenó a la parte demandada "a pagar a Gregorio Martínez Gallego la suma de $20'000.000.oo, como indemnización de los perjuicios éste causados", y confirmarla "en lo demás" (fl. 25, C-6).

6. Recurrido el fallo del Tribunal en casación ante la Corte Suprema de Justicia por la Fundación Instituto Neurológico de Colombia, el referido recurso extraordinario fue decidido mediante sentencia de 5 de marzo de 1993 (fls. 17 a 31, cdno. Corte), en la cual se casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá —Sala Civil– en este proceso y, en sede de instancia se decretaron de oficio algunos pruebas, antes de dictar sentencia sustitutiva, a lo cual se procede ahora, una vez que aquellas fueron practicadas.

Consideraciones

1. Examinados los presupuestos procesales, encuentra la Corte que éstos se hallan reunidos a cabalidad y, por cuanto no se advierte ninguna causal de nulidad de lo actuado, habrá de dictarse sentencia de mérito.

2. Previamente estima pertinente la Corte en sede instancia, verificar la posibilidad del establecimiento judicial de la responsabilidad contractual de instituciones de salud en caso de tratamiento indebido.

2.1. Por lo general, ella surge cuando en desarrollo del correspondiente contrato se incurre en la culpa profesional o institucional del caso y acarrea perjuicios al respectivo paciente. Luego, para que esta culpa sea idónea en su responsabilidad es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, es igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos.

2.2. Y dentro de estos perjuicios resultan indemnizable tanto los materiales como los morales. Los primeros comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1.613 del C.C.), que en este evento asumen características particulares. Porque el daño emergente, como la pérdida que sufre el paciente por haberse cumplido imperfectamente el servicio médico profesional, si bien no comprende el deterioro y disminución sico-física en la salud humana, por su carácter estrictamente extrapatrimonial, no es

menos cierto que sí contiene las pérdidas consecuenciales de este daño corporal valorables económicamente, como serían la reducción y pérdida de la capacidad laboral (que importa y tiene incidencia más bien para el lucro cesante), los gastos hospitalarios, quirúrgicos, terapéuticos; rehabilitación, gastos de transporte, etc. De otra parte, el lucro cesante, como aquella ganancia o provecho que se deja de percibir precisamente por el daño ocasionado al cuerpo y a la salud, estaría representado por la supresión o reducción temporal o indefinida (hasta que ella subsista) de los ingresos, por efecto de la eliminación, reducción o transformación (en caso de rehabilitación para otro trabajo) de la capacidad laboral, así como de algunos que específica e inequívocamente se hayan dejado de percibir. Y por último, esta Corporación siguiendo la doctrina universal en el punto, estima que *por referirse este contrato en su esencia y ejecución a la salud de la persona humana, es posible de manera excepcional (lo que no ocurre generalmente cuando se trata de cosas o bienes) que el incumplimiento del servicio médico profesional sea causa concurrente tanto de los daños materiales mencionados como de daños morales en el paciente. Como consecuencia del primero se producen de manera autónoma, de manera independiente dolores, padecimientos, aflicciones y afectaciones como individuo y ser social, todos ellos constitutivos de lo que se denomina el daño moral, evento en el cual deberá indemnizarse.*

2.3. Por último, la Sala reitera la necesidad de que para el establecimiento judicial de la referida responsabilidad contractual se encuentran, plenamente probados, conforme a derecho, los elementos, que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad; y que solo puede el juez acudir al arbitrium judicium o potestad discrecional judicial para fijar el guantum o cuantía del daño moral.

3. En el caso de autos, aun cuando a la apelación de la parte actora contra la sentencia de primer grado por haber denegado la pretensión de que se condenara a la parte demandada al pago de indemnización por los perjuicios materiales que le fueron irrogados por el Instituto Neurológico de Colombia, siguió la apelación adhesiva de la parte demandada (fls. 3 a 6, C-6), en la que combate la condena al pago de perjuicios morales al actor, la Corte, en sede de instancia limitará el análisis solo a la primera en cuanto a los perjuicios materiales y dejará de lado la segunda. Ello obedece a la prosperidad limitada que tuvo el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso, —que prosperó tal cual aparece en sentencia de 5 de marzo de 1993 (fls. 17 a 31 cdno. Corte).

3.1. En efecto, en primer lugar encuentra la Corte que como quiera que en este recurso no se combatió la condena impuesta a la parte demandada al pago de perjuicios morales al señor Gregorio Martínez, confirmada por el fallador de segundo grado, la Sala concluye que dicha condena queda incólume pues así lo impone el carácter limitado y dispositivo del recurso de casación. Es decir, queda inmodificable tanto el monto de la condena por perjuicios morales, como la responsabilidad por esos daños que dicha condena presupone. No puede entonces revisarse esta última.

3.2. Pero, en segundo término, también observa la Corte que la prosperidad del cargo en casación obedeció a la violación de norma sustancial por el fallo de segunda instancia, al interpretar erróneamente y aplicarse indebidamente la facultad de decidir arbitrium judicium, para el establecimiento del monto o cuantía de los perjuicios materiales o patrimoniales, quedando así incólume, igualmente, como se dijo en el aparte anterior, el establecimiento de la responsabilidad del instituto demandado por los daños morales ocasionados. Luego, siendo indubitable para la Sala el carácter inmodificable que tiene el asunto de la responsabilidad mencionada, pues no fue objeto de controversia ni de beneficio por la prosperidad de la casación, la Corte, en sede de instancia, solamente limitará su conocimiento al aspecto de los perjuicios materiales alegados en el proceso, reproduciendo en la resolución lo demás que ha quedado intangible sobre la responsabilidad del demandado y su condena en perjuicios morales.

4. En relación con los perjuicios materiales, ha de observarse lo siguiente:

4.1. Que el daño emergente en sentido estricto, entendido como la disminución "íntegramente patrimonial" proveniente del incumplimiento de la obligación contractual, no se encuentra demostrado en el proceso, razón esta por la cual no podrá imponerse, por ese concepto, ninguna condena.

4.2. En cuanto a los perjuicios materiales de que directamente fue víctima el demandante por culpa de la parte demandada, y que resulta valorable económicamente y, por tanto, resarcible; se encuentra por la Corte lo siguiente:

4.2.1. Que ciertamente el demandante sufrió un grave deterioro en su capacidad personal y laboral con ocasión del diagnóstico y tratamiento adelantado por la Fundación Instituto Neurológico de Colombia. Porque está comprobado, de una parte, como lo afirma el testigo José Wiessner Tobar (médico siquiatra sicoanalista del paciente por esa misma época) que "el señor Martínez podía trabajar y estaba habilitado para hacerlo" en labores acordes con su grado educacional y capacidad intelectual, como las propias del campo, a las que se dedicaba de ordinario (folio 41, cdno. de la Corte). Sin embargo, dicha capacidad se veía alterada en ocasiones, como lo señala el testigo doctor Efraín Felipe Quiroga Hernández (médico siquiatra que lo asistiera en la hospitalización en el citado instituto), quien afirma que si bien no podía laborar por su grave alteración mental al momento del ingreso a dicha institución hospitalaria, lo cierto es que al momento de salir de ella no sufría alteración de esa categoría. De allí que, no obstante esa afección inicial, también aclare este testigo que al momento de egreso dicho paciente presentaba una disminución física y laboral que antes no tenía. Pues, reiterando lo que indica la historia clínica, el declarante precisa que el paciente padeció de "una poliradiculoneoropatía, lo que indica que sus miembros inferiores no tenían la fuerza normal, en ese sentido era un minusválido físicamente para trabajar", por lo que para su desplazamiento "debía usar elementos ortopédicos de apoyo para movilizarse como caminadores, bastones y, si el desplazamiento debía ser rápido tenía que usar silla" (folio 46 y 27m cdno. Corte). Luego, hubo una disminución de la capacidad laboral productiva del paciente.

4.2.2. Ahora bien, los peritos nombrados para el efecto rindieron dictamen que aparece a folios 80 a 84 del cuaderno de la Corte, aclarado posteriormente (fls. 122 a 124 del mismo cuaderno). Conforme a lo expresado en ese dictamen pericial, la disminución de la capacidad laboral de Gregorio Martínez Gallego, como consecuencia del tratamiento médico equivocado a que fue sometido en el Instituto Neurológico de Colombia, "se extiende al ciento por ciento (100%)", pues se encuentra impedido para "el manejo y control de los miembros inferiores, lo cual no le permite desarrollar las "actividades propias del campo" a que se dedicaba con anterioridad, como quiera que ellas no pueden cumplirse en sus actuales condiciones físicas (fls. 81 y 82, cdno. Corte).

Atendida la vida probable del demandante, quien llegaría a la edad de 65 años en el año 2018 y, teniendo en cuenta el salario mínimo que para el

sector rural ha sido fijado por el Estado desde 1978 hasta el año de 1993 inclusive, los peritos, para establecer el lucro cesante, contemplan dos aspectos que denominan "lucro cesante consolidado" y "lucro cesante futuro". El primero, para el período comprendido entre el 16 de junio de 1978 y el 5 de marzo de 1993, fecha en que fue proferida la sentencia que decidió el recurso de casación y, el segundo por el lapso comprendido entre esta última fecha y el 1o. de abril del año 2018, en que el demandado cumpliría la edad de 65 años.

Tales cálculos, elaborados sobre esas bases, arrojan, por concepto de lucro cesante consolidado la suma de $3'873.915 y, por lucro cesante futuro, en 300 meses y con el salario mínimo legal vigente para 1993, la suma de $24'453.000, para un gran total de lucro cesante que asciende a $28'326.915 (fls. 82 y 83, cdno Corte).

4.2.3. El dictamen pericial inicialmente rendido en los términos expresados, fue posteriormente aclarado y complementado por los auxiliares de la justicia (fls. 122 a 124, cdno Corte), para lo cual se apoyaron en la tabla colombiana de mortalidad y en fórmulas matemáticas actuariales, de manera tal que se puedan "combinar los crecimientos futuros de los ingresos, y un rendimiento financiero", para "traer a valor actual dichos ingresos", luego de lo cual expresan, como conclusión, que el lucro cesante consolidado es de $25'520.661 y el lucro cesante futuro asciende a $18'895.804, para un gran total de $44'416.465.

4.3. Encuentra la Corte que como las solas conclusiones valorativas arrojadas por ambos dictámenes periciales, superan la cifra de veinte millones de pesos ($20.000.000.oo), hacen entonces superfluo que se entre al análisis exhaustivo de cada una de sus fundamentaciones para su apreciación correspondiente. Pues basta simplemente limitar su apreciación a la cantidad de $20.000.000.oo, porque el análisis del excedente resulta inoficioso.

En efecto, bien sea que se llegue a la conclusión de la necesidad de su apreciación conjunta o con exclusión de uno de ellos, siempre la conclusión sería la misma, es decir, que hay fundamentos fácticos y legales en su elaboración y argumentos técnicos y racionales, no controvertidos debidamente, para estimarlos suficiente y acoger uno cualquiera de ellos, el cual señalaría una valoración de los perjuicios superior a los menciona-

dos $20.000.000.oo, lo que, por sí mismo, justificaría por lo menos, en el campo probatorio y no del mero arbitrium judicium, el mantenimiento de la valoración de los perjuicios en la suma indicada de $20.000.000.oo.

Es decir, cualquiera de los dictámenes son en esta ocasión medios probatorios suficientes para imponer una condena por lo menos equivalente a la suma de $20.000.000, pues ellos reflejan un avalúo superior. Luego, la condena de $20.000.000.oo que habrá de imponer la Corte tendrá dicha sustentación probatoria y no la mera potestad del arbitrium judicium, tal como se expuso al decidir el recurso extraordinario de casación.

En cambio, no puede decir la Corte lo mismo con relación a la cantidad superior a dicha suma, porque a pesar de haber sido controvertida en su momento por las partes y pueda ser hipotéticamente controvertible, lo cierto es que dicho análisis resulta intrascendente por el caso sub examine.

En efecto, para la Corte es innecesario entrar a apreciar las razones que llevaron a los peritos a valorar esos daños en suma superior a los $20.000.000.oo de pesos, porque no es posible imponer una condena en esas condiciones, es decir, superior a $20.000.000.oo, pues resulta contrario a la razón y al principio de la no reformatio en perjuicio, imponer al recurrente en casación una condena que exceda lo que originalmente lo llevó a impugnar la sentencia del Tribunal, porque aquel recurso fue interpuesto en su beneficio y no en su perjuicio. Luego, la obligación de indemnizar los perjuicios materiales al actor, no podrá exceder de $20.000.000, suma ésta a la que había sido condenado el Instituto Neurológico de Colombia en el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (fls. 17 a 25, C-6), casado por la Corte en sentencia del 5 de marzo de 1993 (fls. 17 a 30, edno. Corte).

4.4. Como consecuencia de lo anterior, se impone la revocatoria del fallo apelado para proferir la condena limitada mencionada por perjuicios materiales, reproduciéndose, como arriba quedó expuesto, con la confirmación de la condena por perjuicios morales y demás que había quedado incólume en casación.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sede de instancia, conforme a lo dispuesto por el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el numeral 1o. de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá el 7 de septiembre de 1990 (fls. 161 a 169, C-1), y, en su lugar, condenar a la FUNDACIÓN INSTITUTO NEUROLÓGICO DE COLOMBIA a pagar a GREGORIO MARTINEZ GALLEGO por concepto de perjuicios material (lucro cesante), la suma de $20.000.000.oo conforme a lo expuesto en la parte motivo de esta providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

Sin costas para el actor, por la prosperidad del recurso de apelación.

Costas de instanciadel demandado, como apelante adhesivo. Tásense oportunamente.

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

DEMANDA DE REVISIÓN / REVISIÓN —Deserción Inadmición Rechazo/ SÚPLICA.

1). Distinción entre las circunstancias que generan la inadmisibilidad de la demanda de revisión, de aquellas que generan su rechazo, y de las que causan la deserción del recurso.

2). El auto por medio del cual el magistrado ponente le otorga efecto de deserción del recurso de revisión al hecho de no haberse prestado oportunamente la caución exigida en el art. 383 del C. de P.C., no es por su naturaleza apelable y por lo tanto, en el presente caso, no es de recibio la súplica.

F. F.: Art. 380, 383 del C de P.C.
Numeral: 6 ibidem

CARGA PROCESAL/ DESERCION

Concepto de carga procesal. El incumplimiento de las cargas procesales de cualquier indole, relacionadas con la interposición y trámite de los recursos suele degerar deserción. (arts. 351; artículo 371, incisos 3 y 5; artículo 383, 2o. inciso de C. del P.C.

F. F.: C. de P.C. Art.: 351; Art.: 371 Inciso: 3 y 5; Art 383 Inciso: 2 ibidem

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Rad. Expediente No. 4924. Auto No. 227

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de súplica interpuesto por la señora Leonor Linares de Malaver, contra el auto dictado por el Magistrado Ponente el 9 de junio del corriente año, dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión en donde aquella figura como demandante.

I. Antecedentes

1. La señora Leonor Linares de Malaver instauró demanda de revisión contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario que ella adelantó contra el fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda.

2. Una vez repartida la demanda entre los integrantes de la Sala, el Magistrado Ponente señaló la cuantía y naturaleza de la caución que debía constituir el recurrente según lo que establece el artículo 383 del C. de P.C. y le otorgó a ese efecto el término de cinco (5) días, tal como aparece en el auto dictado el pasado 20 de abril.

3. A punto de vencer el término indicado, el recurrente solicitó ampliación del plazo, petición que le fue denegada por el Magistrado Ponente por medio de auto dictado el 3 de mayo siguiente, se dijo en él que se trataba de un término judicial y que no se había justificado la prórroga.

4. El día 10 de mayo, el recurrente consignó la caución señalada inicialmente y propuso al mismo tiempo reposición contra el auto que denegó dicha prórroga, ese recurso tampoco salió avante. Pidió entonces el recurrente que se considerara interrumpido el término que le fue otorgado para otorgar la caución, con apoyo en lo dispuesto en los artículos 119 y 120 del C. de P.C, petición que también le fue negada por improcedente mediante auto dictado el 30 de mayo, en aplicación del artículo 38, numeral, 2o. íb; en dicha providencia se consideró que no era aplicable el artículo 120 y que la petición de ampliación no había interrumpido el término antes indicado.

5. En memorial presentado el 7 de junio, el impugnante solicitó la devolución del dinero consignado a título de caución y que la Corte se pronunciara sobre esta. Consecuentemente, el Magistrado Ponente profirió el auto fechado el 9 de junio en el cual declaró desierto el recurso de revisión por no haberse otorgado la caución.

6. Corresponde a la Sala decidir ahora lo que corresponda en relación con el recurso de súplica interpuesto contra el auto últimamente citado.

III. Consideraciones

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 363 del Código de Procedimiento Civil, "el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación".

2. *Siendo pertinente al caso la primera parte del precepto transcrito, se observa que el artículo 351 del C. de P.C. señala tasativamente los autos* contra los cuales cabe el recurso de apelación y en ninguno de ellos se menciona el que declara desierto cualquier recurso, y más concretamente el de revisión, como efecto propio de no haberse constituido oportunamente la caución, en este caso la establecida en el artículo 383 ib.

3. Ahora bien: Que la deserción del recurso es la consecuencia prevista en la ley para cuando la parte omite prestar la caución ordenada es cuestión que se infiere, no solo de redacción del artículo 383 **ejusdem**, sino de la naturaleza misma de las exigencias jurídicas atañederas al caso.

3.1. Desde el primer punto de vista, es decir, *atendiendo al tenor literal del aludido precepto legal (artículo 383), se observa que el legislador distingue las circunstancias que dan origen a la inadmisibilidad de la demanda, de aquellas que generan su rechazo, y de las que causan la deserción del recurso.*

En efecto, allí se dice que "se declarará inadmisible la demanda cuando no reúna los requisitos formales exigidos en el artículo anterior, así como también, cuando no vaya dirigida contra todas las personas que deban intervenir en el recurso, casos en los cuales, se le concederá al interesado un plazo de cinco días para subsanar los defectos advertidos..."

A su vez, se rechazará la misma cuando no se subsanan tales deficiencias en el término previsto. Igualmente, "sin más trámite, la demanda será

cias en el término previsto. Igualmente, "sin más trámite, la demanda será rechazada cuando no se presente en término legal; verse sobre sentencia no sujeta a revisión o no la formule la persona legitimada para hacerlo, bien por haber sido parte en el proceso donde se profirió la sentencia materia de impugnación o bien por tratarse, en el evento previsto en el numeral 6o. del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, de un tercero perjudicado o sus causahabientes..."

En fin, el recurso extraordinario de revisión, a términos del susodicho precepto se declara desierto cuando el recurrente no suministra tempestivamente lo necesario para que se compulsen las copias que faciliten la ejecución de la sentencia.

Así las cosas, es observable cómo circunstancias como las que se ponen de presente en el caso *sub júdice*, no son motivo de rechazo o de inadmisión del recurso. Y si bien, de manera expresa, tampoco las menciona la ley como causa de deserción del mismo, a una conclusión como esta debe llegarse puesto que la omisión de una conducta de similar naturaleza, como lo es la de no suministrar lo necesario para la expedición de las copias, ocasiona tal reacción del ordenamiento.

3.2. Desde una más amplia perspectiva, debe decirse que las cargas procesales, dentro de las cuales se encuentra la de prestar la aludida caución, son conductas previstas en la ley por medio de las cuales se les señala a las partes para que asuman un determinado comportamiento dentro del proceso, so pena de tener que soportar ciertas consecuencias desfavorables, también previstas en la ley.

Frente al incumplimiento de las cargas procesales de igual naturaleza de la que ahora se analiza, la consecuencia que la ley contempla suele ser, por regla general, la de la improcedibilidad del acto que se pretende ejecutar. Así por ejemplo, prevé el segundo inciso del numeral 8o. del artículo 687 del C. de P.C., que para que el incidente de desembargo que puede promover el tercero poseedor "pueda iniciarse es indispensable que el peticionario preste caución..."

Igualmente, es requisito que hace procedente el decreto de las medidas cautelares previstas en los literales a) y b) del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, que el interesado preste la caución que le señale el

En este mismo orden de ideas, el incumplimiento de las cargas procesales de cualquier índole, relacionadas con la interposición y trámite de los recursos suele generar su deserción (artículo 351; artículo 371, incisos 3 y 5; artículo 383, 2o. inciso).

En cambio, el rechazo de la demanda es una actuación de la iniciativa del juez por medio de la cual verifica si el libelo reúne los requisitos que exige la ley. Es decir, que mientras que la deserción de los recursos tiene por causa la inobservancia de las cargas procesales impuestas por la ley a las partes, el rechazo de la demanda, inclusive aquella por medio de la cual se ejercitan los recursos extraordinarios, es el efecto de la actividad propia del juez, quien constata el cumplimiento de las exigencias legales, tarea esta que no implica por sí misma la mediación de ninguno de los litigantes, en particular del demandante, quien ya ha concretado su actividad en el escrito correspondiente, el cual queda sujeto a la evaluación del juez.

Si, pues, las cosas son como se han puesto de presente, y, si subsecuentemente, existen distinciones esenciales entre uno y otro fenómeno jurídico, no sería acertado, de un lado, deducir que la inobservancia de la carga procesal que el artículo 383 id. le impone el recurrente de prestar oportuna caución, deriva en el rechazo del recurso extraordinario de revisión, y de otro, ensayar similitudes entre el rechazo de la demanda de revisión y la deserción del recurso con miras a inferir de una supuesta afinidad, la procedencia del recurso de súplica debido a que el auto que rechaza la demanda sí es apelable.

4. Ni siquiera es advertible la procedencia de la súplica en consideración a lo dispuesto en el numeral 10o del citado artículo 351 que añade como apelables "los demás expresamente señalados en este código", dado que en punto de cauciones, el artículo 680 del estatuto procesal civil reserva el recurso de apelación para los autos *"que fijen la especie o cuantía de una caución y los que la acepten o la rechacen"*, hipótesis que no corresponden al auto acá suplicado por medio del cual el Magistrado Ponente, facultado al efecto por el inciso 2o. del artículo 678 íb, decidió declarar desierto el recurso de revisión, basado en que oportunamente no se constituyó la referida caución.

En el auto objeto del recurso de súplica, no se decidió sobre las especies o cuantía de la caución ni tampoco se hizo pronunciamiento alguno sobre

la aceptación o rechazo de la que en su momento intentó hacer valer la parte impugnante; en verdad, esta última posibilidad no se dio, habida consideración de que el propio recurrente solicitó previamente la devolución de la suma de dinero que en principio consignó a título de caución.

5. Por último, como se observa en la sustentación del recurso de súplica, ya no viene al caso controvertir sobre si el término para otorgar la referida caución debió ampliarse o no, o si la petición de prórroga que en su momento planteó el recurrente interrumpió el término judicial que se le otorgó al mismo para prestarla, puesto que sobre tales aspectos se pronunció negativamente el Magistrado Ponente con antelación al auto cuya impugnación se decide y por medio de providencias distintas de la suplicada.

6. En conclusión, pues, no es de recibo la súplica propuesta en el evento subéxamine, puesto que por su naturaleza no sería apelable el auto por medio del cual el Magistrado Ponente le otorga el efecto de la deserción del recurso de revisión al hecho de no haberse prestado oportunamente la caución exigida en el artículo 385 del C. de P.C.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, RECHAZA, por improcedente, el recurso de súplica propuesto por la señora Leonor Linares de Malaver, demandante en revisión.

En firme esta providencia devuélvase el expediente al Despacho Judicial de origen.

Notifíquese.

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

FILIACIÓN MATRIMONIAL / FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL / MATERNIDAD LEGÍTIMA Y EXTRAMATRIMONIAL / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / ESTADO CIVIL / ACTA DE NACIMIENTO / POSESIÓN NOTORIA /RELACIONES SEXUALES TESTIMONIO

1). Mientras que en los procesos de reclamación de la filiación matrimonial, la investigación, en últimas, recae en la maternidad legítima, no ocurre lo mismo en la reclamación de la filiación extramatrimonial, porque pueden verse de manera separada tanto la paternidad como la maternidad extramatrimoniales de tal manera que la prueba de ésta última no repercute sobre aquella.

2). Estado civil de presunto hijo respecto de la madre, en tratándose de procesos en que se reclame la paternidad extramatrimonial, cuando el demandante aduce relaciones sexuales entre el pretenso padre y la madre. Qué busca demostrar en estos casos el acta de nacimiento.
Igual sentido: Cas. 20 Agosto de 1981, G.J.CLXVI, p. 505 y ss.

3). Filiación materna: Distinción cuando la acción reclamatoria de una paternidad extramatrimonial se funda en los numerales 4 y 6 del artículo 6o. de la ley 75 de 1968, esto es que "entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales" en la época en que tuvo lugar la concepción; o cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

Igual sentido: Sentencias del 11 de agosto de 1954, Tomo LXXVIII, 295; 29 de enero de 1962, Tomo XCVIII, 12; 2 de septiembre de 1964, Tomo CVIII, 229; y 5 de febrero de 1970, Tomo CXXXIII, 48; CVIII, 229.

4). Apreciación de la prueba testimonial respecto del trato carnal de la pareja.
F.F. Num. 4 art. 6 ley 75 de 1968

5). Eficacia de la prueba testimonial.
Igual sentido Cas. Ago. 16 de 1973, Cas. Dic. 13 de 1983

F. F.: Ley Num.: 75 año: 1968 Art.: Numerales 4 y 6; LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 6 Numeral: 6º.
Ext.: No. 120

PRINCIPIO DE LA APRECIACION RACIONAL/VALORACION PROBATORIA/PRUEBAS- Valoración en Conjunto

Al juez se le impone según el principio de la apreciación racional, apreciar todas la pruebas en conjunto.
Igual sentido: G.J. Tomo CLXVI-No.2406, p335 y ss

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. Santafé de Bogotá Distrito Capital, quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado Ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Rad. Expediente 3376 Sentencia No. 089

Profiere la Corte la sentencia sustitutiva de la de segunda instancia dentro del proceso ordinario instaurado en nombre de la menor JACQUELINE CUEVAS por su madre MYRIAM CUEVAS ROMERO, frente a MARGOTH FAJARDO DE JARAMILLO, GILBERTO, BENJAMÍN, RODRIGO, LUIS ENRIQUE Y ESNEIRA JARAMILLO FAJARDO, en su calidad de cónyuge, la primera, y de hijos legítimos, los demás, de GILBERTO JARAMILLO TAMAYO.

I. Antecedentes

1. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad aprehendió el conocimiento de la demanda en virtud de la cual la señora MYRIAM CUEVAS ROMERO, actuando en nombre y representación de su hija JACQUELINE

impetró que se declarase que la referida menor es hija "natural" de GILBERTO JARAMILLO TAMAYO para todos los efectos civiles señalados en las leyes, de lo cual deberá tomarse nota en el registro competente.

2. Los hechos que sirven de fundamento a tales pretensiones, bien pueden compendiarse de la siguiente manera:

MYRIAM CUEVAS alumbró en la ciudad de El Espinal, el día 21 de diciembre de 1971 una niña que fue bautizada en la parroquia La Catedral de esa misma localidad, en donde la reconoció su padre natural GILBERTO JARAMILLO TAMAYO. Con anterioridad MYRIAM había dado a luz a otra hija de nombre KATHERINE, quien fue legalmente reconocida por su padre GILBERTO JARAMILLO. Ambas niñas fueron concebidas por su madre en las circunstancias previstas en el ordinal 4 del artículo 6 de la ley 75 de 1968.

La menor demandante tiene respecto de su padre la posesión notoria del estado de hija, pues aquel la trató como tal, suministrándole lo necesario para su subsistencia, educación, vivienda y vestuario y sus deudos y amigos la han reputado como hija suya.

En la fotografía que se anexa a la demanda, se aprecia al pretenso padre, al lado de la madre, sosteniendo en sus brazos a Jacqueline.

3. Notificados los demandados del auto admisorio de la demanda, se opusieron a las pretensiones que esta contiene y negaron o dijeron desconocer los hechos que la soportan. Por su parte, el demandado BENJAMIN JARAMILLO FAJARDO adujo que los efectos patrimoniales de una eventual sentencia estimatoria de las peticiones de la demanda no lo vinculaban por haber sido notificado más de dos años después de la muerte del causante.

Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado de conocimiento pronunció sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, aun cuando dispuso que la misma no producía efectos patrimoniales frente al demandado BENJAMÍN JARAMILLO FAJARDO.

Contra esta decisión interpuso la parte demandada el recurso de apelación, razón por la cual incumbe a la Corte, ahora, proferir la sentencia sustitutiva de la de segunda instancia con apoyo en las siguientes

Consideraciones

1. Obra al folio 36 del cuaderno de pruebas de la Corte copia de auto de reconocimiento de los herederos del señor GILBERTO JARAMILLO TAMAYO, expedida conforme a las exigencias del artículo 254 del Código del Procedimiento Civil, con la cual se obvian las deficiencias atinentes al presupuesto procesal de la capacidad para ser parte de quienes fueron citados como demandados.

2. *De otro lado, centrando el análisis en la cuestión de fondo del litigio, es preciso destacar que mientras que en los procesos de reclamación matrimonial, debido a la existencia de un vínculo jurídico entre el padre y la madre, la investigación, en últimas, recae en la maternidad legítima puesto que, probado el nacimiento de mujer casada, se infiere automáticamente y gracias a la presunción legal, que se es hijo del esposo de la madre, no ocurre lo mismo en la reclamación de la filiación extramatrimonial porque la ausencia del susodicho vínculo no lo hace inescindible, vale decir, que pueden verse de manera separada tanto la paternidad como la maternidad extramaritales de tal manera que la prueba de esta última no repercute sobre aquella.*

De otra parte, aunque esta Corporación ha sostenido que en los procesos en que se reclame la paternidad extramatrimonial con base en la causal 4ª del artículo 6 de la ley 75 de 1968, es decir, cuando el demandante aduce las relaciones sexuales entre el pretenso padre y la madre, debe probarse la filiación materna, la verdad es que el estado civil del hijo con respecto de la madre no es objeto de la discusión, puesto que la relación materno-filial es solo un elemento factual constitutivo de la causa petendi, mas no axiológico de la pretensión.

"En realidad el estado civil del presunto hijo respecto de la madre, —ha dicho la Corte— no está en discusión, ni es parte integrante e ineludible del ***thema decidendum****, pues con la copia del acta lo que se busca es probar el nacimiento, no porque sea acto y germen legal de dicho estado civil, sino como simple hecho natural, todo desde luego aunado a que las relaciones carnales, o el trato indicativo de ellas, se hayan predicado y demostrado también como hecho de esta especie, entre el pretendido padre y la madre.*

"Lo que se busca demostrar en estos casos con el acta de nacimiento es identificar a la madre como la misma mujer con quien el demandado tuvo las relaciones sexuales que dieron vida a la demandante.

*"En consecuencia, al no estar en discusión el estado civil entre hijo y madre, no se trata de probar inexorablemente ese estado como condición ineludible de la acción de declaratoria de filiación natural, sino de demostrar, aún por vía de presunción, **el hecho material** no jurídico, de que en primer término el supuesto padre tuvo relaciones sexuales con dicha mujer, y en segundo lugar que en efecto esta, como partícipe de esas relaciones fue la misma persona que dio a luz al pretendido hijo natural de su amante..." (Cas. Agosto 20 de 1981, G.J.CLXVI, p.505 y s.s.).*

También en otra oportunidad expuso la Corte:

"...4 Pero si en frente de la acción de investigación de la maternidad natural el principio indicado no parece tener límites, tratándose de la acción de reclamación de la paternidad natural ese postulado no tiene, ni puede reconocérsele efectos absolutos. En efecto:

"Según lo estatuido por los numerales 4 y 6 del artículo 6 de la Ley 75 de 1968, a la investigación judicial de la paternidad natural puede acudirse en los casos en que 'entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales' en la época en que tuvo lugar la concepción; o cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo. Si la acción reclamatoria de una paternidad natural se funda en esta última presunción, no hay necesidad de que la filiación materna se halle definida, pero ni siquiera es indispensable dar el nombre de la madre o de la prueba de quién es ésta, sencillamente porque en tal supuesto la paternidad se infiere del hecho de que el presunto padre haya dado al pretenso hijo el tratamiento de tal. Así lo tiene dicho la Corte, entre otras, en las siguientes sentencias: 11 de agosto de 1954, Tomo LXXVIII, 29 de enero de 1962, Tomo XCVIII, 12; 2 de septiembre de 1964, Tomo CVIII, 229; y 5 de febrero de 1970, Tomo CXXXIII, 48.

"Por chocar abiertamente con la naturaleza de las cosas, afirmación semejante no cabe hacer ciertamente en el caso de que la acción de investigación de la paternidad natural venga apoyada en la primera de las dos presunciones dichas, esto es, en relaciones sexuales desde luego que estas,

*para que funden la judicial de esta filiación tienen que haber existido entre una mujer y un hombre determinados, o, como lo dice el precepto legal pertinente, "**entre el presunto padre y la madre**" (se subraya). Como cuando se afirma que un hombre es el padre de tal hijo, lo que en el fondo se impugna o aquél es una cohabitación con la madre que produjo la concepción de éste, inútil resultaría la acción de filiación fundada en relaciones sexuales sin indicar entre quiénes se tuvieron, puesto que, como lo ha dicho la Corte, 'esas relaciones suponen los dos extremos procreadores' (CVIII, 229).*

"Lo que significa, en suma, que tratándose de relaciones sexuales sí se requiere, para definir judicialmente la paternidad natural, que previamente se haya establecido la filiación con respecto a la madre, o cuando menos, que en el mismo proceso de investigación de la paternidad se compruebe la filiación materna. Injurídico a todas luces sería definir en sentencia esa paternidad con base en relaciones sexuales, sin vincular con éstas al padre así declarado y a una mujer determinada".

Y un poco más adelante dice:

"...?. Aún aceptando la tesis planteada por el recurrente, que consiste en que el registro civil de nacimiento de la demandante es jurídicamente ineficaz, lo mismo que el certificado eclesiástico de su bautismo que allegó la demandante, no podría decirse que faltaría la prueba del nacimiento de esta y la de su maternidad natural, pues ahí estarían acreditando tales dos hechos las actas que la propia demandada allegó al proceso, en todas las cuales se dice que nació el 23 de enero de 1943 y que es hija de Margarita Bustamante.

"Porque es lo evidente que la primera copia de la partida se tachó, pero en el específico punto de la paternidad allí atribuida a Aparicio Díaz Cabal; jamás se impugnó dicho certificado, ni fue materia de modificación alguna, en lo relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante y su maternidad natural. Entonces esos dos aspectos tienen que aceptarse, como con acierto los aceptó el Tribunal de la segunda instancia, tanto más si se considera que al juez se le impone según el principio de la apreciación racional, apreciar todas las pruebas en conjunto como se lo manda el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil". (G.J. Tomo CLXV-Número 2406, p. 335 y s.s.).

En el anterior orden de ideas, los certificados que obran a folios 8 del cuaderno 1 y 43 del cuaderno de casación no tienen por finalidad acreditar el estado civil de JACQUELÍN frente a su madre, caso en el cual tendría alguna importancia el juicio a la legalidad del proceso de registro sino que, simplemente, tienen por objeto demostrar que la actora nació de quien se dice sostuvo relaciones sexuales con el presunto padre, perspectiva desde la cual coincide con las declaraciones de LUIS ALBERTO PINEDA DUEÑAS, VÍCTOR JULIO LOZADA, MARÍA VENERANDA RUÍZ DE HERNÁNDEZ y MYRIAM CUEVAS ROMERO, además que tal aspecto —el de la filiación materna— no ha sido materia de discusión en el litigio; más exactamente, aquí no se ha puesto en duda que la señora Miryam Cuevas sea la madre de Jacqueline. Si los susodichos documentos cumplen o no las exigencias legales para fijar el estado civil de la hija con relación a la madre, es asunto absolutamente ajeno a lo que aquí se discute, razón por la cual tal aspecto no es abordable en esta decisión.

Así mismo, resulta intrascendente para los efectos propios de la acción ejercitada, tratar de establecer si la menor nació en Girardot o en el Espinal, por cuanto, se insiste, tales hechos no guardan relación con los que son materia de prueba en el proceso. Si nació en Girardot, pero fue registrada en el Espinal, en contravía de las disposiciones legales al respecto, es cuestión que carece de influjo, puesto que la filiación materna la fija el parto, esto es, que es madre quien alumbra a la hija –exceptuada, obviamente, la adopción — sin importar para tal efecto el lugar donde acontece el suceso.

De todas maneras, dejando de un lado lo dicho, debe acotarse que según los dispuesto por el artículo 2o. del decreto 1873 de 1971, "...mientras se proveen los elementos y sistemas adecuados para la implantación generalizada de las huellas plantares, estas se tomarán solamente para los registrados menores de un año de edad...". Se concluye, entonces, que el procedimiento utilizado para registrar a la demandante se ajustó a las prescripciones legales vigentes para aquella época.

3. Una de las causales que se invoca en la demanda para deprecar la reclamación de la paternidad extramatrimonial es la prevista en el numeral 4 del artículo 6 de la ley 75 de 1968, esto es, la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre de la demandante durante la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo ocurrir su concepción.

en que según el artículo 92 del Código Civil pudo ocurrir su concepción.

Siguiendo de cerca la reiterada jurisprudencia de la Corte, debe decirse que no se puede exigir al testigo palabras sacramentales para referirse al trato carnal de la pareja, ni que afirme cuáles eran los actos específicos constitutivos de aquel tipo de relaciones, puesto que dada la intimidad y discreción de que suelen estar rodeadas, no resultan palpables a simple vista por los terceros, quienes, por el contrario, deben narrar aquellos hechos que presenciaron y que, dada su convergencia y conexidad, permiten al Juez inferirlas.

Al punto alude de manera responsiva, verosímil y razonada la testigo MARÍA VENERANDA RUIZ, mujer comerciante, alfabeta, digna de credibilidad, que afirmó que vivió en la misma casa con MYRIAM CUEVAS como arrendataria desde 1969 hasta 1975. Que conoció a GILBERTO JARAMILLO, quien durante esa misma época "...llegaba en una camioneta a llevarle el diario a la señora MYRIAM CUEVAS...".

Al ser interrogada sobre si tuvo conocimiento de las relaciones sexuales existentes entre MYRIAM y GILBERTO contestó: "...Pues sí tuvieron relaciones sexuales porque pues en muchas ocasiones ellos se quedaban ambos, pero no ahí en la casa, pero salían y volvían al otro día y cuando yo estuve ahí estaban la niña mayor de un año y luego en el 1971 que yo todavía vivía allí ella quedó embarazo (sic.) de la niña menor quien nació en el año de 1971, la niña nació aquí en Girardot, no en el hospital sino en donde una enfermera que queda en la calle 18 ahí en el alto de la cruz, y cuando fueron a bautizar a la niña, la menor JACQUELINE entonces ellos no la bautizaron aquí en Girardot sino en el Espinal, porque el no deseaba que se supiera acá por la esposa de él y de su familia y entonces...".

Se observa, en consecuencia, que la deponente alude a que los amantes "se quedaban ambos, pero no ahí en la casa, pero salían y volvían al otro día...", circunstancia que razonablemente permite inferir las relaciones sexuales, máxime si se tiene en cuenta que entre ellos preexistió un concubinato al cual se refieren otros testigos, concubinato que dio como fruto una hija reconocida por el padre.

Igualmente, la ubicación temporal de los hechos que narra la declarante coincide con la época en que según la presunción prevista en el artículo 92

del Código Civil debió producirse la concepción de la demandante.

Y si bien no aparece constancia de que el Juez que recepcionó el testimonio hubiese interrogado a la deponente, tal deficiencia no afecta la eficacia probatoria de su declaración puesto que, como en forma repetida lo ha sostenido la Corte, "...si el Juez no dispuso que el testigo hiciera un relato de los hechos objeto de su declaración, pero por otra parte el interrogatorio que le formulan las partes ha expuesto los hechos por él conocidos, atinentes al litigio, con precisión y claridad, aquella omisión no puede conducir a restarle toda eficacia probatoria a tal prueba..." (Cas. Ago 16 de 1973, Cas. Dic 13 de 1983, entre otras).

De suerte que siendo, como evidentemente lo es, responsivo, claro y completo el testimonio que se ha venido analizando, no existe razón alguna para menospreciar su innegable vigor probatorio.

Los restantes testimonios recibidos a instancias de la parte demandante, hay que decirlo, no tienen la misma contundencia probatoria, ora por que son de "oídas" (PEDRO HERNÁNDEZ CORREA, fol. 125, ANA JULIA DÍAZ PINTO, VÍCTOR JULIO LOZADA, fol. 135) ora porque no hacen alusión alguna a las relaciones sexuales que se alegan como causal de la reclamación (LUIS ALBERTO PINEDA DUEÑAS, fol. 128), aunque corroboran aquella deposición.

Las declaraciones de JAIRO ACOSTA (fol. 104) y PEDRO NEL ABADÍA GARCÍA (fol. 111) dan fe de la cohabitación que existió entre MYRIAM y GILBERTO, producto de la cual nació una menor que aquel reconoció, aunque oyeron decir al amante que esa relación había concluido hacia 1969, cuando ella se regresó del Espinal a Girardot, punto en el cual, entonces, la razón de su dicho son las propias afirmaciones del demandante, quien bien podía aludir a la terminación de la convivencia en Espinal pero no al trato sexual de la pareja.

MIGUEL LUGO VALENCIA y JAIRO ARANGÚREN RICO, dicen desconocer lo atinente al nacimiento de la demandante, aun cuando saben u oyeron decir que GILBERTO era el padre de otra niña de MYRIAM.

Como se observa, tales testimonios no logran enervar la conclusión que se infiere de las demás pruebas recibidas en el proceso, especialmente, la declaración de MARÍA VENERANDA RUIZ. Como tampoco tiene ese

ante el Juez Promiscuo de Menores de Girardot en la audiencia celebrada el 25 de julio de 1978, puesto que por no estarse ante una confesión que deba ser valorada como tal por el fallador, sino, simplemente ante una aseveración, debió ser objeto de prueba dentro del proceso.

4. Conoquiera que lo expuesto en relación con la causal de investigación acabada de comentar es suficiente para mantener la sentencia del a-quo, la Sala no se ocupará de examinar lo concerniente a la otra causal invocada por la demandante.

Decisión

Por lo anteriormente 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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 11 de enero de 1989 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario instaurado en nombre de la menor JACQUELINE CUEVAS por su madre MYRIAM CUEVAS ROMERO, frente a MARGOT FAJARDO DE JARAMILLO, GILBERTO, BENJAMÍN, RODRIGO, LUIS ENRIQUE y ESNEIRA JARAMILLO FAJARDO, en su calidad de cónyuge, la primera, y de hijos legítimos, los demás, de GILBERTO JARAMILLO TAMAYO.

Las costas de la apelación a cargo del recurrente.

Notifíquese.

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

*COSA JUZGADA/DERECHO DE GENTES/PRINCIPIOS/PRINCIPIO SUSTANCIAL/PRINCIPIO PROCESAL/EXEQUATUR

1). La autoridad de la cosa juzgada no se deriva del derecho de gentes, sino que recibe su fuerza del ordenamiento civil de cada nación.

2). Excepción al principio general de independencia de los Estados.

3). Principios sustanciales y procesales para permitir que decisiones de otros países surtan efectos en Colombia.
R.F.: art. 693 y 694 del C. de P.C.

ABOGADO

No todo profesional en las disciplinas jurídicas conoce los pormenores de una determinada normatividad.

Fecha: 19/07/1994

* Testimonio- Ratificación/Testimonio del abogado/Ley extranjera/Documento/Estado de la Florida

1). El requisito de la ratificación y citación de la contraparte, no lo exige el art. 188 del C. de P.C.

2). Cuáles declaraciones deben ratificarse en un proceso.

3). Los testimonios rendidos por abogados en el exterior para dar fé del contenido de la ley extranjera, por la materia sobre la cual

versan, difieren de la simple declaración de un tercero sobre hechos que le constan.

4). Indole especial del testimonio a que se refiere el art. 188 del C. de P.C. Cuando ésta clase de testimonios se hacen constar por escrito, sistema que por lo cierto es el normal, su tratamiento procesal adecuado es el que corresponde darle a los documentos declarativos emanados de terceros con función meramente informativa, siéndoles aplicables por consiguiente el artículo 22, num. 2o., del Decreto 2651 de 1991.

5). Lo dicho por los abogados sobre la reciprocidad objeto de indagación en este evento, por sí misma da base para considerarla probada entre Colombia y el Estado de la Florida, integrante de la Unión Americana.

F. F: C. de P.C. Art.: 188, 229; DECRETO Num.: 2561 Año: 1991 Art.: 22 Numeral: 2.

* DERECHO ANGLOSAJÓN/PRINCIPIO DE LA AUTORIDAD DEL PRECEDENTE LEGAL/LEY

1. Objeto de las decisiones judiciales en el derecho anglosajón.

2. Respetabilidad del principio de la autoridad del precedente legal, en las países que lo han acogido.

3. La "ley" en el sistema anglosajón.

*RECIPROCIDAD-CLASES
/CARGA DE LA PRUEBA

La reciprocidad a que alude el art. 693 del C. de P. C., puede ser positiva o negativa y legal o de hecho, entendiendo que la primera es basada en la ley escrita mientras que la segunda procede o emerge de la jurisprudencia. Y correspondiéndole la carga de la prueba en los dos supuestos a quien solicita el exequatur,

la dificultad de satisfacerla en mucho mayor cuando se trata de la llamada reciprocidad de hecho.
Fuente formal: C. de P. C. Art.: 693

*Orden público/Exequatur

1). Concepto de "orden público".

2). Dentro de las llamadas normas de orden público, se encuentran entre otras las normas de derecho de familia y las que determinan el régimen monetario del Estado y, entre éstas, el control de las operaciones de cambio exterior.

Igual sentido: sentencia del 14 de diciembre de 1973, T. CXLIX, 281; Sentencia de 17 de octubre de 1989.

3. El orden público que ha de apreciarse como relevante al decidir sobre el exequatur, es el existente al momento del otorgamiento de éste y no al momento de proferirse la decisión extranjera.

4). La solución dada en una sentencia puede ser contraria al orden público y, por ende, no ser posible su exequatur, aunque la ley en que se basó si se ajuste al orden público nacional.

RÉGIMEN CAMBIARIO/MONEDA EXTRANJERA/PAGO/OPERACIÓN DE CAMBIO/OBLIGACIÓN EXTRANJERA

1). Carácter de derecho público del control de cambios.
Igual sentido: C.S.J. Sentencia de 17 de octubre de 1989.

2). Transformación notoria en la filosofía general de las garantías en moneda extranjera por parte de un residente en Colombia respecto de operaciones de cambio.

3). No extinción de obligación extranjera por presunta imposibilidad técnica de cumplimiento.

4). Doctrina sobre el pago en moneda extranjera.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá D. C., diecinueve (19) de Julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: Expediente No. 3894 Sentencia No. 090

Se decide sobre la solicitud de exequatur presentada por SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION, SOUTH EAST BANK N. A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION, THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY, MELLON BANK INTERNATIONAL, NORWEST BANK INTERNATIONAL, NCNB NATIONAL BANK OF NORTH CAROLINA Y CRESTAR BANK N.A. para la providencia proferida por la Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de la Florida, en el proceso 83-1375 adelantado por los bancos antes mencionados contra LUIS A. DUQUE PEÑA.

Antecedentes

1. Demanda.

Mediante demanda presentada por el apoderado de SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION, SOUTH EAST BANK N.A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION, THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY, MELLON BANK INTERNATIONAL, NORWEST BANK INTERNATIONAL, NCNB NATIONAL BANK OF NORTH CAROLINA Y CRESTAR BANK N.A. y que obra a folios 232 del cuaderno principal, se solicitó el exequatur de la sentencia judicial proferida el día 21 de agosto de 1984 por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América, Distrito Sur de la Florida, en el proceso No. 83-1375 CIV-LCN del cual fueron partes las entidades financieras mencionadas como demandantes y LUIS A. DUQUE PEÑA como demandado. En dicha sentencia se condenó a este último a pagar la suma de veintiséis millones setecientos trece mil ochocientos tres dólares de los Estados Unidos de América con veintinueve centavos de dólar (US$26.713.803,29), por los siguientes conceptos:

— La suma de veintidós millones ciento veintisiete mil doscientos noventa y tres dólares con ochenta y dos centavos (US$22.127.293,82) por principal.

— La suma de tres millones quinientos cincuenta y cinco mil trescientos ochenta y dos dólares de los Estados Unidos de América con dieciséis centavos de dólar (US$3.555.382,16) por intereses al día 12 de julio de 1984.

— La suma de novecientos setenta y nueve mil cincuenta y seis dólares de Estados Unidos de América con noventa centavos (US$979.056,90) por concepto de costos reembolsables.

— La suma de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US$50.000.oo) por concepto de honorarios profesionales de abogado.

— La suma de dos mil setenta dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta y un centavos (US$2.070,41) por concepto de costas.

Afirma el apoderado de la parte demandante, luego de examinar los requisitos para la aceptación en Colombia de la sentencia cuyo exequatur se pretende, que esta se encuentra debidamente ejecutoriada — según consta tanto en la certificación suscrita por el Tribunal confirmando el carácter definitivo del fallo de conformidad con las leyes del país de origen, como en las declaraciones al respecto rendidas por los abogados Gary M. Carman, Saturnino E. Lucio y Keith S. Rosenn—; que la sentencia se refiere al pago de sumas de dinero y no a derechos reales; que no viola disposición de derecho interno colombiano; que no es de competencia exclusiva de los jueces nacionales por cuanto la competencia y jurisdicción la tienen los jueces de Estados Unidos de América; que no existe proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto y que se citó debidamente al demandado, como puede comprobarse al observar la contestación que éste hizo de la demanda.

Fundamenta su solicitud en los siguientes hechos:

La General Coffee Corporation (GCC), compañía de comercio organizada y constituida bajo las leyes de Estados Unidos de América, tenía como actividad principal comprar e importar café en almendra para su procesamiento y venta, para lo cual celebró con los bancos demandantes diversas operaciones de banca internacional.

El 23 de diciembre de 1982 la GCC tomó de los bancos demandantes dinero en calidad de mutuo a través de una línea de crédito rotatoria, suscribiendo los documentos de préstamo respectivos. Posteriormente, el 19 de abril de 1983, el demandado suscribió y entregó a los bancos demandantes contratos de garantía en los que garantizaba incondicionalmente a los bancos demandantes tanto el pago del préstamo otorgado a la sociedad en referencia como de las demás obligaciones que de éste pudieran derivarse.

Al incumplirse el contrato de mutuo y el acuerdo de garantía antes citado, se les solicitó a GCC y al garante la cancelación del monto total adecuado, quienes se negaron a realizar el pago, llevando a los bancos que otorgaron el préstamo a presentar demanda ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida el 3 de junio de 1983 contra LUIS A. DUQUE PEÑA, quien es nacional colombiano domiciliado en Girardot.

El 23 de febrero de 1984 el demandado procedió a contestar la demanda (F. 124 del C. Principal), cumpliéndose así el requisito de la debida citación y contradicción de acuerdo con la ley del país de origen del fallo proferido, y el 21 de agosto de 1984, la juez que conocía del proceso, Leonore C. Nesbitt, profirió dicha sentencia que es objeto de la solicitud de exequatur. El 12 de agosto de 1985, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Décimo Primer Circuito confirmó el fallo citado.

El 12 de julio de 1990 la misma Juez Nesbitt registró una orden en la que afirma el carácter definitivo del fallo del 21 de agosto de 1984, no siendo susceptible de ningún recurso, de donde se sigue que la providencia se halla ejecutoriada y por ende, de allí mismo se desprende, por vía de presunción legal, la debida citación a quien fuera demandado en ese proceso. Este no ha pagado la suma de dinero a la que fue condenado en la sentencia objeto de esta solicitud y mientras tanto la obligación civil en dicho fallo reconocida, ha estado devengando intereses a la tasa del 11.93% anual, capitalizados anualmente de conformidad con el 28 U.S.C. artículos 1961 (a) y (b). Por lo tanto al 25 de abril de 1991, se han acumulado treinta millones cincuenta y siete mil novecientos noventa y seis dólares de Estados Unidos de América con catorce centavos (US$30.057.996,14) en intereses y la suma de US$17.169,68 diarios adicionales en intereses que continuarán acumulándose cada día hasta la siguiente capitalización anual, o sea el día 25 de abril de 1992.

No existe tratado público o convenio entre Colombia y los Estados Unidos sobre reconocimiento y ejecución en cada uno de estos países de las sentencias proferidas en el otro. Confirma el apoderado de la parte actora este hecho negativo con una certificación de la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia expedida el 11 de marzo de 1992. Tampoco existe norma en el Estado de la Florida que determine que en dicho estado se reconozca pleno valor y efecto a las sentencias proferidas en el exterior, incluidas las sentencias dictadas en Colombia. Por tanto, se aportan las declaraciones rendidas por los abogados Gary E. Carman, Saturnino E. Lucio y Keith S. Rosenn, todos autorizados para ejercer su profesión en los Estados Unidos, en las cuales aparece el reconocimiento y ejecución que el Tribunal del Estado de la Florida de los Estados Unidos de América le ha dado a sentencias dictadas en países latinoamericanos y la afirmación de que dicho tratamiento se daría a las sentencias colombianas.

2. Traslado y réplica de la demanda.

Al descorrer el traslado de la demanda, el Procurador Delegado en lo Civil estimó, después de encontrar cumplidos los requisitos que exige la ley para la prosperidad de la solicitud de exequatur, que una decisión en tal sentido deberá sujetarse a lo que se pruebe en el presente proceso.

A su vez, la parte demandada fue emplazada en los términos que exige la ley y por no comparecer se le nombró curador *ad litem* quien se opuso a las pretensiones de los solicitantes de exequatur y pidió también la prueba de los hechos alegados, siendo de advertir que con posterioridad aquella concurrió al proceso, designando un mandatario judicial que hasta la fecha ha llevado su representación procesal.

3. Alegaciones finales.

La parte actora en su alegato escrito de conclusión reiteró las afirmaciones contenidas en la solicitud presentada.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada se opuso al reconocimiento de la sentencia por las razones que enseguida pasan a resumirse:

1. No estima probado a ciencia cierta qué fuerza se reconoce en los Estados Unidos a las sentencias producidas en Colombia. Los escritos anexados por la parte contraria solo se refieren a las sentencias de países como Guatemala, México o Venezuela, sin que pueda considerarse cumpli-

do el requisito contemplado en el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil.

En su opinión, las declaraciones de los abogados deben ser consideradas como declaraciones rendidas extra proceso con fines judiciales y, por tanto, era necesaria su ratificación y la citación de la presunta contraparte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. Expresa que no pueden aceptarse las declaraciones en mención por cuanto, para empezar, Gary M. Carman no actuó en forma espontánea ni imparcial sino que declaró a nombre de Paul C. Nordberg, quien según el mismo declarante es agente y sucesor en intereses de los bancos demandantes. Así mismo, los abogados Keith S. Rosenn y Saturnino E. Lucio no depusieron de manera espontánea sino en forma preparada, lo cual se verifica al indicar en sus declaraciones que el fin de ellas era el presente proceso.

2. La sentencia cuyo exequatur se solicita fue proferida el 21 de agosto de 1984, época en la que regía en Colombia el Decreto 444 de marzo 22 de 1967. El artículo 246 de este Estatuto definía lo que se entiende por operación de comercio exterior y señalaba aquellas operaciones que implicaban egreso e ingreso de divisas y de moneda legal colombiana. El artículo 14 del mismo Decreto hacía una enumeración restrictiva de las operaciones en moneda extranjera autorizadas, en la cual se incluía la autorización a otorgar garantías o avales en moneda extranjera para operaciones de cambio internacional, celebradas de conformidad con las normas de dicho estatuto. Y en los artículos 128 y 129 se indicaba que los préstamos externos que obtenían las personas naturales o jurídicas residentes en Colombia debían registrarse en la Oficina de Cambios y las divisas provenientes de tales préstamos era forzoso venderlas al Banco de la República.

Teniendo en cuenta que el demandado es residente colombiano, que no realizó operación de cambio exterior, y que los bancos demandantes no cumplieron los requisitos establecidos en el Decreto 444 de 1967 en cuanto a las diligencias previas de registro de la operación en la Oficina de Cambios, ni se produjo la intervención de la Prefectura de Control de Cambios, ni la garantía se ajustó a la enumeración prevista para su viabilidad, se incumplieron en consecuencia los requisitos del Decreto 444 y por tanto, sin incurrir en violación de la norma citada que tiene carácter de orden público, no existe derecho de girar al exterior en la divisa que señala la sentencia de cuyo reconocimiento se trata.

Consideraciones

1. Sabido es que la soberanía de los Estados conlleva que sean sus magistrados quienes impartan justicia en el respectivo territorio pues como tantas veces se ha dicho, la autoridad de la cosa juzgada no se deriva del Derecho de Gentes sino que recibe su fuerza de ordenamiento "civil" de cada nación. Sin embargo, esta soberanía y más concretamente el principio general de la independencia de los Estados tiene una excepción basada en exigencias prácticas de internacionalización y eficacia de la justicia, consistente en permitir que decisiones de jueces de otros países surtan efectos en Colombia, mientras que se respeten determinados principios sustanciales y procesales, los cuales la legislación colombiana ha enumerado en los artículos 693 y 694 del Código de Procedimiento Civil, acogiendo sin lugar a dudas el sistema llamado de la "regularidad internacional de los fallos extranjeros", sistema que consiste en aceptar por norma el cumplimiento en el país de providencias de esa naturaleza, en la medida en que se reúnan ciertas exigencias mínimas señaladas previamente por la legislación con el fin de precaverse de las "irregularidades internacionales" de que las aludidas sentencias puedan adolecer. En este orden de ideas, aquellos principios sustanciales y procesales son los siguientes:

a. El primero consiste en la existencia de la reciprocidad legislativa o diplomática con el Estado extranjero de donde provenga la decisión judicial o arbitral. Debe entonces quedar probado en el proceso que existe tratado público vigente entre Colombia y el Estado de origen donde se profirió la decisión respectiva que permita acatar y hacer cumplir las sentencias proferidas en la primera como país requerido; si no existe tratado, debe admitirse la norma extranjera por cuya virtud se consagre la posibilidad de aceptarlas.

b. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en el territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

c. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.

d. Que se encuentra ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada.

e. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

f. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

g. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.

2. De acuerdo con las consideraciones precedentes, procede entonces la Sala a definir si dichas exigencias antes enumeradas concurren en el caso de autos:

Los actores presentaron como prueba de la legislación del Estado de la Florida, en los Estados Unidos de América, que permite que sentencias de otros países que reúnan determinadas condiciones fundamentalmente de oportunidad de un juicio justo y de equidad, puedan ser ejecutadas en el Estado de la Florida, las siguientes declaraciones de abogados titulados autorizados para ejercer la profesión en el Estado de la Florida:

Gary M. Carmar (Folio 171 del C. ppal). Afirmó que aparentemente "los tribunales de los Estados Unidos reconocerían y harían hacer valer fallos colombianos del mismo tipo y naturaleza de aquel dictado en este caso". En relación con esta declaración, el apoderado del opositor objetó su imparcialidad, por cuanto el abogado afirmó estar autorizado para rendir la declaración por Nordberg – otro de los abogados que rindió su testimonio—, haber sido representante de los demandantes en el proceso que se siguió en la Florida, cuya sentencia es objeto de estudio en esta Sala, y socio de la firma de abogados que representó entonces a la parte demandante.

Sin embargo, en opinión de esta Corporación, la declaración de Carman es clara y precisa y no obra en el expediente prueba que demuestre versiones contrarias a la dada por el abogado. Por el contrario, su declaración concuerda con las demás presentadas con la demanda y con las adjuntadas al proceso en la etapa probatoria.

A su vez, Keith S. Rossen manifestó que "si el fallo monetario en este caso hubiere sido dictado por un tribunal colombiano competente con la

debida notificación y una oportunidad para la defensa, al fallo se le otorgaría reconocimiento y ejecución tanto por los tribunales federales como por los tribunales del Estado de la Florida." Un fallo colombiano dictado en circunstancias similares a las del presente caso, afirmó, sería reconocido por las cortes de Estados Unidos.

Por último, Saturnino E. Lucio dijo al rendir su declaración, basada en la revisión de la declaración de Carman y en el estudio personal del asunto, que una acción para hacer valer un fallo colombiano dictado en un contexto similar al de este caso recibiría el mismo tratamiento y se aplicarían los mismos principios de derecho, cualquiera que fuera el Tribunal, ya sea estatal o federal, en el cual se entable la acción.

La falta de espontaneidad de estas declaraciones, en contra de lo argumentado por la parte que se opone al exequatur, implica para el juez una mayor certeza sobre el tema materia de prueba en este caso que no son simples hechos sino la aplicabilidad de la "ley extranjera" como derecho. No todo profesional en las disciplinas jurídicas conoce los pormenores de una determinada normatividad; por tanto, la circunstancia de que los abogados mismos aseveraran haber estudiado antes el tema sobre el cual expondrían sus conclusiones, al igual que acontece con el peritaje da mayor garantía sobre el asunto al juez ante quien pretende demostrarse la existencia y los alcances de la legislación de otro lugar, todavía con mayor razón si se trata de una legislación no escrita, y a esta orientación responde por cierto la acreditada práctica de los "certificats de costume" y los "affidavit de conocedores", aceptado y prohijada en importantes estatutos de Derecho Internacional Privado como lo es, por ejemplo, el artículo 409 del Código Bustamante.

Estima de otro lado el mismo apoderado que el requisito de la ratificación y citación de la contraparte que señala el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, no se cumplió y, por ende, no pueden aceptarse las declaraciones rendidas por los abogados ya referidos, criterio en apariencia consistente pero que pierde su fuerza si se tiene en cuenta que el aludido requisito no lo exige el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil y, además, debe tenerse presente que el artículo 229 ibidem es claro al señalar que solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan recibido fuera del proceso, en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299 ib. Estos dos artículos, en su orden,

se refieren al testimonio anticipado recibido a personas enfermas y al testimonio rendido ante notarios y alcaldes para fines judiciales o no judiciales. El último de dichos artículos a su vez expresa que el testimonio se realizará con repetición del interrogatorio en la forma establecida para la recepción de este tipo de prueba en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.

Estas disposiciones en ningún momento se refieren a los testimonios rendidos por abogados en el exterior para dar fe del contenido de la ley extranjera, testimonios que por la materia sobre la cual versan difieren de la simple declaración de un tercero sobre hechos que le constan. Así, en la forma en que ya se expresó, *en el caso del testimonio al que se refiere el artículo 188 es preferible que el deponente se presente con una información preparada y completa y no que declare a la ligera, sin esa necesaria preparación previa; a su vez, debe tenerse presente que, generalmente, es indispensable pagar los honorarios de quien dedica su tiempo a investigar el punto que requiere conocerse y a informar sobre él con seriedad ante la autoridad correspondiente, —al no estar cobijados por la obligación de rendir testimonio que consagra el artículo 213 ib—, características que reiteran la índole especial del testimonio al que se refiere el artículo 188 citado.* Teniendo en cuenta que las normas referidas no aluden a la necesidad de ratificación de estos testimonios, debe entenderse que no es obligatorio agotar esta fase, lo que no impide desde luego que la otra parte a quien ese testimonio calificado puede no favorecer, ofrezca y aporte en la oportunidad debida los argumentos de prueba contrarios, también calificados, que permitan restarle mérito o fuerza de convicción a dicho testimonio, y es de advertir que no obstante ello, la parte que se opone el exequatur en el caso de autos no presentó elemento de juicio alguno que permita dudar de las afirmaciones hechas por los abogados extranjeros, y por otra parte, obra en el expediente copia de los documentos del proceso de exequatur promovido por Granfinanciera Corporación Financiera S. A. contra Isaac Mildenberg y Jannin Posner de Mildenberg, correspondientes a la declaración de los abogados Abelardo Menéndez y John H. Patterson Jr. acerca de la aplicabilidad y reconocimiento de decisiones jurisdiccionales colombianas en el Estado de la Florida y la sentencia proferida por la Corte de Dade en ese proceso, documentos mediante los que se probó que las Cortes de la Florida han reconocido valor como tales a las sentencias proferidas por jueces colombianos; estas pruebas reiteran en conjunto que lo dicho por los abogados tantas veces nombrados sobre la reciprocidad que es objeto aquí

de indagación procesal, por sí mismo da base para considerarla probada entre Colombia y el Estado de la Florida, integrante de la Unión Americana, y permite formar criterio sobre el punto sin mayor dificultad, conclusión ésta que adquiere todavía mayor solidez si se tiene en cuenta que *cuando los "testimonios" a que alude el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil se hacen constar por escrito, sistema que por cierto es el normal, su tratamiento procesal adecuado es el que corresponde darle a los documentos declarativos emanados de terceros con función meramente informativa, siéndoles aplicable por consiguiente el artículo 22, numeral 2º, del Decreto 2651 de 1991 a cuyo tenor, tratándose de documentos de ese linaje, puede el juzgador atribuirle valor demostrativo aun sin ratificación, salvo que "...de manera expresa..." haya solicitado el cumplimiento de este requisito la parte contra la cual la prueba se pretende hacer valer.*

De otra parte, arguye el apoderado del opositor que no se acreditó a ciencia cierta la reciprocidad exigida por el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil para otorgar el exequatur, dada la naturaleza equívoca y variable de las fuentes a que se refieren los testimonios en cuestión.

Conviene al respecto señalar que *las decisiones judiciales en el sistema de derecho anglosajón tienen por objeto no solo definir la controversia planteada sino también descubrir la ley natural aplicable a los hechos presentados, creando un precedente que puede ser utilizado por otros tribunales enfrentados a casos similares. Este principio de la autoridad del precedente legal, llamado también stare decisis (estarse a lo decidido sin perturbar puntos ya fijados) no se encuentra escrito ni siquiera en la Constitución de los Estados Unidos, pero su respeto ha permitido el desarrollo jurídico estable, equitativo y predecible de los países que lo han acogido.*

El holding o regla que se derive de la decisión de un juez es entonces seguido respetuosamente por las demás cortes en casos donde los hechos se asimilen al supuesto que originó la decisión anterior. Sin embargo, cuando al aplicar el holding el juez observa que puede producir en el caso particular una injusticia, o, simplemente, las condiciones han cambiado y hacen de ese holding una decisión inapropiada para la época, la corte puede alejarse del precedente (overruled) y fallar como considere acertado.

A pesar de ser los jueces quienes desarrollan la ley en este sistema de derecho, ellos no deben expresar reglas para casos que no les han sido pre

sentados. Si lo hacen, lo así dicho será considerado dictum y se le respetará, pero no tendrá autoridad como precedente y no tendrá que ser seguido por las otras cortes cuando se presente un asunto en el que la controversia radique precisamente sobre el tema que se analizo como dictum en otro proceso.

Con lo dicho anteriormente se quiere dejar en claro que la *"ley" en el sistema anglosajón, salvo en determinadas materias, no se encuentra escrita en términos generales. Que es tarea del juez y del abogado examinar si existen o no, de acuerdo con los casos que se han presentado, reglas definidas aplicables al caso que se litiga y si concurre algún hecho que haga diferente la situación como para no aplicar el precedente ya desarrollado por los jueces. Por estas razones, la certeza total sobre la aplicación de una decisión a un caso específico no puede encontrarse en este sistema de derecho referido.*

En conclusión, *aunque no existe ley escrita del Estado de la Florida que afirme categóricamente la reciprocidad existente en materia de decisiones judiciales con países como Colombia, el hecho de que las autoridades judiciales de dicho Estado hayan aceptado la ejecución de otras providencias cuyas características se asemejan al caso de autos, puede concluirse, con el grado de precisión que el sistema de derecho anglosajón permite, que para este caso existe la tan mentada reciprocidad con el Estado de la Florida. Dicho en otras palabras, la reciprocidad a que alude el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, puede ser positiva o negativa y legal o de hecho, entendido que la primera es basada en la ley escrita mientras que la segunde procede o emerge de la jurisprudencia, y lo que ocurre es que, correspondiéndole la carga de la prueba en los dos supuestos a quien solicita el exequatur, la dificultad de satisfacerla es mucho mayor cuando se trata de la llamada reciprocidad de hecho* a la cual, valga insistir, se acudió en el caso presente en defecto de la reciprocidad diplomática, empleando el testimonio calificado de abogados que autoriza el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil y documentos (prueba escrita trasladada) cuyo contenido da cumplida razón de resoluciones del tribunal extranjero que demuestran claramente que en su país, que lo es también el de origen de la sentencia por cuyo reconocimiento se propende, se han aceptado fallos de tribunales colombianos; en estas condiciones, pues, no puede decirse con seriedad que a las sentencias civiles de jueces colombianos se les niega invariablemente en el Estado de Florida la fuerza que merece todo

acto de autoridad legítimamente emitido, luego sistemáticamente y del modo que parece sugerirlo el opositor, no puede rechazarse en Colombia una resolución jurisdiccional con las características de la que en este caso se ha proferido, habida cuenta que no lo permiten postulados elementales de Derecho Internacional Público que aquí no es pertinente examinar.

3. La controversia civil a la cual le puso fin la sentencia extranjera, desató un litigio de carácter mercantil relacionado con el cumplimiento de un contrato de garantía pactado entre las entidades financieras mencionadas y LUIS A. DUQUE PEÑA, no referida a derechos reales, según los datos que obran en el expediente.

4. La decisión en estudio si es o no contraria a normas de orden público, es punto sometido a discusión pues el opositor estima que si se tiene en consideración que la garantía estipulada se constituyó con infracción de las normas cambiarias de Colombia, no existía derecho a girar al exterior las divisas en caso de exigirse el pago, como en efecto ocurrió. Y que siendo el antiguo Estatuto Cambiario una norma de orden público, no es procedente la concesión del exequatur.

Sobre este particular son pertinentes las observaciones siguientes:

A. Sea lo primero señalar que *en el ámbito del Derecho Internacional Privado y contra lo que suele pensarse sin mayor análisis, el concepto del "orden público" se presenta como esencialmente problemático en la medida en que es variable, relativo, movedizo y escapa en verdad a la posibilidad de reducirlo a los límites de un enunciado matemáticamente exacto, por lo que se ha llegado hasta decir (Antoine Pillet, y Jean Paulin Niboyet. Manual de Derecho Internacional Privado. París 1924) que el acuerdo unánime acerca del principio de orden público cesa desde el momento en que es necesario precisarlo. Todos los que de estudiar el tema se han ocupado coinciden en sostener que se trata de una noción enigmática en grado sumo y donde nada puede tomarse como axiomático; lo que hay de cierto allí es muy poco y siguiendo la doctrina científica, bien puede resumirse del siguiente modo: Indudable es la obligación que pesa sobre los Estados de aceptar que en su territorio pueda tener aplicación directa o indirecta la ley extranjera reclamada por la competente norma interna de colisión, pero ello encuentra límite infranqueable en el punto en que esa aplicación, vistas muy en concreto las circunstancias particulares del caso,*

tuviera por consecuencia comprometer la vigencia de cualquier principio indispensable para la salvaguardia de la sociedad que aquellos representan, principios referentes como se sabe a los intereses esenciales de los países dadas las ideas particulares en ellos imperantes en la época y que pueden ser intereses políticos, morales, religiosos o económicos.

En consecuencia, las relaciones internacionales y los sentimientos de cortesía que en buena medida les infunden fuerza son lícitas en cuanto se mantengan inofensivas y dejan de serlo cuando tienden a hacer aplicar en el territorio de un Estado leyes positivas de otro, sentencias por sus jueces proferidas o contratos allí realizados que se juzgan incompatibles con los mencionados intereses, de donde se infiere, entonces, que la denominada "excepción de orden público" de la cual viene haciéndose mérito, cumple en últimas una función de defensa que preserva a los Estados de las perturbaciones que puedan derivarse de la aplicación directa o indirecta de normas extranjeras, en los supuestos cuidadosamente comprobados en que debido a esa aplicación se introduce en realidad un elemento de intolerable desequilibrio en el seno del ordenamiento jurídico del foro, y es a los jueces en este último a los que les corresponde adelantar esa tarea de comprobación "...inspirándose en el estado de las costumbres y de la conciencia pública en el momento en que son llamados a pronunciarse, decidiendo con ayuda de apreciaciones muy prudentes si tal o cual ley es o no de orden público internacional...". (Pierre Arminjon. Principios de Derecho Internacional Privado. Tomo I, París, 1952), lo que implica empezar por evitar que en gracia de abstracciones dogmáticas se llegue a convertir el "orden público" en un simple subterfugio para facilitar el triunfo de antojadizos nacionalismos.

Así, pues, dentro de las llamadas normas de orden público que han de tomarse como factor de contraste, se encuentran entre otras las normas de derecho de familia y las que determinan el régimen monetario del Estado y, entre éstas, el control de las operaciones de cambio exterior, por cuanto "nada que atañe más a los mandatarios que el control de las monedas como quiera que ella está estrechamente vinculada al orden público en todos sus aspectos: político, económico y social" (C.S.J. sentencia del 14 de diciembre de 1973, T. CXLIX, 281).

La noción del régimen cambiario explica de suyo la razón para considerarlo de orden público: "El llamado 'control de cambios' (...) es un

conjunto de reglas de derecho público que, en líneas generales, tiende a someter al control de las autoridades administrativas todos los movimientos (...) susceptibles de afectar los recursos del Estado en medios de pagos internacionales, (...) permitiendo al Estado administrar según un plan el fondo de divisas de la economía nacional lo cual consiste, básicamente, en la creación de un centro de disposición de esos fondos y en la aprobación tan solo de los pagos internacionales considerados útiles desde el punto de vista de los intereses generales de la comunidad, así como también en la satisfacción, por vía de concesión de divisas, únicamente de aquellas necesidades que se consideren urgentes o indispensables (...)." (C S.J. Sentencia de 17 de octubre de 1989). Significa esto, en síntesis, que aun cuando los controles cambiarios forman parte del "orden público", se establecen en interés nacional y por lo general la política de un país en esta materia no es acorde con la de otros países, lo que ha llevado a sostener con acierto que el "riesgo" del control de cambios implantado en el país del deudor, debe estar más bien a cargo de éste último y no del acreedor cuando se trata de hacer efectivas obligaciones que tienen su fuente en actos, negocios u operaciones extranacionales "localizadas" en otro país cuyo ordenamiento les otorga pleno reconocimiento y la condigna protección, habida consideración que, desde la perspectiva de la posición acreedora, el derecho adquirido que constituye su expresión no es forzosamente contrario al "orden público" del país del deudor por el sólo hecho de que dicho derecho, por obra del control de cambios allí existente, no hubiera podido crearse con igual configuración cualitativa o cuantitativa, por manera que lo que cumple examinar en cada caso dentro del contexto en mención, es si la eficacia del derecho del acreedor legítimamente consolidado en el extranjero resulta contraria al "orden público" y no si la adquisición del mismo habría sido opuesta al mismo por infringir la normatividad cambiaria local vigente en aquél país; necesario es, entonces, distinguir y aislar convenientemente el establecimiento de los derechos y los efectos por ellos producidos que se pretenden hacer valer, porque la circunstancia de que lo primero sea inconciliable con el "orden público" imperante en el país que por comodidad de lenguaje podría identificarse como "importador del derecho", no entraña por fuerza que también de lo segundo tenga que predicarse igual cosa si, cual acontece con frecuencia y este expediente muestra un ejemplo de ellos, el derecho en cuestión ha sido adquirido por el *acreedor de conformidad con la ley normal del "país de exportación" y es esa la ley competente en el fondo, llamada en cuanto tal a regir como una unidad la respectiva relación negocial.*

Debe aclararse también, para proseguir en el estudio del presente caso, que *el orden público que ha de apreciarse como relevante al decidir sobre el exequatur, es el existente al momento del otorgamiento de éste y no al momento de proferirse la decisión extranjera (Batiffol, Derecho Internacional Privado, pag. 783), toda vez que como también lo apuntan otros autorizados escritores (Kegel, Derecho Internacional Privado, cap. XVI, num VI) lo que se considera núcleo irrenunciable del ordenamiento del foro, evoluciona cada día como cambia así mismo el "orden público" del derecho policivo común y es así como hoy en día en Colombia, a diferencia de lo que acontecía mientras conservó vigencia el Decreto Ley 444 de 1967, el ordenamiento que regula la materia desde la promulgación de la Ley 9a de 1991, tiende a facilitar las transacciones corrientes de los colombianos en el exterior en estrecha concordancia con el proceso de apertura económica que ha vivido el país en los años recientes, lo que desde luego presupone favorecer o estimular el crédito de los residentes colombianos en sus operaciones de endeudamiento con el exterior.*

Por último, y en consonancia con las apreciaciones que anteceden, cabe precisar que la solución dada en una sentencia puede ser contraria al orden público y, por ende, no ser posible su exequatur, tanto cuando la ley aplicada al caso sea contraria a disposiciones de orden público y por esto la sentencia sea también contraria a tales disposiciones, como también cuando la solución final al caso concreto dada por un tribunal extranjero, a pesar de basarse en una ley que esté conforme con ese orden público, otorga una solución injusta al caso concreto, a la luz de las normas de orden público, en este caso colombianas.

3. En el asunto que hoy ocupa la atención de la Corte no obra en el expediente prueba alguna de la que se pueda concluir que la norma aplicada para condenar al señor LUIS A. DUQUE con fundamento en la garantía por él otorgada, sea contraria al orden público nacional; y tampoco la decisión en sí misma adoptada por el Tribunal extranjero muestra injusticia alguna que choque con regulaciones consagradas en Colombia en sus normas de orden público tal y como ellas operan en el momento presente.

El antiguo Estatuto Cambiario disponía que un residente en Colombia no podía otorgar garantía en moneda extranjera sobre operaciones fueran ellas o no de cambio internacional, y que solo a determinadas instituciones financieras les era posible hacerlo (Artículos 14 literal e- y 15 del Dec. 444

de 1967), pero es inevitable no perder de vista que ese régimen cambiario, hoy derogado, no significaba que esta situación ilícita implicara el no pago de la obligación contraída o una exoneración automática de responsabilidad para el deudor. Simplemente, el pago debía hacerse en el equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio vigente al momento en que la obligación aludida quedó configurada (art. 249 ib y 874 del Código de Comercio), siguiéndose así el criterio general de acuerdo con el cual situaciones de esa índole, en tanto contravenciones que son al estatuto interno de cambios, no son actos cuya validez niegue radicalmente la ley para todo propósito, sino que exponen a los culpables, acreedor y deudor, a castigos específicos como es, por ejemplo, el de imponer la conversión forzosa de la obligación, pactada en dinero extranjero, a una tasa de cambio que, a diferencia de las que sin duda son prácticas comunes en el ámbito de las transacciones internacionales, hace incidir en el acreedor y no en el deudor las consecuencias perjudiciales del riesgo originado en las llamadas "fluctuaciones negativas del cambio".

De otro lado, y en lo que es una transformación notoria en la filosofía general de la institución según puede corroborarse con la lectura de los dos primeros artículos de la Ley 9a. de 1991, *los artículos 7, 45 y 46 del actual Estatuto Cambiario, contenido sustancialmente en la Resolución 21 de 1993 de la Junta del Banco de la República, disponen que un residente en Colombia puede otorgar garantías en moneda extranjera para respaldar cualquier obligación derivada de una operación de cambio, canalizando los respectivos ingresos y egresos de divisas a través del mercado cambiario. Y solamente si la obligación no corresponde a una operación de cambio según el alcance que a esta categoría le da el artículo 1o. del Decreto 1735 de 1993 el pago, bajo los términos del artículo 95 del citado Estatuto, deberá hacerse en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fue contraída, salvo que las partes hayan convenido una tasa o fecha de referencia distinta, luego de haberlo celebrado bajo el imperio de estas nuevas regulaciones, ninguna objeción o reparo desde el punto de vista de la legislación de divisas en vigor en Colombia, habría podido suscitar la regularidad cambiaria del contrato de garantía cuyo incumplimiento dio lugar al fallo de condena que es objeto de análisis en este expediente.* Y aun cuando se mirara la cuestión desde otro ángulo, aceptándose apenas en gracia de avanzar en el análisis que la conclusión precedente no es correcta, habría que decir, entonces, que *frente a circunstancias similares a las que identifican el supuesto de hecho bajo*

estudio en este expediente, el Derecho Internacional Privado, claramente inspirado en motivos de razón y de justicia, no permite la utilización de un principio general distinto a aquél que manda darle aplicación a "...la ley propia del contrato...", de suerte que si la transacción celebrada está regida por la misma ley que ha establecido las restricciones de cambio, deben ellas recibirse como integrantes que son del conjunto normativo que con forma esa "...ley propia...", mientras que si la transacción la gobierna un ordenamiento legal distinto al que estableció el control de cambios, también ha de imperar "...la ley propia del contrato o lex obligationis..." y por ende las regulaciones de divisas son en términos de principios irrelevantes. En otras palabras, *si ha de observarse el espíritu por lo menos de los preceptos de Derecho Internacional Privado rememorados y en particular de aquel según el cual ha de aplicarse siempre la ley más ligada al caso, la que tenga un contacto mejor caracterizado y sea por ende la más justa para decidirlo, preciso es hacer ver que el Derecho que rige la obligación emergente como queda visto de un garantía ajustada en los Estados Unidos, para respaldar una deuda también allí contraída y cuyo destino era financiar las actividades de una empresa comercial establecida igualmente en los EE.UU., no es el Derecho que establece las restricciones inherentes al control de cambios aquí aducidas por el opositor y que en el párrafo precedente se dejaron señaladas.* Por eso no puede afirmarse entonces, que el derecho adquirido por las instituciones bancarias demandantes y materializado en la sentencia cuyo reconocimiento se solicita, sea violatorio del orden público nacional y menos aún si se tiene en cuenta que una opinión en sentido contrario, como la patrocinada en este expediente, conduciría al absurdo de permitir a las personas residentes en Colombia asumir compromisos en el exterior, sabiendo que pueden incumplir impúnemente en tanto se pongan al abrigo de las fronteras de su país y con el argumento de la falta de "licitud cambiaria" allí de las operaciones de que tales deudas se desprenden.

La excepción de "orden público" invocada aquí para enervar la acción de exequatur entablada, no es por lo tanto de recibo, toda vez que siguiendo las ideas expuestas a lo largo de las líneas que anteceden, la consecuencia que en el caso de autos hay lugar a atribuirle a las restricciones de cambio vigentes en Colombia actualmente, no es en modo alguno la de abrirle paso, por la vía de la negativa a priori del exequatur reclamado, a una extinción sobreviniente de las obligaciones que la sentencia extranjera ordena satisfacer, ello gracias a una presunta imposibilidad técnica de cumplimien-

to cuyas bases morales dejan serias reservas. Esas restricciones a lo sumo podrían conducir, en la etapa de ejecución forzosa de la ameritada providencia, a una eventual adaptación, por vía de conversión a signos monetarios de curso legal en Colombia, de las condiciones estipuladas en el contrato original en lo que atañe al circulante utilizable para realizar, no el pago en el lugar "debido"' sino el pago en el lugar *"...de hecho" que en cuanto es tal, implica la puesta en marcha de mecanismos procesales de cobranza coactiva previstos por el ordenamiento interno de cada país, por lo que resulta relativamente fortuito y extraño por añadidura tanto al título de la obligación sancionada en la sentencia como a la ley que le es aplicable, toda vez que ese pago "en lugar de hecho" depende de factores ocasionales ligados a la posición económica del deudor sobre quien pesa la condena judicial y a la ubicación territorial de sus bienes pues como lo hace notar con acierto la doctrina, "...el patrimonio del deudor puede estar internacionalmente más o menos disperso, con la consiguiente posibilidad de multiplicaciones de los lugares de hecho de cobro sobre sus haberes y es dable pensar, también, en ejecuciones parciales en diferentes países en los que existan bienes, si en alguno de ellos éstos no son suficientes para agotar la pretensión de acreedor..." (Obligaciones en Moneda Extranjera. Antonio Boggiano, Buenos Aires, 1991).* Y en este orden de ideas, como es apenas natural inferirlo, al método que en su caso llegare a utilizarse en Colombia para convertir a pesos colombianos una obligación que cual acontece con la declarada en la sentencia de cuyo examen se ocupa la Corte, debió cumplir el deudor en el exterior y expresada así mismo en dólares de los E.E.U.U. que es la "moneda de cuenta" en el contrato de garantía celebrado, no puede atribuírsele, al dicho método, virtualidad alguna capaz de alterar el valor sustancial del crédito con menoscabo para los derechos de las entidades financieras acreedoras, en cuyo favor se profirió aquella sentencia, acogiéndose así otro principio de general aceptación al tenor del cual se afirma la necesidad de asegurarse, en cualquier supuesto que si una suma de dinero debe pagarse en un país cuya moneda difiere de la convenida para el pago, el acreedor recibirá ni más ni menos de lo que hubiere recibido si el pago hubiera sido hecho en el lugar y tiempo debidos, en la moneda en que la suma de dinero se expresó (International Law Association, 47a. conferencia, Dubrovnik, 1956), principio que por cierto es el que corresponde prohijar en un sistema jurídico consonante con las metas económicas de una comunidad que aspira al progresivo crecimiento de su comercio internacional, reduciendo en grado significativo las interferencias cambiarias.

5. La sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada según consta en la certificación suscrita por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida, confirmando el carácter definitivo y ejecutable del fallo (F. 162 del Cuaderno Principal). A su vez, los documentos contentivos de las atestaciones de los abogados son claros al confirmar que la sentencia objeto de esta solicitud de exequatur se encuentra ejecutoriada de acuerdo con las normas del país de origen (Folios 174, 187, y 214 del Cuaderno Principal).

Según lo exige el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia se presentó en copia debidamente autenticada y legalizada en la forma en que lo exige la ley. (Folios 108 y ss).

6. El asunto sobre el cual recae no es de competencia exclusiva de los jueces colombianos si se tiene en cuenta que no existe norma legal que indique que este tipo de procesos como el que originó la sentencia cuyo exequatur se solicita tenga que ser adelantado por jueces colombianos. Por el contrario, el numeral 5o. del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil autoriza al demandante a presentar su libelo en el lugar del domicilio del demandado o en el lugar de cumplimiento del contrato.

Puede observarse también que el demandado autorizó en la garantía otorgada ser juzgado en cualquier Tribunal de los Estados Unidos (F. 186 del C. Principal) y que la jurisdicción extranjera encontró razones para asumir el conocimiento del pago de la garantía allí otorgada.

7. No existe en el proceso prueba o noticia alguna que permitiera al menos suponer que en Colombia exista proceso en curso o sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

8. Siendo el presente caso de carácter contencioso, se observa el cumplimiento del requisito de la debida citación y contradicción del demandado, quien tuvo oportunidad de oponerse a los argumentos presentados en la demanda (F. 124 y ss y F. 186 y 213 del C. principal). La correcta citación a la parte contraria que permitiera la defensa de sus intereses se probó con las declaraciones rendidas por los abogados Carman, Rossen y Lucio, quienes expresaron que ésta se realizó conforme a las normas del Estado de la Florida (F. 186 y 213). Por si fuera poco, el hecho de encon*trarse ejecutori*ada la providencia proferida por la Corte de

Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de la Florida, en el proceso 83-1375 hace presumir según el ordenamiento procesal colombiano, el cumplimiento del requisito de la debida citación y contradicción del demandado.

Por lo anteriormente expuesto, se hallan reunidos los requisitos para que se otorgue el exequatur solicitado por SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION, SOUTH EAST BANK N. A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION, THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY, MELLON BANK INTERNATIONAL, NORWEST BANK INTERANTIONAL, NCNB NATIONAL BAN OF NORTH CAROLINA Y CRESTAR BANK N.A. para la providencia proferida el 21 de agosto de 1984 por la Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de la Florida, en el proceso 83-1375 adelantado por los bancos antes mencionados contra LUIS A. DUQUE PEÑA, decisión esta que en consecuencia es idónea, como elemento jurídico nacional, para producir los efectos que le son propios y con los que de antemano contaba en su país de origen, luego habrá de acordarse el reconocimiento en lo que constituye una operación puramente procesal distinta e independiente de la acción primitiva que engendró la citada sentencia y acerca de la cual, por sabido se tiene, a la Corte no le es permitido estatuir.

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:

Conceder el exequatur a la sentencia proferida el día 21 de agosto de 1984 por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América, Distrito Sur de la Florida, en el proceso No. 83-1375 CIV-LCN adelantado por SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION, SOUTH EAST BANK N. A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION, THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY, MELLON BANK INTERNATIONAL, NORWEST BANK INTERANTIONAL, NCNB NATIONAL BAN OF NORTH CAROLINA Y CRESTAR BANK N.A contra LUIS A. DUQUE PEÑA.

Las costas en este proceso serán a cargo del opositor. Tásense en la oportunidad debida.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

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

PRUEBAS/TESTIMONIO-RATIFICACIÓN/TESTIMONIO EXTRAPROCESO/SÚPLICA

1). La totalidad de las pruebas que se quieren hacer actuar en un litigio judicial deben pedirse en la demanda para ser practicadas directamente en el proceso.

2). Requisitos que ha de reunir, en concurrencia simultánea, para la ratificación de los testimonios rendidos fuera del proceso ante notarios o alcaldes y con fines judiciales.

3. Improcedencia en este evento del recurso de súplica.
F. F.: C. de P. C. Art.: 229, 298, 299 ibídem.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).-

Referencia: Expediente No. 4743. Auto Nº 230

Se decide el recurso de súplica interpuesto por Luis Mario Beltrán Rojas contra el auto de 16 de junio del año en curso (folios 66 a 69 de este cuaderno)

Antecedentes

I.- Blanca Nieves Morales solicitó declaración judicial de filiación natural respecto de su presunto padre Luis María Beltrán Duarte, fallecido para entonces, por lo que dirigió la demanda contra su cónyuge sobreviviente María Mercedes Rojas y su hijo legítimo Mario Beltrán Rojas,

proceso que culminó con sentencia estimatoria de primera instancia, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la suya de 28 de agosto de 1991.

II.- La cónyuge sobreviviente mencionada instauró ante la Corte (23 de noviembre de 1993) demanda contentiva de recurso extraordinario de revisión contra el último fallo, en la que alegó las causales 6a. y 7a. del artículo 380 del C. de P. C., al aducir, entre otros hechos, que la peticionaria de la declaración de estado dijo desconocer la residencia y el lugar de trabajo de sus demandados, en particular de María Mercedes Rojas de Beltrán, solicitando por ello se les emplazara, no obstante que la residencia de esta última era conocida por todos. En el literal A) del Capítulo de Pruebas del mismo libelo la revisionista solicitó a esta Corporación la ratificación de 7 testimonios rendidos extraproceso ante la Alcaldía Municipal de Caparrapí (Cundinamarca), que ella misma deprecó con la advertencia de que "con las anteriores declaraciones pretendo preconstituir prueba sumaria sobre la no realidad de los hechos esgrimidos en el proceso ordinario de filiación extramatrimonial, siendo demandante Blanca Nieves Morales contra la sucesión de Luis Beltrán Duarte, y aportarlas únicamente en acción de revisión que se presentará ante la honorable Corte Suprema de Justicia".

III.- Admitida la demanda de revisión, esta Corporación, en decisión de ponente del 16 de junio del presente año (fls. 66 a 69 este cuaderno), expidió el decreto de pruebas del proceso, en el que negó la ratificación de los testimonios extrajuicio solicitada por la revisionista, en consideración a que, de conformidad con el artículo 229 del C. de P. C., esas declaraciones no fueron recibidas en los casos y con los requisitos de los artículos 298 y 299 ibídem.

IV.- Luis Mario Beltrán Rojas, quien dice actuar como coadyuvante de la recurrente en revisión interpuso en tiempo recurso de súplica contra tal proveimiento, con miras a que se revoque en ese preciso aspecto y se "decrete la práctica de la mencionada prueba", pues, en su criterio, sí se cumplen para esos efectos los requisitos de ley.

V.- Tramitado el recurso, corresponde proveer ahora.

Se considera

1.- Al tenor del artículo 229 del C. de P. C., los testimonios "recibidos fuera de proceso" sólo pueden ratificarse cuando: a) se han rendido en otro sin citación o intervención de la persona contra quien se aducen en el posterior; y b) se han rendido en los casos y con los requisitos de los artículos 298 y 299 de la misma obra.

2.- El último de esos preceptos dispone, a su turno, que dichos testimonios deben rendirse exclusivamente ante notarios o alcaldes cuando no tengan fines judiciales, o cuando teniéndolos se pidan sin la citación de la parte contraria, caso este último en el que el peticionario deberá afirmar que ellos "están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin".

3.- Se desprende del artículo 299 del C. de P. C. y en especial de su parte transcrita, que el legislador restringió la recepción y el empleo de los testimonios allí indicados a los precisos eventos en que así lo requiera la ley (V. Gr. art. 224, parágrafo 1°, numeral 1, C. de P. C.), y de ahí que el solicitante de la prueba deba indicarle al Notario o Juez encargado de recepcionarla que no sólo requiere esos testimonios para hacerlos actuar como prueba sumaria en un determinado proceso, haciendo la mención del mismo, sino que está obligado a indicarle que ese tipo de prueba (sumaria) está autorizada precisamente por la ley para obrar como tal en dicho asunto. En otras palabras, lo que de esa norma se deduce, como regla general, es que *la totalidad de las pruebas que se quieren hacer actuar en un litigio judicial deben pedirse en la demanda para ser practicadas directamente en el proceso, y que únicamente por excepción y más exactamente al requerirse legalmente junto con el libelo la presentación de testimonios como prueba sumaria para el inicio de una actuación o diligencia determinada, es cuando se abren paso dichos elemenos de convicción, exigencia a la que debe plegarse el peticionario de las citadas declaraciones extraproceso.*

4.- De manera que, en armonía con la referida normatividad, *la ratificación de testimonios rendidos fuera del proceso ante notarios o alcaldes y con fines judiciales, sólo tiene lugar en concurrencia simultánea de estos tres requisitos: a) que se recepcionen "sin citación o intervención" de la*

parte contra quien se aducen en el proceso posterior; b) que el peticionario de esos testimonios manifieste en su solicitud que ellos están destinados a servir como prueba sumaria, cuál el proceso posterior en el que se harán valer como tal, y si la ley "autoriza esta clase de prueba", o mejor, si la exige para la iniciación de ese proceso futuro; y c) que, efectivamente, la ley requiera de esa prueba sumaria para el inicio del proceso venidero de que se trata, y ésta se emplee en realidad como elemento de convicción en el mismo y no en otro diferente.

5.- Así compendiada la cuestión legal, no queda duda que si, en el presente caso, los testimonios extraproceso solicitados por la demandante en revisión, estaban orientados a servir de prueba en esta actuación, ella debió solicitar su recepción en el libelo mismo, por cuanto para el inicio de esta acción y para acreditar lo que ella persigue en este recurso extraordinario el legislador no exige prueba sumaria alguna. Por ello mismo la petición y recibo de esas declaraciones por parte del Alcalde de Caparrapí no encuentran soporte en el artículo 299 del C. de P. C., y es igualmente por eso que la ratificación de las mismas dentro de éste diligenciamiento está impedida por mandato del artículo 229 ibidem.

6.- *Viene de lo dicho, que el recurso de súplica propuesto no se abre paso.*

Decisión

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

Cópiese y notifíquese.

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

PRESUPUESTO PROCESAL / RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ / HERMENEUTICA JURIDICA / ERROR INEXCUSABLE

1). Cumplimiento de los presupuestos procesales, en este debate.

2). Presupuestos para reclamar la responsabilidad civil de los jueces. Igual sentido: Fallos del 29 de septiembre de 1972, G.J. CLXV, pág 202; y 20 de mayo de 1991, sin publicar.

3). La hermenéutica, como actividad humana, es susceptible de errores. Categoría de inexcusable del yerro en la interpretación de la norma jurídica. Qué debe entenderse por "error inexcusable".

Igual sentido: Sentencia del 26 de octubre de 1972 G.J.T. CXLIII, pág. 228 y siguientes; Sentencia del 24 de septiembre de 1982; Cas. Civ. 23 de oct. 72 G.J. CXLIII, pág. 229.
F. L: C. de P. C. Art. 40.

TITULO VALOR / CHEQUE / DOCUMENTO FORMAL / LETRA DE CAMBIO / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / PAGO / CUENTA CORRIENTE / RESPONSABILIDAD DEL BANCO/FIRMA

1). Condiciones de forma, que además de las generales de todo título valor, ha de sujetarse el cheque.
F.F.: Arts. 713, 621, 712, C de Co.

2). Carácter de documento formal de la letra, el pagaré o cual quier otro título.

3. Cuando el derecho a la orden incondicional del pago del cheque se subordina a una modalidad que le resta al tenedor la posibilidad de pago inmediato, el título que en estas circunstancias se haya emitido, no tiene el carácter de cheque.
F. F.: Art. 620 C. de Co.

4. Finalidad y característica —no instrumento de circulación— del cheque. Distinción de éste con la letra de cambio. Derechos que se adquieren mediante aquél.

5. Responsabilidad contractual por parte de un banco, en tratándose del pago de cheques.

6. Alcance y características del contrato de cuenta corriente bancario. Obligación del Banco de pagar en principio hasta el importe del saldo disponible del librador, los cheques que éste gira contra su cuenta.
F. F.: Art. 1382 de C. Co.; 720. 1382, 1385, 1388 y 1391 Ibídem. Igual sentido: Sent. 29 nov. de 1976, jurisprudencia de la Corte, pág. 249.

7. Siendo de la esencia del cheque que éste contenga la firma de quien lo crea, la cual puede estar o no acompañada de otro u otros signos, la falta de este requisito necesariamente da lugar a la excepción de que trata el num 4o. del art. 784 del C. de Co.
F.F.: Art. 620 y num. 4 del art. 784 del C. de Co.

8. La firma es completa cuando concurran tanto la firma propiamente tal, como el aditivo mecánico.
F. F.: C. de Co. Art.: 713; 621, 712, 620, 1382, 1385, 1388, 1391, 784.

• CONDENA EN CONCRETO / PERJUICIOS / DERECHO DE DEFENSA

Puesto que la condena a pagar los perjuicios ocasionados con la demanda ordinaria de responsabilidad tiene causa en la absolu-

ción de los funcionarios demandados mal podría el demandante ser condenado en concreto en detrimento de su derecho de defensa.

Corte Suprema de Jsuticia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado Ponente: *Dr. Eduardo García Sarmiento*

Referencia: Expediente No. 4366. Sentencia No. 091

Agotada la pertinente tramitación procesal, se decide la demanda presentada por IBO ROA ROA frente a ARIEL SALAZAR RAMIREZ, CESAR JULIO VALENCIA COPETE y CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, en su calidad de Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior del Disrito Judicial de Santafé de Bogotá.

I. Historia Procesal

1. La demanda. En escrito presentado el 26 de marzo de 1993, IBO ROA ROA, por intermedio de procurador judicial, demandó a los doctores ARIEL SALAZAR RAMIREZ CESAR JULIO VALENCIA COPETE y CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, en su calidad de Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se pronunciaran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Declarar que la providencia del H. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de 22 de octubre de 1992 es el producto de un error grave e inexcusable de la interpretación de los artículos 621, 713, 826, 784 y 717 del Código de Comercio cometido por los Magistrados Ariel Salazar Ramírez, César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández.

"Segunda. Declarar civilmente responsables a los señores Ariel Salazar Ramírez, César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández de los perjuicios causados al Dr. Ibo Roa Roa con la providencia de 22 de octubre de 1992, por haber sido ellos los autores en su condición de Magistrados del H. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

"Tercera. Condenar solidariamente a los señores Ariel Salazar Ramírez, César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández a pagarle al Dr. Ibo Roa Roa las siguientes cantidades:

"a) La suma de un millón seiscientos cincuenta mil pesos m/l ($1'650.000) por concepto del valor del cheque No. 0015791 del Banco Unión Colombiano, tal como estaba decretado en el mandamiento de pago revocado con la sentencia del Tribunal.

"b) Condenar a los demandados Ariel Salazar Ramírez, César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández a pagarle al doctor Ibo Roa los intereses moratorios causados a la tasa del 6% mensual sobre el valor del cheque desde el 21 de junio de 1991 y hasta cuando se efectúe el pago total de la obligación y que a la fecha de presentación de esta demandada ascienden a la suma de $2'079.000 (dos millones setenta y nueve mil pesos M/l) tal como estaba decretado en el mandamiento de pago revocado.

"c) Condenar a los magistrados demandados a pagarle al Dr. Ibo Rosa Roa la suma de $330.000.oo correspondientes al 20% de la sanción contemplada en el artículo 731 del Código de Comercio, tal como estaba decretado en el mandamiento de pago revocado.

"d) Condenar a pagar a los demandados Ariel Salazar Ramírez, César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández el valor de las agencias en derecho en ambas instancias, tal como estaba decretado en el mandamiento de pago revocado, los cuales estimó en la suma de quinientos mil pesos m/l ($500.000.oo).

"e) Condenar a los demandados a pagarle al Dr. Ibo Roa Roa los perjuicios morales causados con el error inexcusable, hasta la suma de 1.000 gramos oro de acuerdo al art. 106 del C. P.

"f) Condenar a los demandados al pago de las costas del presente proceso".

2. **Hechos de la demanda.** El demandante apoya sus pretensiones en los hechos que se indican a continuación:

1o. El Dr. Ibo Roa Roa instauró una demanda ejecutiva de mayor cuantía en contra de la sociedad Emtec y Cía. Ltda., donde sirvió como base de la acción el cheque No. 0015791 del Banco Unión Colombiano por valor de un millón seiscientos cincuenta mil pesos m/l ($1'650.000.oo); dicha demanda fue repartida al Juzgado 32 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. El Juzgado libró mandamiento de pago en contra de la parte demandada, mandamiento de pago que fue apelado por el apoderado de la demanda pero confirmado por los Magistrados Ariel Salazar Ramírez, César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández, tal como se aprecia en la providencia del 27 de enero de 1992.

2o. En su debida oportunidad el Juzgado 32 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá profirió la sentencia del 22 de mayo de 1992 con base en el título presentado como prueba de la obligación, cheque que reunía todas las exigencias de los artículos 621, 713, 826 y demás concordantes del Código de Comercio.

3o. La sentencia del Juzgado del 22 de mayo es apelada por el apoderado de la parte demandada y éste obtiene que los mismos magistrados que habían confirmado al mandamiento de pago, profieran una sentencia de segunda instancia totalmente ilegal que revocó la del Juez del conocimiento, "digo que es totalmente ilegal ya que contradice el texto de los artículos 621, 713, 826, 717 y demás concordantes del Co. de Comercio".

4o. Los magistrados demandados, en forma inexcusable violaron los artículos 713, 621, 826, 717 y demás concordantes del Código de Comercio al proferir la sentencia del 22 de octubre de 1992; así lo da a entender el hecho de no haber estado de acuerdo los tres Magistrados integrantes de la Sala y vemos cómo el Dr. Valencia Copete y la Dra. Clara Inés Vargas Hernández hacen una aclaración de voto con una interpretación doblemente absurda del artículo 826 del Código de Comercio. "No hay derecho a que los magistrados digan en su aclaración de voto que el cheque no era firmado, que las firmas no estaban completas; cuando éstas son notorias en el texto del cheque; cosa distinta era que hicieran falta unos sellos que no eran necesarios para la validez del cheque de acuerdo a la ley comercial".

5o. Los Magistrados decretaron la inexistencia del cheque basados en el numeral sexto del artículo 784 del Código de Comercio, o sea la excepción

de limitación a la negociabilidad, pero no se puede llegar hasta ese extremo, ya que la causal invocada solo da para limitar la circulación del título. "El tratadista Bernardo Trujillo Calle en la consulta que se le hizo sobre este asunto dice que las causales de inexistencia del cheque son las contempladas en el Capítulo VII del C. de Co. al lado de la ineficacia y la nulidad, pero nunca la limitación a la negociabilidad es causal de inexistencia del cheque".

6o. El Magistrado Ariel Salazar Ramírez "cita mucho en las motivaciones de la sentencia al tratadista Bernardo Trujillo Calle, pero dicho tratadista en el concepto jurídico que emitió sobre este asunto desmiente la interpretación dada por el Magistrado cuando dice que el cheque aludido no es inexistente ya que desde el punto de vista de las formalidades sustanciales nada le hace falta a dicho cheque.

7o. "Consultada la Superintendencia bancaria así como al tratadista aludido ambos son tajantes en afirmar que la leyenda 'este cheque para su validez debe llevar cuatro sellos debidamente registrados ante el Banco' no constituye la excepción establecida en el numeral 6o. del artículo 784 del Código de Comercio.

8o. "El Magistrado Ponente hace un análisis en los folios 4 y 5 de la providencia con respecto a las consecuencias de la leyenda impresa en el reverso del cheque; él mismo da a entender que el cheque no será válido ante el Banco girado; pero el hecho de que el Banco no pagara el título en nada altera el derecho contenido en el mismo con respecto a su legítimo tenedor; pues una cosa son los pactos entre cuentacorrentistas y banco librado y otra cosa es el imperativo del rigor cambiario o derecho autónomo contenido en el cheque ya que el artículo 626 del C. de Co, establece que el suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo.

9o. "El concepto emitido por la Superintendencia Bancaria analiza lo que es la limitación a la negociabilidad del cheque especialmente en el folio 4 del mismo y donde se transcribe parte de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia la cual dice que los cheques emitidos a la orden o al portador son libremente negociables conforme a su ley de circulación; lo mismo que en dicho folio enumera cuáles son las limitaciones a la negociabilidad de los cheques que pueden ser absolutas o relativas.

10o. "No hay excusa para aceptar que los señores Magistrados digan en su sentencia que el título que obró en el proceso, no era propiamente un

cheque; entonces qué pasó con el contenido cartular del mismo?; qué pasó con la literalidad contenida en el formato entregado por el banco al cuentacorrentista?; qué pasó con el contenido del rigor cambiario de que habla Trujillo Calle; rigor cambiario que no admite condiciones o apreciaciones, como podría darse en el derecho común".

3. Traslado y contestación de la demanda. La demanda se admitió por auto del 2 de abril de 1993 y se notificó a los demandados personalmente (fls. 123, 124 y 125, c. Corte).

Los demandados Ariel Salazar Ramírez, César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández, oportunamente contestaron el libelo, oponiéndose a las pretenciones, por considerar que la providencia no es el producto de un error grave e inexcusable respecto de la interpretación de los artículos 621, 713, 826, 784 y 717 del Código de Comercio.

En cuanto a los hechos, dijeron ser ciertos el primero y el segundo, pero con la aclaración que en ellos se precisa, no ser ciertos el tercero, cuarto y décimo; y no tratarse de un hecho, el quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno.

4. Tramitación. Audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Contestada la demanda se citó para audiencia, la cual se celebró el 8 de junio de 1993; en ella el Magistrado Ponente instó a las partes para que conciliaran sus diferencias y después de varios intentos de arreglo no fue posible un acuerdo entre ellas. Por dicha circunstancia se dió por concluida la audiencia de que se trata.

5. Pruebas. Por auto del 29 de junio de 1993 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, así como las que el ponente consideró necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de la controversia (fls. 142 a 147) y al efecto obran en el expediente, así:

5.1 El original del cheque del Banco Unión Colombiano No. 0015791 del 21 de junio de 1991 por valor de $1'650.000.oo librado a la orden de Antonio Cuéllar (fl. 5, c. Corte).

5.2 La fotocopia de la sentencia del 22 de mayo de 1992 proferida por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá (fls. 69 a 77).

5.3 La fotocopia de la sentencia del 22 de octubre de 1992 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (fls. 93 a 100).

5.4 La fotocopia de la aclaración de voto de los Magistrados doctores César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández (fls. 101 a 103).

5.5 Las certificaciones expedidas por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia que acreditan la calidad de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que ostentan los demandados (fls. 2 a 4).

5.6 Las actuaciones surtidas en el Juzgado 32 Civil del Circuito y Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que en fotocopias auténticas se allegaron con la demanda (fls. 21 a 114 vto).

5.7 La consulta absuelta por la Superintendencia Bancaria-Dirección General de Bancos e instituciones oficiales especiales (fl. 6 a 10).

5.8 El concepto jurídico emitido por el doctor Bernardo Trujillo Calle (fls. 11 a 20).

5.9 La fotocopia auténtica del expediente que contiene el proceso ejecutivo instaurado por el Dr. Ibo Roa Roa frente a Emtec Cía Ltda., ante el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá (fls. 1 a 122, c. 2).

5.10 La certificación expedida por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá acerca del estado actual del proceso ejecutivo de Ibo Roa Roa vs. Emtec Cía Ltda. (fl. 123, c. 2 Corte).

5.11 La fotocopia del contrato de cuenta corriente que celebró el Banco Unión Colombiano, oficina principal de Santafé de Bogotá, cra. 8a. No. 14—45, con la sociedad Emtec Cía Ltda., con los registros de firmas, sellos, estado de cuenta (fls. 124, 126, 127 y 128, c. Corte).

5.12 La comunicación del 29 de julio de 1993 del Banco Unión Colombiano, por la cual se informa que "el día 21 de junio/91 le fue devuelto a la sociedad EMTEC CIA LTDA., el cheque No. 001579, a favor del señor Antonio Cuéllar, por valor de $1'650.000.oo, por la causal 16 (falta sello ante

firma registrada) y que "De acuerdo a las instrucciones del cliente los cheques deben llevar dos de las firmas registradas, sello seco, sello azul, sello rojo y protector (instrucciones de septiembre 26/90)". (Fl. 129, c.2 Corte).

5.13 La fotocopia de la tarjeta de registro de Wilson Alfonso López Gómez y Sergio Antonio Cuéllar Pulido, que corresponden a las cédulas números 79.047.373 y 79.047.375 de Boyacá -Engativá, expedidas por la División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fls. 154 a 157, c.2).

Agotado el período probatorio, las partes hicieron uso de su derecho de alegar de conclusión y surtido el procedimiento sin que se observen causas de nulidad procesal, procede proveer lo que resulte de derecho.

Consideraciones de la Corte

6. *Presupuestos procesales. Se cumplen cabalmente en este debate: Por lo que toca con el de demanda en forma, la que dio origen al proceso reúne todos los requisitos que exige la ley. En cuanto a la capacidad para ser parte, la tienen tanto el demandante como los demandados, quienes son personas naturales plenamente capaces. Estos y aquél tienen además la debida capacidad procesal, y han comparecido al proceso debidamente representados por mandatarios judiciales. Además, quien tiene la competencia funcional para conocer del proceso es la Sala de Casación Civil de la Corte, con arreglo a lo dispuesto por el ordinal 6o. del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil.*

6.1 En cuanto a la legitimación en causa de ambas partes litigantes, el derecho a la indemnización lo tendría el aquí demandante, por ser quien habría sufrido el daño como consecuencia de los hechos que se imputan a los demandados, y la pretensión está bien dirigida contra éstos, por cuanto está debidamente probada su calidad de Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y actuaron como tales en el pronunciamiento que se señala como origen de ese daño.

6.2. Finalmente la demanda fue presentada dentro del año siguiente a la terminación del correspondiente proceso civil, lo que determina que el

derecho a promoverla no había caducado al momento de su presentación (artículo 40 del Código de Procedimiento Civil).

7. Las pretensiones. El artículo 40 del Código de Procedimiento Civil establece el derecho a reclamar por la responsabilidad civil de los jueces, independientemente de las sanciones penales y disciplinarias, y señala las causas taxativas por las que se les obliga a indemnizar los perjuicios. En el numeral 3 dispone como tal "cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer".

7.1 Como lo ha dicho en forma reiterada la Corte, la pretensión sólo puede hacerse efectiva en cuanto por el demandante se demuestren estos presupuestos:

"a) Que el demandante sea o haya sido parte en el proceso que dio origen al de responsabilidad;

"b) Que el Juez o Magistrado esté situado en alguno de los casos expresamente contemplados en esta norma;

"c) Que el demandante haya sufrido un perjuicio cierto; y

"d) Que exista relación de causalidad entre el daño y el proceder doloso, fraudulento o abusivo del Juez o Magistrado, o de su omisión o retardo injustificado en elaborar la providencia o el correspondiente proyecto, o, finalmente, de su obrar con error inexcusable" (fallos del 29 de septiembre de 1972, G.J. CLXV, pág. 202; y de 20 de mayo de 1991, sin publicar).

7.2 Tratándose de esta causal tercera, que es la alegada como fundamento de la pretensión, en sentencia del 18 de junio de 1991 (sin publicar) se reiteró lo expuesto en el fallo del 29 de septiembre de 1972, así:

"...la hermenéutica, como actividad humana, es susceptible de errores; la norma jurídica puede por tanto ser aplicada por el juez al caso concreto que decide, pero dándole una inteligencia o un sentido que en verdad no tiene.

"Ese yerro de interpretación, frente al cual hay por supuesto remedios para corregirlo y hacerlo desaparecer mediante la información de la providencia que lo contiene, sólo compromete la responsabilidad civil del juez que lo ha cometido, cuando, según lo proclama el antecitado artículo 40, tiene la categoría de inexcusable.

"De ahí que, como ya lo dijo esta Sala 'muy sabia resulta la disposición al exigir que el error sea de abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse. Si la comisión de yerros, sin calificativo alguno, pudiera servir de estribo a procesos de responsabilidad contra jueces, tales contiendas judiciales proliferarían de una manera inusitada y podrían menguarse ostensiblemente la independencia y libertad que tienen para interpretar la ley y se abriría ancha brecha para que todo litigante inconforme con una decisión procediera a tomar represalia contra sus falladores, alegando simples desatinos en faena tan difícil como lo es la de administrar justicia'. (Sentencia del 26 de octubre de 1972 G.J. T. CXLIII, pág. 228 y siguientes)".

Agregó la Sala en esa providencia que por "error inexcusable sólo puede entenderse aquél que 'quien lo padece no puede ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo'" (Sentencia del 24 de septiembre de 1982).

La jurisprudencia entonces, con la prudencia que la materia exige, entiende que el error que puede determinar la responsabilidad civil del juzgador, es aquél que por su gravedad no encuentra disculpa razonable. De modo que si hay razones lógicas que sirvan de justificación del error, la equivocación es excusable y por supuesto no es adecuada para basar en ella la asunción de responder por los daños que por eso se hubieren causado.

Del mismo modo ha advertido la jurisprudencia que "...Ante la diversidad de planteamientos jurídicos sobre una determinada situación, la escogencia de una de ellas por parte del fallador, (aunto más si se registran antecedentes judiciales), no representa el error inexcusables del que habla el artículo 40 del C. de P.C. puesto que para que así sea es indispensable que 'quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo', según las voces empleadas por la misma Corte en sentencia atrás citada (Cas. Civ. 23 oct. 72 G.J. CXLIII, pág. 229).

8. En el presente asunto, frente al cobro ejecutivo instaurado por el Dr. Ibo Roa Roa, para obtener el pago del título valor acompañado con la demanda, el representante judicial de la sociedad demandada propuso las excepciones que denominó Inexistencia del título valor (cheque), nulidad absoluta del título valor y falta de idoneidad del título, fundadas en síntesis en los siguientes hechos:

8.1 Respecto de la primera:

Tras referir la causa que dió origen a la emisión del título valor, precisa: "Uno de los requisitos esenciales y que por lo mismo afecta la validez del cheque, es el reglado en el numeral 1o. del art. 713 del Código de Comercio conforme al cual: El cheque deberá contener... (...) ... 1. LA ORDEN INCONDICIONAL DE PAGAR UNA DETERMINADA SUMA DE DINERO, lo cual guarda perfecta e íntima relación con lo normado en el artículo 620 cuyo numeral 1o. dispone: 'Los documentos y los actos a que se refiere este título (III, DE LOS TITULOS VALORES) sólo producirán los efectos en él previstos, cuando contengan las menciones y LLENEN LOS REQUISITOS QUE LA LEY SEÑALE'.

"De manera que, cuando la orden impartida para que el girado pague una determinada suma de dinero está sometida al previo cumplimiento de alguna condición, no hay duda que le falta al cheque uno de sus requisitos estructurales y ello hace que ya no estemos frente a un verdadero cheque sino ante un simple documento que podrá servir para demostrar la existencia del negocio subyacente, pero jamás para cobrar suma alguna de dinero.

"Acerca de la validez de la condición impuesta por EMTEC a sus cheques, el ejecutante se anticipa (porque en la demanda no es normal consignar alegaciones) a decir que el documento no fue pagado '...POR UN LETRERO IMPRESO EN EL DORSO DEL CHEQUE EL CUAL LE QUITA TODA LA NATURALEZA JURIDICA AL CHEQUE'... (destaqué) hecho 6o. de la demanda. Cómo será de incontenible la fuerza de la verdad que el propio interesado pudo ocultarla: está en lo cierto, eso que él llama 'letrero', o sea, la advertencia que aparece al reverso del cheque diciendo 'ESTE CHEQUE PARA SU VALIDEZ DEBE LLEVAR CUATRO (4) SELLOS DEBIDAMENTE REGISTRADOS ANTE EL BANCO', le está quitando su naturaleza jurídica por supresión de uno de sus requisitos fundamentales; así que de este modo el propio ejecutante confiesa que está

intentando una acción ejecutiva con fundamento en algo que no reúne las condiciones señaladas en los artículos 619, 621, 713 numeral 1o. y concordantes y pertinentes del C. Cio, así como en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil..."

"...Ahora bien, teniendo en cuenta que el cheque es un negocio jurídico y si observamos que en el inc. 2o. del artículo 898 del C. Cio. se dispone que 'Será INEXISTENTE EL NEGOCIO JURIDICO cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y CUANDO FALTE ALGUNO DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES'.

"Así las cosas, es preciso advertir que, en vista de que al cheque base de esta ejecución le falta uno de sus requisitos esenciales, adolece así de fallas que lo hacen inexistente, perdiendo de este modo su fundamento la presente acción..."

8.2 Referente a la segunda:

"Los fundamentos de hecho son exactamente los mismos, esto es, que el ejecutado emitió un 'cheque' sometiendo su orden de pagar $1'650.000.oo con la condición de que previamente le fueran impuestos los sellos de seguridad, condición conocida por el ejecutante y de la cual hizo caso omiso.

"Visto ya que no estamos frente a un verdadero cheque debido a que la existencia de la condición le quita su naturaleza por ausencia de uno de sus elementos fundamentales, se trata ahora de enfocar desde otro ángulo el mismo efecto que sobre el título valor produce esta falencia: y es así como advertimos que el artículo 899 dispone:

"Será NULO ABSOLUTAMENTE el negocio jurídico en los siguientes casos:

"1. Cuando contraría una norma imperativa...

"Como quiera que en el cheque base de esta acción se incurrió en contrariedad de la norma contenida en el numeral 1o. del art. 713 ciertamente que nos hallamos ante un cheque viciado de nulidad absoluta".

8.3 Atinente a la tercera:

"El Código de Comercio permite al librador limitar la negociabilidad de los cheques emitidos por él, lo importante es que lo haga de forma que cual quier futuro tenedor esté en condiciones de saber cuáles son las limitaciones y pueda escoger entre negociar ese instrumento o abstenerse de hacerlo; la única obligación a cargo del emisor para que la limitación tenga validez frente a cualquiera es la consignada en el artículo 715, conforme al cual:

"La negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos UNA CLAUSULA QUE ASI LO INDIQUE".

"Esta exigencia es apenas elemental si se tiene en cuenta que nadie puede ser obligado a lo desconocido; y que el ahora ejecutante conoció la necesidad de los 4 sellos como conditio sine que non para el pago del cheque lo pone de manifiesto el alegado consignado en el hecho 6o. de su libelo en el cúal, como es bastante notorio, por ninguna parte insinúa siquiera que hubiera intentado conseguir los sellos, sin que discuta la legalidad de la advertencia, y con ello deja ver que omitió deliberadamente el cumplimiento de la condición impeditiva del pago...". (LO RESALTADO CORRESPONDE A SU TEXTO).

9. El a quo, previo el trámite de rigor, resolvió en su providencia del 22 de mayo de 1992 (fl. 69 a 77 c. 1.):

"Primero. Decláranse no probadas las excepciones formuladas por el extremo pasivo, por los razonamientos de hecho y de derecho expuestas en esta providencia.

"Segundo. Ordenáse seguir adelante la ejecución tal como fue decretada en el auto de mandamiento de pago.

"Tercero. Practíquese la liquidación del crédito en la forma establecida por el art. 521 del C. de P. Civil.

"Cuarto. Condénase en costas a la parte ejecutada. Tásense".

10. Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal, en su fallo del 22 de octubre de 1992, REVOCO la sentencia apelada y en su lugar dispuso:

"2. Declárase en consecuencia probada la excepción de inexistencia del título valor.

"3. Ordenáse la cancelación de las medidas cautelares decretadas.

"4. Condénase en costas y perjuicios a la parte actora. Los primeros tásense. Los últimos se sujetaran a las provisiones del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil...".

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL PARA REVOCAR LA PROVIDENCIA DEL A QUO

10. Tras glosar que están cumplidos los presupuestos procesales, precisar que el cheque base de la pretensión reúne los requisitos esenciales que corresponden a esta especie de títulos valores, señalar que "desde el momento en que el ejecutado apelara a formular un medio exceptivo que merece, por su contenido intrínseco, un especial y pormenorizado análisis', recordar que la excepción 6a. del artículo 784 del Co. de Co. es la relativa a la no negociabilidad del título y de la cual para el excepcionante dimanan las que se consignan en el escrito que las formulara; puntualizar que esa defensa tiene su fundamento en la presencia de un sello impuesto al anverso del instrumento que corresponde a una cláusula de no negociabilidad del mismo, y que allí se lee "Este cheque para su validez debe llevar cuatro (4) sellos debidamente registrados ante el Banco", puntualiza:

"Es patente, contra lo que piensa el a quo y la actora, que ese escrito guarda relación estrecha con el contrato de cuenta corriente, acuerdo que si bien no obra en este proceso no por ello puede ignorarse definitivamente. Porque cuando la validez y por tanto la circulación del cheque se somete en su creación emisión a la presencia de cuatro sellos, es porque, como igualmente se expresa en tal leyenda, éstos ya están debidamente registrados ante el girado, pues de lo contrario desatendería el pago del título que le fuera presentado sin el lleno de ese requisito.

"Luego es preciso convenir con que al consignarse tal circunstancia a través del aludido sello, el librador no hizo más que hacer conocer tanto del inicial tenedor como de los terceros a quienes posteriormente les fuera trasmitido por endoso, que no podría ser negociado o transferido porque el girado jamás lo atendería en ausencia de las exigencias impuestas por el librador bien al momento de la apertura de la cuenta corriente o ya posteriormente pero de todas formas actuales al instante de entregarse al beneficiario:

"No puede tacharse de mala fé o proceder mal intencionado esa conducta. No, porque el librador sabía, lo mismo que la entidad girada, que de no aparecer esa formalidad el cheque sería desatendido. Bien miradas las cosas la impresión de esa nota al dorso del título indica, con elocuencia, que se procedió dentro de parámetros de lealtad y probidad no tanto con el primer tenedor sino con los terceros que pudieran recibirlo por endoso. Lo contrario, esto es, guardar silencio sobre tal circunstancia, hubiera implicado deshonestidad y en el peor de los casos bordear los límites del estatuto represivo porque esa conducta podría calificarse de delictiva.

"Cuando el artículo 715 de la legislación mercantil estipula que 'La negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos una cláusula que así lo indique' no se está refiriendo expresamente a la restricción que se impone a estos para su circulación en los artículos 734 y 737, sino que esa negociabilidad puede limitarse a otras atinentes, como lo entiende Bernardo Trujillo Calle a la irregularidad de creación porque no reúna los requisitos esenciales y formales que la ley exige para todos los títulos en general (arts 619 y 621) o los particulares de cada uno (arts. 712, 774 in fine, 776 par); o porque la perdió en virtud de la inserción de una cláusula de 'no a la orden' u otra semejante o simplemente porque la ley la ha prohibido o recortado (arts. 379 ord. 3o., 715, 716, 737 y art 3o. Decreto 1226 de 1973) o porque algún suceso posterior a la creación le corte ese impulso, con el vencimiento (art. 660), el cambio de su ley de circulación (art. 647), una cesión por recibo (art. 666), o por una decisión judicial, como la cancelación (art 882) (De los Títulos Valores, Edit. Foro de la Justicia, 1983 pág: 327).

"No es exacto predicar, como se ha hecho, que la imposición de una cláusula de tal naturaleza y como la que se analiza, sea elemento extraño al título valor ni que tenga solo vigencia entre librador y librado en virtud del contrato de cuenta corriente.

"La misma, para supuestos como el que se examina, mas que necesario se tornaba imperiosa por las circunstancias que se han puntualizado. Y su presencia no tenía otro fin más que el de evitar que se produjeran los efectos propios de esta clase de títulos llamados a circular por endoso mientras no reuniera las formalidades que eran propias del mismo, entre ellas la exigencia de los cuatro sellos única forma en que el girado atendería su pago.

"Si esto es así, de que un título no sea negociable 'se derivan consecuencias importantes —al decir de Trujillo Calle como la falta de legitimación', pensamiento que apoya en el autorizado criterio de Felipe de J. Tena, el cual llega incluso a negar los principios de la autonomía, la literalidad y la solidaridad por efectos de esa cláusula (ob. cit. pág. 328).

"No existirá ciertamente esa legitimación por cuanto, al recibir el tenedor el título sin el lleno de los requisitos que debe contener, aparece incompleto y por consiguiente sin posibilidad alguna de que produzca los efectos que le son propios entre otros el de ser un medio inmediato de pago.

"Así las cosas, el documento entregado al actor a través del endoso, no era en el momento en que lo recibiera propiamente un título valor de la naturaleza del cheque. Para llegar a serlo y el hecho, por virtud de la condición impuesta al dorso del mismo, era suficientemente conocido del último tenedor se requería que, cumplida por el inicial tenedor la satisfacción que demandaba la culminación del negocio causal, se impusieran los sellos que entonces sí convertirían al documento en un verdadero título valor. Mientras tal no ocurriera, ni aquél podría negociarlo o transferirlo, ni éste —para el caso del actor— acudir a la acción cambiaria...".

11.En su aclaración de voto, los demandados doctores César Julio Valencia Copete y Clara Inés Vargas Hernández, manifestaron:

"Aunque compartimos la decisión adoptada en este asunto, respetuosamente nos separamos de las consideraciones contenidas en el fallo.

"Tal cual aparece de sus motivaciones, la razón cardinal que da lugar a la revocatoria del fallo impugnado es la existencia de la excepción prevista en el artículo 784 numeral 6o. del Co. de Comercio, es decir la concerniente a la 'no negociabilidad del título': y ello por cuanto al reverso del documento aparecen las palabras que dicen 'ESTE CHEQUE PARA SU VALIDEZ DEBE LLEVAR CUATRO (4) SELLOS DEBIDAMENTE REGISTRADOS ANTE EL BANCO'.

"Acreditado como está plenamente en el proceso que tales palabras fueron impuestas por el librador desde el instante mismo en que se emitió, nos parece que frente a esas expresiones antes que un problema de negociabilidad o circulación, ellas atañen a una cuestión relativa a la existencia misma del título.

"En efecto, partiendo de la consideración fundamental consistente en que el librador colocó en el mismo acto de creación esas expresiones, las que, por lo mismo, en ese momento conoció el tomador o beneficiario, creemos entonces que lo que afecta al cheque, desvirtuándolo como tal, es la irregularidad referida al requisito exigido en el artículo 621 numeral 2o. del Código de Comercio, esto es, por estar incompleta la firma del creador del título, lo que desde luego transciende a los demás poseedores del mismo, ya que éstos también debían estar enterados de dicha informalidad.

"La anterior situación de hecho se ubica, por tanto en la hipótesis de que trata el numeral 4o. del artículo 784 citado, según la cual, frente a la acción cambiaria procede la excepción apoyada 'en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente' y no en la causal 6a. de la misma disposición.

"En nuestro concepto, afectado como estaba el documento desde su nacimiento, vale decir, por no ser en rigor cheque, no puede hablarse entonces con propiedad que ello constituya una limitación a la circulación, ya que con estricteza, cuando la ley permite prohibir su negociabilidad parte del supuesto de que el documento no admite reparo en su forma, sólo que, por voluntad de quien inserte la cláusula correspondiente o por disposición de la ley, se impide su endoso posterior.

"De otro lado, en torno a lo afirmado en el numeral 2.2. de la sentencia, aparte que nos parece inexacto expresar que los artículos 734 y 737 del Código de Comercio contienen una limitación a la circulación, pues en su orden ni el cheque cruzado ni el llamado para 'abono en cuenta' impiden su negociabilidad, en nuestro concepto es errado pensar que, fuera de los motivos expresamente previstos por la ley mercantil, los particulares puedan ad libitum entronizar otros que imposibiliten o restrinjan transferir esta especie de bienes".

12. Ahora bien, con arreglo al sustento fáctico expuesto por el excepcionante, la defensa para enervar la pretensión ejecutiva se basa fundamentalmente en esto:

a) Que al cheque presentado le falta uno de los requisitos esenciales que afectan la validez de éste, cual es el indicado en el numeral 1o. del art. 713 del Código de Comercio, que a la letra dice "El cheque deberá conte-

ner... 1o. La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, por razón de la condición a que estaba sometido el referido instrumento.

b) Que al no estar en presencia de un verdadero cheque, debido a que la existencia de la condición le quita su naturaleza, por ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esa falencia a la luz del art. 899 produce nulidad del acto jurídico, por contrariar una norma imperativa;

c) Que como en el cheque base de la acción se incurrió en contrariedad de la norma contenida en el art. 713 Num. 13 del C. de Comercio, se está ante un cheque viciado de nulidad absoluta;

d) Que el Código de Comercio permite al librador limitar la negociabilidad de los cheques emitidos por él, y que lo importante es que lo haga de forma que cualquier tenedor futuro esté en condiciones de saber cuáles son las limitaciones y puede escoger entre negociar el instrumento o abstenerse de hacerlo; que el banco lo vincula la limitación consignada en el artículo 715; y que el ejecutante conoció la necesidad de los 4 sellos como condición sine qua non para el pago del cheque.

12.1 El cheque base de la pretensión ejecutiva presenta estas características: Fué librado contra el Banco Unión Colombiano por Emtec Cía. Ltda., a favor de Antonio Cuéllar por la suma de $1'650.000.oo el 21 de junio de 1991. Tiene sello de cruzamiento. En el dorso aparece este texto: ESTE CHEQUE PARA SU VALIDEZ DEBE LLEVAR CUATRO (4) SELLOS DEBIDAMENTE REGISTRADOS ANTE EL BANCO. detenta un endoso en propiedad, un sello de canje, uno de levantamiento de sellos y una nota de rechazo por la causal 16 (fl. 5, c. 1).

Según comunicación que obra en el folio 129 del cuaderno No. 2, la causal de rechazo corresponde a "Falta sello ante firma registrada".

Dícese asimismo en esta comunicación: "De acuerdo a las instrucciones del cliente, los cheques deben llevar dos de las firmas registradas, sello seco, sello azul, sello rojo y protector (instrucciones de 26 sept./90)". Esta información está acorde con la tarjeta de registro de firmas que obra en el folio 126 vuelto del cuaderno No. 2.

13. Pues bien. Como para la Corte el Tribunal razonó lógicamente en los diferentes pasos del fallo, pues es innegable que ante una nota impues-

ta a un cheque como el que sirvió para la pretensión ejecutiva que se adelantó ante el Juzgado 32 Civil del Circuito de esta ciudad, consignada en términos tan precisos, "ESTE CHEQUE PARA SU VALIDEZ DEBE LLEVAR CUATRO (4) SELLOS DEBIDAMENTE REGISTRADOS ANTE EL BANCO", bien podía concluir que "...El documento entregado al actor a través del endoso, no era en el momento en que lo recibiera propiamente un título valor de la naturaleza del cheque" y que "Para llegar a serlo se requería que, cumplida por el inicial tenedor la satisfacción que demandaba la culminación del negocio causal, se impusieran los sellos que entonces sí convertirían al documento en un verdadero título—valor". Y que "Mientras tal no ocurriera, ni aquél podría negociarlo o transferirlo, ni éste —para el caso del actor— acudir a la acción cambiaria" (f. 99 c. Corte), o también, "que lo que afecta al cheque, desvirtuándolo como tal, es la irregularidad referida al requisito exigido en el artículo 621, numeral 2o., del Código de Comercio, esto es, que por estar incompleta la firma del creador del título, lo que desde luego transciende a los demás poseedores del mismo, ya que éstos también debían estar enterados de dicha informalidad, y que tal "situación de hecho se ubica, por tanto en la hipótesis de que trata el numeral 4o. del artículo 784 citado, según la cual, frente a la acción cambiaria procede la excepción apoyada 'en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente' y no en la causal 6a. de la misma disposición..." (fl. 102, c. 1). Esto es que las interpretaciones que en torno a un cheque así creado se le dieren, no son fruto de la arbitrariedad ni de ignorancia acerca de la ley, como tampoco contrarios a texto expreso de derecho objetivo.

Para el efecto obsérvase:

El artículo 713 del Código de Comercio señala las condiciones de forma a que, además de las generales de todo título valor, ha de sujetarse el cheque para poder ser tenido como título valor típico conforme con lo dispuesto en el artículo 620 del mismo Código.

Es decir que el cheque deberá: 1o.) llevar fecha (si no se menciona, será la de su entrega art. 621, último inciso); 2o.) Indicar el lugar de su expedición (si no, lo será el del domicilio del creador, art. 621 inciso segundo); 3o. Mencionar el derecho que en él se incorpora (art. 621 ordinal 1o.); 4o.) Estar firmado por quien lo gira (art. 621 ordinal 2o.); 5o.) Contener una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero (art. 713, ordinal 1o.); 6o.) Señalar el nombre del banco librado (art. 713 ordi-

nal 2o.) 7o. Indicar si es pagadero a la orden o al portador (art. 713 ordinal 3o.). Además corresponder al formulario que imprima el banco respectivo, o que se haya impreso con su autorización como lo prescribe el art. 712 del Código.

"Se trata de documento formal, dice Posse Arboleda, como la letra o el pagaré, o cualquier título, cuya validez depende del cumplimiento de las normas legales que determinan cuáles son las condiciones que ha de llenar el título, y es evidente que la posibilidad de incluir cláusulas especiales dentro del instrumento está regulada expresamente por el legislador" (Los Títulos Valores en el Código de Comercio, ed. 1980, pág. 133).

13.1 Como el cheque es un instrumento de pago y en razón de esa finalidad el artículo 713 del Código de Comercio dispone que éste debe contener: "La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero", lo que significa que tan pronto como se le presente al girado, éste debe atender la orden de pago que se le ha dado entregando a su beneficiario la cantidad de dinero que en él se señala, es forzoso concluir que cuando el derecho a ese pago se subordina a una modalidad que le resta al tenedor la posibilidad de pago inmediato, el título que en esas circunstancias se haya emitido, no tiene en rigor el carácter de cheque, y por lo tanto no está llamado a producir los efectos que como a tal corresponden según la ley.

En respaldo de lo dicho viene el art. 620 del Código de Comercio, cuando perentoriamente establece: "Los documentos y los actos a que se refiere este título (III) sólo producirán los efectos en él previstos, cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma... (rayas fuera de texto).

14. Según lo muestran los autos, la parte demandada apeló del auto ejecutivo (fls. 31 y ss, c. 1) y en la sustentación del recurso (fl. 50 ib.) expuso ante el ad—quem: "En el auto de 2 septiembre/91 el a—quo mantiene el mandamiento de pago diciendo que la exigibilidad está referida al elemento temporal el cual dice que una obligación sea pura y simple, a plazo o condicional, de modo que en tratándose de obligaciones condicionales la prestación solo se hará exigible una vez acaecido el hecho del cual se hizo depender su demandabilidad (auto, hoja 3, primer párrafo), sin advertir que éste es el caso del cheque girado por EMTEC LTDA., al haber sometido su

exigibilidad al cumplimiento previo de una condición sin la cual su tenedor tenía que saber de antemano que el Banco denegaría el pago por falta de los cuatro sellos. Y por esta razón es que insistimos en que el título base de esta ejecución no reúne a cabalidad los presupuestos necesarios para adquirir la connotación de 'ejecutivo', pues la obligación en él contenida no es exigible por incumplimiento de la condición impuesta por el girador y conocida por el tenedor".

Mas, acudiendo al texto de la providencia del 27 de enero de 1992 (fl. 53, c. 1), no se encuentra que el Tribunal se hubiera pronunciado expresamente sobre ese punto.

Siendo así las cosas, y como uno de los fundamentos del recurso de apelación, es el mismo que se trae a debate en las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada (fl. 62, c. 1), bien vale la pena hacer notar de los magistrados demandados, que un estudio completo del punto en discusión, habría evitado el trámite del incidente de excepciones que concluyó con decisión adversa a la parte demandante, como el procedimiento que se surtió, ante el Tribunal con ocasión del recurso de apelación que interpuso la parte demandada, contra la sentencia de primer grado.

15.Es de destacar que los conceptos de Trujillo Calle y de la Superintendencia Bancaria, acompañados con la demanda de responsabilidad civil, sirven para sustentar la sentencia del Tribunal, contrario a lo que afirma la parte demandante.

De modo que como la omisión de tales menciones y requisitos, le resta eficacia al título que se trata de crear, es de rigor aceptar que quien así lo adquiera posteriormente, corre el riesgo de que su pedido se encuentre frustrado por cuanto cambiaría que ejercita no surja del documento como normalmente debía surgir, precisamente porque su mismo texto no se ajusta a las formas que la ley exige, esto es que faltando la firma como según lo estipulado debía estamparse, no alcanza a ser el título valor que teniéndola sería.

16.Autores en la materia opinan: "El cheque tiene una vida precaria: debe ser presentado y cubierto por el Banco dentro de los plazos y términos que fija la ley. Es solamente una orden de pago ya que como dice el maestro Tena, no tiene otra finalidad y por ello no podemos aceptar que el

cheque sea, además un instrumento de circulación. Comenta el ilustre tratadista: 'podrá suceder de hecho que mientras el tomador del documento lo presenta al Banco para hacerlo efectivo, lo endose o entregue a otra persona, ésta a otra y así sucesivamente, hasta presentarse por la última al librado. El título ha circulado en ese caso, pero no se emitió con ese fin ni es eso lo que emerge de su naturaleza; la circulación del título ha sido una circunstancia accidental, adventicia, incapaz de afectar su naturaleza.

"...Si es tan breve la vida que tiene el cheque en el mundo de los negocios, ello justifica que no pueda considerársele sino como un instrumento de pago. Al respecto, dice don Felipe de J. Tena: *'El cheque presupone una provisión constituida precisamente en dinero, exigible, o más exactamente, disponible en el momento de la expedición del título lo cual constituye el más notable contraste con la letra de cambio, y al mismo tiempo la diferencia trascendental'...*" (El cheque, Juan José González Bustamante, pág. 33).

"El derecho que se adquiere mediante el cheque es el derecho a cobrar una cantidad de dinero en lugar determinado y al vencimiento que se determina por el tenedor del título dentro de los términos legales. El derecho a ese pago no puede subordinarse a ninguna condición o contraprestación. Si la cantidad debe estar a disposición del tenedor, es evidente que su pago no pueda subordinarse a otros hechos, excepto el de la presentación del título. El cheque girado por la cantidad que resulte de la liquidación de una cuenta, es sujeto a la condición de... no son cheques y no producen efectos de tales..." (Derecho Mercantil, César Vivante, 1a. edic. págs. 506 y 507).

De modo que para que el banco librado tenga que atender la orden incondicional de pago, el instrumento debe acomodarse a la plenitud de las formas, como que si alguna falta no es cheque y puede negarse a pagarlo.

Por consiguiente, si en el caso de que se trata, el cheque No., 0015791 librado por Emtec Cía Ltda. contra el Banco Unión Colombiano por la suma de $1'650.000.oo, a favor de Cuéllar Antonio el 21 de junio de 1991, desde el momento de su creación se emitió con la nota que se le impuso al dorso "ESTE CHEQUE PARA SU VALIDEZ DEBE LLEVAR CUATRO (4) SELLOS DEBIDAMENTE REGISTRADOS ANTE EL BANCO", ha de concluirse que como esa modalidad no se cumplió, su omisión le restó eficacia de título valor como cheque, conforme a lo establecido por el artí-

culo 620 ibídem, y esa deducción la basó el sentenciador en las interpretaciones que los textos legales permiten y en la doctrina que citó, no puede constituir un error inexcusable. Muchísimo menos si la aclaración de voto demuestra los diversos razonamientos que apoyados en la ley se debatieron en el seno del órgano colegiado, discrepancias fundadas indiscutiblemente en la complejidad del asunto y en la manera como están concebidos los preceptos jurídicos pertinentes.

17. Por otra parte y como es muy claro que el registro en el Banco de la firma del titular de cuenta corriente se halla en función del contrato respectivo, para seguridad de ambas partes, como también en orden a la asunción del riesgo bancario que funda la presunción de responsabilidad por el pago de cheques adulterados, debe colegirse que en la ejecución del contrato, el banco tiene que ajustarse estrictamente a los términos de la convención, entre los verificar si el cheque que se le presenta para su pago, está completo en cuanto a firmas y sellos se refiere, a riesgo de que incurra en responsabilidad contractual, por incumplimiento de ese pacto.

Precisando *los alcances del contrato de cuenta corriente bancario*, tiene dicho la jurisprudencia:

'El cheque bancario, cuya principal función radica en servir como documento de pago y por ello es en esencia un subrogado de la moneda, encuentra su origen en la cuenta corriente, la cual surgió como contrato desde el mismo momento en que los instrumentos de crédito fueron una necesidad del auge económico de la sociedad.

"Por virtud del contrato de cuenta corriente, que presupone que entre un cliente y un banco medien continuadas relaciones de crédito, éste se convierte entonces en una especie de delegado de aquél en los muchos encargos que le confía. Característica peculiar de este pacto ha sido siempre la de que las consignaciones que efectúa el titular de la cuenta y otra persona a su nombre, son acreditados por el banco, al cual se transfieren en propiedad; de ahí que los establecimientos bancarios dispongan del valor de los saldos en cuentas corrientes como dineros propios en todas sus operaciones.

"A términos del inc. 1o. del art. 1382 del Código de Comercio Colombiano 'por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de

sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el Banco'.

"De conformidad con la norma transcrita, y según también las demás disposiciones que en la legislación positiva en Colombia son las regulativas de este contrato, la cuenta corriente tiene, entre sus características, la de ser consensual y bilateral. Lo primero, porque para su perfeccionamiento sólo se requiere el consentimiento de las partes: el recibo de depósito expedido por el Banco constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente, a términos del art. 1386 ejusdem; y lo segundo, porque una vez ajustado el pacto se producen para los contratantes una serie de derechos y de obligaciones, que básicamente son los previstos por los arts. 720, 1382, 1385, 1388 y 1391 de la obra citada.

"La principal obligación que como efecto del contrato de cuenta corriente asume el Banco es la de pagar en principio hasta el importe del saldo disponible del librador, los cheques que éste gira contra su cuenta.

"A fin de que el Banco pueda cumplir cabalmente esta obligación y el cuentacorrentista ejercer el derecho correlativo, en la práctica aquél comienza por entregar a éste, reunidos en un talonario, un número plural de formularios o esqueletos que contienen impresas todas las indicaciones y los requisitos del cheque, dispuestos por el Banco con observancia de las exigencias legales pertinentes naturalmente, con espacios en blanco, en relación al lugar y a la fecha de emisión, a la suma, al nombre del beneficiario y a la firma del librador

"Si bien empleando la diligencia y cuidado debidos en su vigencia mientras ellos estén en su poder, de tales modelos el cuentacorrentista puede servirse libremente; pero, y según lo manda el art. 1389 ibídem, una vez extinguida la cuenta corriente debe devolver al banco los formularios de cheques no utilizados.

"Como es obvio, el mecanismo indicado como primera ejecución en el contrato de cuenta corriente no pone a salvo la posibilidad de frecuente ocurrencia en los tiempos modernos, de que el cheque sea emitido por persona diversa del cliente del Banco, y que careciendo de poder para hacerlo, emplee formularios entregados por el girado al cuentacorrentista, de los cuales esa persona, se apropia, a consecuencia de pérdida o sustracción de

ellos, y en los cuales falsifique la firma del librador para cobrar sumas que el Banco tiene a disposición de éste. De ahí nace el problema de saber, a quién corresponde jurídicamente soportar las consecuencias del cobro indebido" (Sent. 29 nov. de 1976, Jurisprudencia de la Corte, pág. 249).

De modo que como la argumentación del Tribunal contenida en este pasaje de la sentencia: "Luego es preciso convenir con que al consignarse tal circunstancia a través del ameritado sello, el librador no hizo más que hacer conocer tanto del inicial tenedor como de los terceros a quienes posteriormente les fuera trasmitido por endoso, que no podría ser negociado o transferido porque el girado jamás lo atendería en ausencia de las exigencias impuestas por el librador bien al momento de la apertura de la cuenta corriente o ya posteriormente pero de todas formas actuales al instante de entregarse al beneficiario..." (fl. 96, c. Corte), no resulta desacertada, ya que en realidad de verdad al estar subordinado el pago del cheque a la presencia de cuatro sellos, el banco girado corrientemente no lo pagaría mientras no estuviera completo en su forma externa; luego la consideración que en ese punto hizo el **ad quem**, se ajustó exactamente al convenio que existía entre el Banco y el librador (fls. 126 a 128, c. 2).

18 Por lo demás, si el sello de que se trata se colocó en el acto mismo de su creación, era obvio suponer que tanto el tenedor inicial como los adquirientes posteriores, se enteraron de la condicionalidad del cheque, como de su eventual impago por el girado.

Y si como se vió la orden incondicional de pago que debe contener el cheque, es una exigencia del carácter legal que tiende a darle al título valor sus verdaderos efectos —servir solamente como instrumento de pago— resulta obvio que si al cheque se le resta esa posibilidad de pago inmediato, no puede decirse que su circulación en esas condiciones sea eficaz, ni menos que su transferencia resulta válida frente a terceros. La misma condicionalidad del cheque pone en duda la certeza del derecho que se transfiere; así como la eventual satisfacción de los derechos que en él se incorporan, si, como en este caso, faltaba llenar una formalidad que en el documento mismo se indicaba.

Estimó el Tribunal que el cheque no era negociable; y que por esa razón, el actor no estaba legitimado para demandar. Y en apoyo de su tesis citó al tratadista Bernardo Trujillo Calle.

Dijo el Tribunal: "No es exacto predicar, como se ha hecho, que la imposición de una cláusula de tal naturaleza y como la que se analiza, sea elemento extraño al título-valor ni que tenga sólo vigencia entre librador y librado en virtud del contrato de cuenta corriente.

"La misma, para supuestos como el que se examina, más que necesaria se tornaba imperiosa por las circunstancias que se han puntualizado. *Y su presencia no tenía otro fin más que el de evitar que se produjeran los efectos propios de esta clase de título llamados a circular, por endoso* mientras no reuniera las formalidades que eran propias del mismo, entre ellas la exigencia de los cuatro sellos única forma en que el girado atendería su pago.

"Si esto es así, de que un título no sea negociable 'se derivan consecuencias importantes —al decir de Trujillo Calle – como la falta de legitimación,' pensamiento que apoya en el autorizado criterio de Felipe de J. Tena', el cual llega incluso a negar los principios de la autonomía, la literalidad y la solidaridad por efectos de esa cláusula (ob. cit. pág. 328).

"No existirá ciertamente esa legitimación por cuanto, al recibir el tenedor el título sin el lleno de los requisitos que debe contener, aparece incompleto y por consiguiente sin posibilidad alguna de que produzca los efectos que le son propios entre otros el de ser un medio inmediato de pago..." (fls. 98 a 99, c. Corte).

Luego si el Tribunal apoyado en el concepto de un tratadista nacional, cuya versación en el tema no se pone en duda, encontró que por razón de la cláusula que al cheque se le impuso, éste no se hizo negociable por ser incompleto, esa consideración descarta cualquier error inexcusable en el punto, puesto que no obedece a ignorancia ni a arbitrariedad. Por lo demás, si se examina en su texto el artículo 715 del Código de Comercio éste permite hallar la interpretación que le encontró el ad-quem.

19. En su aclaración de voto, los magistrados aquí demandados, manifestaron:

"En efecto, partiendo de la consideración fundamental consistente en que el librador colocó en el mismo acto de creación esas expresiones, las que, por lo mismo, en ese momento conoció el tomador o beneficiario, creemos entonces que lo que *afecta al cheque, desvirtuándolo como tal, es la*

irregularidad referida al requisito exigido en el artículo 621 numeral 2o. del Código de Comercio, esto es, por estar incompleta la firma del creador del título, lo que desde luego trasciende a los demás poseedores del mismo, ya que éstos también debían estar enterados de dicha informalidad.

"La anterior situación de hecho se ubica, por tanto en la hipótesis de que trata el numeral 4o. del artículo 784 citado, según la cual, frente a la acción cambiaria procede la excepción apoyada 'en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no suple expresamente' y no en la causal 6a. de la misma disposición..." (fl. 102, c. Corte).

20. Como el artículo 620 del Código de Comercio advierte en forma indubitable que la falta de los requisitos fijados en la ley para cada título hace que el documento no sea eficaz como el título valor específico, ha de seguirse que siendo de la esencia del cheque que éste contenga la firma de quien lo crea, la cual puede estar o no acompañada de otro u otros signos, tal como lo acepta la doctrina nacional, la falta de este requisito necesariamente da lugar a la excepción de que trata el numeral 4o. del artículo 784 ibídem. Y si en ese sentido se pronunció el Tribunal, en su aclaración de voto, para llegar también a la inexistencia del cheque, no hay el error inexcusable que el demandante imputa para deducir responsabilidad civil. Esa mera circunstancia, anotada arriba, es evidente demostración de que es imposible que en este caso hubiera error y menos con la categoría de inexcusable.

"Por razones de seguridad a veces se acuerda que entre librador y el librado que el primero, además de su firma, agregará en el cuerpo del título alguna señal especial impuesta mecánicamente. En tal caso debe afirmarse que la firma es completa cuando concurran tanto la firma propiamente tal, como el aditivo mécanico" (Títulos Valores, Ramiro Rengifo, 6a. edic., pág. 241).

20.1. Lo dicho es suficiente para concluir que no prospera la pretensión de la parte demandante.

Cabe poner de presente que conforme con lo que dispone el art. 40 del Código de Procedimiento Civil en su inciso final, para el evento en que se absuelva al demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos. Y siendo ésta la situación que se contempla en el caso que aquí se decide, procede entonces san-

cionar a la parte demandante en las costas del proceso, con la improsperidad de la pretensión de responsabilidad civil y en multa.

La condena en perjuicios procede en abstracto para su liquidación posterior por el trámite incidental, pues se estima no aplicable aquí la regla general contenida en el inc. 1o. del art. 307 del C. de P. C. que dispone se haga la condena por cantidad y valor determinados, advirtiendo que en relación con los perjuicios morales, dado que el mero hecho de imputarle al juzgador un cargo totalmente infundado es base para entender que se han causado, se fijará también si fuere el caso conjuntamente con la liquidación aludida.

En efecto, puesto que la condena a pagar los perjuicios ocasionados con la demanda ordinaria de responsabilidad, tiene causa en la absolución de los funcionarios demandados, mal podría el demandante ser condenado en concreto, en detrimento de su derecho de defensa, que no podría ejercitar por anticipado. Debe aplicarse por analogía (arts. 8 de la Ley 153 de 1887, 5 y 37, num. 8, C. de P. C.) lo dispuesto por el legislador para casos similares, como ocurre respecto del art. 384 del C. del P. C. para el evento de que se declare infundado el recurso extraordinario de revisión, o respecto del art. 510 ibídem, para el evento de que la sentencia de excepciones, en procesos ejecutivos, sea totalmente favorable al demandado. En estos casos se condena al demandante en perjuicios, pero se dispone su liquidación mediante incidente, por razones que no pueden ser otra que la preservación del derecho de contradicción y defensa del condenado (Sentencias del 19 de julio de 1990 y 20 de mayo de 1991, no publicadas aún).

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,

Resuelve:

1o. NEGAR las pretensiones de la demanda, y, en consecuencia, absolver a los demandados Ariel Salazar Ramírez, César Julio Valencia Copete y Clara

Inés Vargas Hernández, de los cargos formulados en la misma por Ibo Roa Roa.

2o. CONDENAR al demandante Ibo Roa Roa a pagar la suma de diez mil pesos ($10.000) por concepto de multa.

Para el cobro de esta sanción, por la secretaría de la Corte se remitirá al funcionario correspondiente copia de esta sentencia, una vez esté en firme.

3o. CONDENAR a la parte demandante Ibo Roa Roa a pagar a los demandados los perjuicios a ellos causados con este litigio, los que serán liquidados mediante incidente, tal como se explicó en la parte motiva.

4o. CONDENAR en costas a la parte demandante. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente en su oportunidad.

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

EXHIBICION DOCUMENTAL / INSPECCION JUDICIAL / LIBROS DE COMERCIO / SUPLICA

1). En el presente caso, no se cumplió con los requisitos exigidos para tal efecto por el artículo 284 del C. de P.C., para que se decretara la exhibición de los documentos materia de inspección judicial.

2). El cumplimiento de tales requisitos adquiere especial connotación legal en tratándose de exhibición de libros y papeles de los comerciantes.

3). Improsperidad en este evento, del recurso de súplica.

F. F.: C. de P.C. Art.: 247, 284, 285, 61, 62, 63, 64, 65 ibídem; C. de P.C. Art.: 288, 363 ibídem.

Corte Suprema de Justicia - Sala de casación civil — Santafé de Bogotá, veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994)—

Magistrado ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Expediente No. 4846. Auto No. 236

Decídese el recurso de súplica formulado contra el auto de 15 de junio del año en curso, proferido por el Magistrado ponente en el trámite del recurso de revisión interpuesto por Fernando Antonio Pérez Salazar y Gabriel Romero Peña contra la sentencia de 29 de enero de 1992, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en el proceso ejecutivo promovido por el Banco Ganadero de Bogotá —Sucursal Chapinero—, por medio del cual se abrió a prueba el aludido recurso, pero denegó la práctica de la inspección

judicial con exhibición de documentos, solicitada por los demandantes en revisión.

I. Antecedentes

1. Agotado el traslado de la demanda contentiva del aludido recurso extraordinario, el Magistrado ponente, mediante el auto de fecha precitada, abrió a pruebas la actuación, decretando las solicitadas por las partes, con excepción de la "...inspección judicial con exhibición de documentos...", pedida por los recurrentes en revisión, por cuanto consideró que "...el peticionario de la prueba conjunta no cumplió con las exigencias legales previstas para el trámite de la exhibición en el inciso 1o. del artículo 284 del Código de Procedimiento Civil".

2. Dicha providencia, en cuanto negó la práctica de aquella prueba, fue recurrido en súplica por los interesados en su diligenciamiento, apoyados en que "...tal como está formulada la solicitud, cumple con los requisitos señalados en el inciso 1o. del artículo 284 del Código de Procedimiento Civil...", por las siguientes razones: "a) del texto mismo de la demanda se desprende que el hecho básico que se pretende demostrar es el de '...haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella...'; b) la solicitud de exhibición se refiere a documentos que por su naturaleza se encuentran en poder del demandado y así se infiere del contenido de la solicitud; c) esta, además, establece con precisión la clase de aquellos documentos y la relación con el hecho a demostrar". Agregan que, como de conformidad con el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, "...la demanda debe ser un todo coherente y así debe interpretarse...", la presentada en este caso "...va dirigida a obtener la revisión de una sentencia por cuando después de proferida se estableció que existían, en poder del demandado, Banco Ganadero, documentos que habrían variado su decisión; y, la prueba solicitada va encaminada a establecer que aquellos documentos son los mismos cuya copia se acompañó con la demanda".

II. Consideraciones

1. De conformidad con el artículo 247 del Código de Procedimiento Civil, cuando la inspección judicial versa sobre cosas muebles o documentos que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros, "...se observa-

rán previamente las disposiciones sobre exhibición", las que se encuentran contenidos, de manera general, en los artículos 284 y 285 de la misma codificación procesal civil.

2. Al tenor de la primera de las normas mencionadas, quien pida la exhibición "...expresará los hechos que pretende demostrar y deberá afirmar que el documento se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlo, la clase y demás características de él...". Y, el juez "...decretará la exhibición si la solicitud reúne los anteriores requisitos y señalará fecha, hora y lugar de la diligencia", formalidades que no responden al mero capricho del legislador, sino a la necesidad de verificar la disponibilidad del documento como medio de prueba, establecer la eficacia probatoria del mismo y deducir las consecuencias derivadas de las hipótesis de oposición y de renuencia a la exhibición, por cuanto el inciso primero (1o.) del artículo 285 ibídem, que resulta pertinente a este caso, prescribe, a su vez, que "si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de la ejecutoria del auto que la decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, *tendrá por cierto los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición*, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez le señale".

3. Del capítulo pertinente de la demanda contentiva de la referida impugnación extraordinaria, se establece incuestionablemente que lo solicitado por los recurrentes en revisión es una inspección judicial sobre los documentos allí relacionados, razón por la cual la petición respectiva estaba sujeta al cumplimiento de los requisitos previstos, tanto para el decreto y práctica de esta probanza como para los de la exhibición, según lo dispuesto para el caso por el artículo 247 del Código de Procedimiento Civil y, en tal evento, la práctica de esta última probanza sólo podía decretarse en la medida en que la solicitud correspondiente cumpliera los requisitos determinados en el inciso primero del artículo 284 *ejusdem*; sin embargo de ser ello así, la aludida solicitud ciertamente no reunió los requisitos exi-

gidos para tal efecto por el precitado artículo 284 ibídem, para que se decretara la exhibición de los documentos materia de la inspección, como fácilmente se deduce de la lectura del capítulo respectivo, como quiera que aunque los recurrentes determinaron la clase y demás características de los documentos materia de la inspección judicial, no expresaron los hechos que pretendían demostrar, ni afirmaron que los aludidos documentos se encontraban en poder de la persona llamada a exhibirlos.

4. Ahora bien: el cumplimiento de tales requisitos adquiere especial connotación legal en tratándose de exhibición de libros y papeles de los comerciantes, por cuanto en el punto no sólo impera la severa legislación mercantil prevista en los artículos 61 a 67 del Código de Comercio, sino que el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil que autoriza la exhibición de ellos, preceptúa que "...la diligencia se practicará ante el juez del lugar en que los libros se lleven y se limitará a los asientos y papeles que tengan relación necesaria con el objeto del proceso y la comprobación de que aquellos cumplen con las prescripciones legales", determinándose que "el comerciante que no presente alguno de sus libros a pesar de habérsele ordenado la exhibición, quedará sujeto a los libros de su contraparte que estén llevados en forma legal, sin admitírsele prueba en contrario, salvo que aparezca probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado sumariamente una causa justificativa de su renuencia, dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la exhibición, presente los libros en la nueva oportunidad que el juez señale"; y, al tenor del artículo 67 del ordenamiento mercantil "si el comerciante no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, oculta alguno de ellos o impide su examen, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para estos hechos es admisible la prueba de confesión".

5. De manera que los argumentos expuestos por los recurrentes en súplica para obtener la revocatoria de la providencia, en la parte que les denegó el decreto y práctica de la inspección judicial sobre tales documentos, tampoco alcanzan a suplir aquellas deficiencias, particularmente si, como lo reclaman los impugnantes, se tiene en cuenta la causal de revisión por ellos invocada, por cuanto dada la relación de los hechos narrados para sustentarla, se hacía imperioso determinar cuál o cuáles de los diecisiete supuestos fácticos relatados pretendían demostrarse por intermedio de la exhibición, reiterándolos de manera clara y precisa, para que una vez cons-

tatada la disponibilidad de tales documentos y su eficacia probatoria en el caso concreto, también se podieran extraer, al culminar la instancia, las consecuencias legales en las hipótesis de oposición y renuencia, según los hechos denunciados fueren o no susceptibles de confesión.

6. De consiguiente, como la petición para el decreto y práctica de la inspección judicial se formuló de manera genérica, sin la observación previa de las disposiciones relacionadas con la exhibición, privando al juzgador de la posibilidad de determinar con certeza, dentro de los hechos narrados, cuáles pretendían ser demostrados con la exhibición, la providencia que denegó su diligenciamiento no merece reparo alguno, razón por la cual el recurso en estudio resulta impróspero.

III Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, niega la revocatoria del auto de fecha precitada, materia del recurso de súplica.

Notifíquese.

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

CASACION - Justiprecio / DICTAMEN PERICIAL / CASACION - Cuantía

Tiene el justiprecio pericial una especial fuerza vinculante para las autoridades judiciales involucradas en el trámite, habida consideración que en caso de ser acogido por el tribunal, la Corte no puede inadmitir el recurso bajo el pretexto de que el perito se equivocó al avaluar la cuantía del interés y así mismo cuando se deniega el recurso porque el justiprecio muestra un resultado cuantitativo inferior al límite legal, la Corte tampoco puede separarse del experticio.

F. F: C. de P.C. Art.: 366, 372 inc. 2; Decreto Num.: 522 Año: 1988 Art.: 2 y 3.

CASACION - Procedencia

Para la procedencia del recurso de casación debe considerarse el valor actual de la resolución desfavorable a quien dicho medio de impugnación hace uso y no el que hubiere sufrido al inicio del proceso o el que pudiere experimentar en el futuro si acontecieran hechos que no están comprendidos dentro del litigio.

F. F: C. de P.C. Art.: 366.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de Julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: Expediente No. 5088. *Auto No. 237*

Mediante escrito elevado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el demandante en el proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual de RAFAEL ANTONIO GUTIERREZ CESPEDES contra la PROMOTORA DE LA INTERCONEXION DE LOS GASODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA S. A. "PROMIGAS S. A.", interpuso recurso de queja para obtener de la Corte, a través de su Sala de Casación Civil, la concesión directa del recurso de casación contra la sentencia dictada en ese proceso el 5 de mayo de 1993 y que, en providencia del veintitrés (23) de mayo del presente año, denegó el mismo tribunal.

I. Antecedentes

1. En el asunto que hoy ocupa la atención de la Corte y por considerarse que no estaba determinado el interés para recurrir en casación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla acudió al sistema previsto por el Código de Procedimiento Civil en el inciso 1o. del artículo 370, ordenando el justiprecio pericial de dicho interés.

2. El perito designado para tal efecto, en dictamen rendido el 4 de marzo del corriente año, partiendo de que "el demandante reclama que se le paguen los cánones de arrendamiento no pagados desde el mes de marzo, los gastos de administración y los servicios públicos, los perjuicios ocasionados con la retención de las escrituras que acreditan la propiedad, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la compraventa, y demás perjuicios que resultaren probados", individualizó cada uno de dichos rubros avaluándolos por separado para luego arrojar un interés total para recurrir de $10'726.050.

3. Del dictamen así presentado se corrió traslado a las partes y aunque éstas, en forma oportuna, no se manifestaron al respecto, la magistrada ponente consideró procedente solicitar al perito aclaración y complementación del experticio en cuanto a las sumas canceladas por cánones y/o administración y pago de servicios públicos, y precisión sobre de dónde proviene la cifra atribuida a perjuicios por retención de documentos, solicitud frente a la cual el perito, el 22 de abril, amplió su dictamen explicando como había obtenido los rubros trabajados y corrigiendo algunos de ellos lo que le dió un avalúo total de $12'934.910 como "la cuantía actual de las pretensiones de la demanda" reiterando lo que específicamente solicitó el demandante en las pretensiones de la demanda, dictamen este último que

fué puesto a consideración de las partes por el tiempo de ley sin observación de ninguna clase por parte de ellas.

4. La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 23 de mayo denegó el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandante, teniendo en cuenta que el perito designado para determinar el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente, lo fijó en $12'934.910 con fundamento en las pretensiones deducidas en la demanda que hacen relación a los daños y perjuicios ocasionados al actor por PROMIGAS S.A. "por concepto de cánones de arrendamiento no pagados desde marzo del presente año (1988) o los valores equiparados a los últimos cánones pagados; los gastos de administración y los servicios públicos que se deban desde ese mismo mes y año; los perjuicios que me ha ocasionado con la indebida retención de las escrituras que me acreditan como legítimo propietario del mencionado inmueble; los perjuicios que por su culpa me ocasionó el incumplimiento de la compraventa (promesa) suscrita con el doctor José Gregorio Gómez y demás perjuicios que le resulten probados en este proceso, cuantificado a marzo de 1994, es decir, apreciada bajo el límite impuesto por el actor en su libelo hasta el presente".

5. Frente a tal decisión se presentó recurso de reposición y en su defecto queja, impugnación que en su parte inicial fue rechazada por considerar el tribunal, desconociendo el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, que contra dicho auto no procede el recurso de reposición, pero en subsidio ordenó las copias para que se surta la queja de acuerdo con la ley.

6. En el memorial con que sustenta el recurso presentado, el demandante trae varios argumentos orientados a descalificar la sentencia que, por no ser ésta la oportunidad, no se tendrán en cuenta y solo se analizaran los que tienen que ver con la negativa del tribunal a conceder el recurso de casación por considerar que en este asunto el interés para recurrir no alcanzaba el límite exigido por la ley para su procedencia. A este respecto dice el impugnante que se aduce ahora una "futil" prueba económica "elaborada amañadamente por un perito único que no quiso incluir en su peritación el valor de las oficinas que también son objeto de demanda" y que deberán considerarse en la valoración del interés para recurrir "por la sencilla razón de que habían ocurrido nuevos hechos dañosos de la demandada, debidamente denunciados en el proceso penal de quiebra que se sigue (...) contra

(...) 'Emtabaco' Ltda", además afirma que se designó solo un perito contraviniendo lo dispuesto por el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil que dice que "en los procesos de mayor cuantía la peritación se hará por dos peritos..." y finalmente señala que existe otro hecho nuevo "desarrollado bajo el apoyo de la demanda" consistente en que judicialmente se ha ordenado el remate de las oficinas en cuestión, precisamente por el no pago de las expensas de administración objeto de la demanda.

Puestas así las cosas, teniendo en cuenta que la queja fué preparada e introducida de conformidad con el procedimiento sobre el particular instituído en el artículo 378 de Código de Procedimiento Civil, es del caso resolver acerca de los motivos invocados para sustentarla y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes

Consideraciones

1. El artículo 366 del Código de Procedimiento Civil dispone que para la procedencia del recurso de casación debe considerarse el valor actual de la resolución desfavorable a quien de dicho medio de impugnación hace uso y no el que hubiere sufrido al inicio del proceso o el que pudiere experimentar en el futuro si acontecieran hechos que no están comprendidos dentro del litigio tal como fue planteado por el demandante al formular las pretensiones que lo originaron.

Así las cosas, en la etapa previa en la cual ha de examinarse por el juzgador de instancia la admisibilidad del recurso de casación para verificar si cabe darle entrada o no, en un buen número de casos desempeña un papel importante el procedimiento previsto en la ley para el justiprecio de la cuantía del interés para recurrir, habida consideración que en supuestos de esa clase, es decir cuando la cuantía es factor que por mandato de la ley tiene que incidir en la procedencia de la vía impugnativa en cuestión y donde además tal estimación sea dudosa — condición que se da tan sólo si del proceso no fluye indubitable el valor del agravio que la sentencia le ocasiona al recurrente- , se requiere entonces la intervención de un experto que estudie y avalúe económicamente la repercusión desfavorable que la decisión judicial tenga sobre la posición procesal concreta hasta ese momento adoptada por quien recurre en casación y así, mediando el respectivo experticio, dictamine si por la cuantía de ese perjuicio y ante el texto del primer inciso del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil,

norma que siempre debe leerse en concordancia con los artículos 2o., y 3o. del Decreto 522 de 1988, es procedente el recurso.

En efecto, de dicho procedimiento se ocupa el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil y al tenor de esta disposición debe advertirse el grado excepcional de eficacia con el que este precepto reviste al justiprecio pericial del que se viene hablando, en primer lugar, una vez practicado y presentado no es objetable, ello desde luego sin perjuicio de la posibilidad con que cuenta el litigante interesado de pedir aclaración o complementación en supuestos de fundamentación insuficiente; y de otro lado, en tanto sea completo por haber tomado como objeto de observación y examen, recta y cabalmente, aquellos elementos que la ley manda tener en cuenta al señalar que debe estimarse en cifra numérica "....el valor actual de la resolución desfavorable...", tiene el ameritado dictamen una especial fuerza vinculante para las autoridades judiciales involucradas en el trámite, habida consideración que en caso de ser acogido por el tribunal, la Corte no puede inadmitir el recurso bajo el pretexto de que el perito se equivocó al avaluar la cuantía del interés (inciso 2o. del artículo 372 del Código de Procedimiento Civil), y asimismo cuando se deniega el recurso porque el justiprecio muestra un resultado cuantitativo inferior al límite legal, la Corte tampoco puede separarse del experticio, todo esto por cuanto así como es vinculante para ella la determinación del juzgador de instancia cuando éste, con la ayuda de un peritazgo acabado, serio y razonado, constata la cuantía en cifra que supera dicha limitación, del mismo modo esa decisión tiene que ligar a la Corte cuando el avalúo es por suma inferior y en consecuencia el derecho a recurrir por vía de casación no existe.

2. Entendidas así las cosas, frente a un recurso de esa naturaleza que la parte actora interpuso con el propósito de lograr la infirmación total de la sentencia que, cual ocurre con la providencia que le puso fin a este proceso en segunda instancia y según se desprende con claridad del dictamen pericial rendido, representa para el recurrente un agravio, lesión o perjuicio cuyo valor actual al momento de proferirse aquél fallo era inferior al exigido por la ley, preciso es dar por sentado que el auto del tribunal, absteniéndose de conceder el aludido recurso por ausencia de uno de los requisitos que lo hacen viable, cuenta con firme sustento en la ley, luego también la Corte ha de estarse a la estimación cuantitativa contenida en el dictamen y por ende, la queja aquí interpuesta no puede recibir despacho favorable.

No sobra, sin embargo, señalar que en materia de fijación del valor del interés para recurrir en casación cuando éste no aparezca en el proceso y se requiera para calificar la procedencia del recurso, específicamente el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil señala que "el tribunal dispondrá que aquél se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente", es decir que para nada habla de un peritaje producto del trabajo conjunto de varios expertos tal como lo afirma el recurrente en queja; así mismo, debe recalcarse que en el presente asunto el dictamen fué presentado en legal forma y se surtieron los traslados del caso sin que el recurrente solicitare en oportunidad la ampliación que hoy pide y que, según el mismo sostiene, se origina en hechos nuevos que no forman parte del objeto litigado en este proceso sino que se ventilan en otros diferentes, circunstancia de suyo suficiente, como líneas atrás se dejó explicado, para desechar el argumento.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte DECLARA BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de fecha cinco (5) de mayo de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario adelantado por RAFAEL ANTONIO GUTIERREZ CESPEDES contra PROMIGAS S.A.

En firme esta providencia, remítase la actuación al Tribunal de origen para que forme parte del expediente.

Cópiese y Notifíquese

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

CORRECCIÓN MONETARIA

Cada una de las cantidades que deben actualizarse constituye la base que debe ser objeto de reajuste, de lo cual se colige que la actualización resulta de sumar a esa base la variación ocurrida entre la fecha del pago y la del último índice certificado por el DANE —base+variación— . La variación a su vez se obtiene multiplicando la base por el índice final certificado, dividiendo por cien, pues esta corresponde a la devaluación porcentual entre las dos fechas.

Corte Suprema de Jusiticia - Sala Casación Civil - Santafé de Bogotá, Distrito Capital, veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: Expediente Nº 4090. Sentencia No. 092

Al haber prosperado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de noviembre de 1991, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso ordinario instaurado por BLANCA AZUCENA SALAZAR VIUDA DE RODRIGUEZ Y OTROS frente a MANUEL JOSE DEL CARMEN RODRIGUEZ O MANUEL RODRIGUEZ CORTES Y MARTIN OSWALDO RODRIGUEZ CORTES, procede la Corte, como Tribunal de instancia, a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra el fallo de primer grado proferido el 15 de mayo de 1989 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja.

Antecedentes

I.- Mediante 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 domcumento 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 construída, 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 márgen 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 correspondiente, 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 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 intestadas de don JOSE ARISTOBULO RODRIGUEZ CORTES, representada por el cónyuge sobreviviente señora BLANCA AZUCENA SALAZAR VDA. DE RODRIGUEZ y los hijos legítimos ya citados el fundo denominado MONTE OSCURO ubicado en el municipio e 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. Como hechos constitutivos de la causa petendi se invocaron los que a continuación se resumen:

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 aquel, "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 qué 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 la parte demandante, consignaron su respuesta oponiéndose y formulando la excepción de prescripción extintiva de la acción.

IV. Adelantado el litigio, 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 siguientes proveimientos:

"*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 in genere, 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 retensión 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 el 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. Insatisfecha la parte demandada con lo así resuelto, recurrió en apelación, recurso que la Corte procede a resolver como Tribunal de instancia, ante la circunstancia de haberse casado la sentencia de segundo grado y de hallarse incorporada al litigio la prueba oficiosamente decretada.

Consideraciones

1. El quebrantamiento de la sentencia del Tribunal, en virtud del recurso extraordinario de casación, recayó únicamente en el ajuste monetario sobre la cantidad de $70.000.oo que debe restituir la parte demandante a los demandados "a partir de la fecha en que la parte demandante recibió dicha suma" y hasta que el pago se verifique.

En las condiciones mencionadas corresponde a la Corte, en este fallo sustitutivo, corregir el yerro anotado y determinar el ajuste monetario sobre la suma de $70.000.oo partiendo de las fechas en que la parte demandante recibió esa cantidad.

2. La corrección monetaria se hará sustituyendo el punto de partida que tomó el Tribunal "desde la presentación de la demanda", con las datas en que efectivamente la parte actora recibió la referida cantidad con ocasión del "contrato de promesa de venta".

3. Da cuenta el referido contrato de promesa de venta (f. 25 c. 1), que el precio de la finca se acordó en la suma de $100.000.oo, de los cuales CUARENTA MIL PESOS ($40.000.oo) se pagaron el día en que se firmó el documento de promesa, esto es, el 11 de agosto de 1969, y TREINTA MIL PESOS ($30.000.oo) el 30 de enero de 1970 (cláusula segunda).

4. *Tomando las cantidades que deben actualizarse y, con apoyo en las distintas certificaciones expedidas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, allegadas al proceso en virtud del decreto oficioso de pruebas de la Corte, que contienen los índices de devaluación hasta enero de 1994, se procede de la siguiente manera: cada una de*

las mentadas cantidades constituye la base que debe ser objeto de reajuste, de lo cual se colige que la actualización resulta de sumar a esa base la variación ocurrida entre la fecha del pago y la del último índice certificado por el DANE -base+variación-. La variación a su vez se obtiene multiplicando la base por el índice final certificado, dividiendo por cien, pues esta corresponde a la devaluación porcentual entre las dos fechas. En síntesis, y en términos más claros, al capital nominal a restituir se le debe sumar la depreciación ocurrida a ese capital, en el lapso respectivo.

5. En este orden de ideas, la suma de $40.000.oo, recibida el 11 de agosto de 1969, se actualiza según la siguiente operación: base $40.000.oo + variación. Variación = base x índice final, dividido por cien = $5'824.000.oo. Resultado final que arroja la operación = $5'864.000.oo, que es el valor con corrección de la suma de $40.000.oo del 11 de agosto de 1969 a la última fecha de certificación del DANE -enero de 1994-.

6. En forma similar se actualiza la suma de $30.000.oo recibida el 30 de enero de 1970: base $30.000.oo + variación. Variación = base x índice final, dividido por cien = $4'238.100.oo. Resultado final que arroja la operación = $4'268.100.oo, que es el valor con corrección de la suma de $30.000.oo del 30 de enero de 1970 a enero de 1994.

7. Sumadas las cifras actualizadas arrojan un total de $10'132.100.oo, que es el valor equivalente de los $70.000.oo a enero de 1994.

8. Viene de lo dicho, que la decisión de primer grado debe confirmarse, con modificación del ordenamiento "TERCERO", respecto del punto de partida en que debe realizarse el ajuste monetario sobre la suma de $70.000.oo.

9. Finalmente, como el recurso extraordinario de casación sólo prosperó en lo atinente a la corrección monetaria de la suma de $70.000.oo la decisión del Tribunal se reproducirá en lo restante.

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,

Resuelve:

1o. CONFIRMAR la sentencia dictada en este proceso ordinario por el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Tunja, calendada del 15 de mayo de 1989, con la siguiente modificación.

Se reforma el ordenamiento "TERCERO", únicamente en el sentido de que la demandante BLANCA AZUCENA SALAZAR debe restituir a los demandados, la cantidad de $70.000.oo con corrección monetaria, "a partir de la fecha en que la parte demandante recibió dicha suma", vale decir, desde el 11 de agosto de 1969, día en que recibió los primeros $40.000.oo, y desde el 30 de enero de 1970, en que recibió los restantes $30.000.oo, cantidad aquella que con ajuste monetario para el mes de enero de 1994, último mes certificado por el DANE, alcanza la suma total de $16'132.100.oo, suma que se ajustará de la misma forma, hasta el momento en que se realice el pago, quedando vigente en lo demás.

2o. "SEGUNDO: Modificar el numeral segundo de la sentencia apelada el cual quedará así:

"Condenar a los demandados Manuel José del Carmen Rodríguez Cortés o Manuel Rodríguez Cortés y Martín Oswalo (sic) Martínez Cortés a pagar a la sucesión de José Aristóbulo Rodríguez Cortyes (sic) 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".

3o. SIN COSTAS en la segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y devuelvase 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.

AMPARO DE POBREZA / APODERADO

Dos aspectos fundamentales deben considerarse dentro del instituto del amparo de pobreza: el primero, es el de quedar el amparado exonerado de pagar cauciones, honorarios y costas; y el segundo, es el que sin perjuicio de que pueda designar un apoderado para que lo represente en el proceso, el juez le designe uno de oficio, significando lo anterior que no necesariamente quien busca el amparo de pobreza está obligado a contar con un apoderado de oficio.
F. F.: C. de P.C. Art.: 163 Inciso: 2.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dr. Rafael Romero Sierra*

Expediente No. 5072. Auto No. 242

Decídese el recurso de queja interpuesto por Luis Alberto Velásquez García contra el auto de 5 de mayo de 1994, mediante el cual se declaró desierto el recurso de casación formulado contra la sentencia de 10 de marzo del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el proceso ordinario instaurado por María Sonia, Augusto, José Lubier, Wilmar, Emma Shirley y Martha Elisa Velásquez Gómez contra el quejoso.

I. Antecedentes

1. Como ya se dijo, contra la sentencia de fecha y procedencia anotadas el demandado interpuso recurso de casación; como el interés para recu-

rrir no se encontrara determinado, fue designado un perito para que procediera a su justiprecio, quien en el acto de la posesión solicitó la fijación de una suma de dinero para viáticos y gastos, que el ad-quem señaló en $50.000.oo a cargo recurrente, para que dentro del término de tres días éste los cancelara. Transcurrido el tiempo, el auxiliar de la justicia informó sobre el no pago del valor asignado; la secretaría del Tribunal a su vez se refirió a esa misma circunstancia haciendo ver que no existía ninguna consignación al respecto.

Dando aplicación al inciso primero del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, por auto de 5 de mayo de 1994, el Tribunal declaró desierto el recurso de casación y ejecutoriada la sentencia recurrida. Contra esa determinación, el impugnante interpuso reposición con el argumento de estar exonerado de pagar cualquier valor por hallarse bajo amparo de pobreza; en subsidio solicitó la expedición de las copias pertinentes para recurrir en queja.

El Tribunal mantuvo la decisión haciendo énfasis en la carga procesal del recurrente y la necesidad de observar las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, concluyendo que el legislador "...consagró un sanción para la parte que interpone recurso de casación en contra de la sentencia de segundo grado, si por culpa de éste, no se practica el dictamen pericial ordenado por el Tribunal con el propósito de justipreciar su interés para recurrir".

II. Fundamentos de la queja

El quejoso adujo, para tal efecto, que "Fue convocado por los demandantes a proceso ordinario para que se decrete la reivindicación de un predio urbano ubicado en Chinchiná (Caldas), a lo que no solo se opuso sino que formuló demanda de reconvención...".

"Simultáneamente con la contestación de la demanda y con la reconvención... presentó solicitud de amparo de pobreza, mas designó apoderado judicial por su cuenta; beneficio procesal que le fue concedido, mas por haberse equivocado el a-quo al designarle otro apoderado judicial al amparado por pobre, éste hubo de ratificar el poder conferido al apoderado por el designado, al que le reconoció personería el *a-quo*".

"El demandado no solo no ha renunciado ni renunciará ante su incapacidad económica absoluta al beneficio de amparo de pobreza, sino que ha insistido plenamente en él; tampoco obra en el expediente ningún trámite tendiente a la terminación o revocación de este beneficio (art. 167 C.P.C.)".

Agrega además que no se encuentra ningún acto procesal del amparado por pobre que indique su renuncia al amparo "maxime si, por el contrario, ha sido insistente en invocar el beneficio, tal como lo dije en las alegaciones escritas ante el ad quem y en la audiencia de alegaciones que allí solicité". Concluye que estando beneficiado el recurrente en casación con el amparo de pobreza, "es incuestionable que no estaba obligado ni lo está a sufragar ningún gasto procesal, incluido, por supuesto, el monto fijado como viáticos periciales para justipreciar la cuantía (interés) para recurrir en casación", por lo que considera ilegal la declaratoria de deserción del recurso por no cancelar "un rubro que la ley lo exoneraba expresamente de cumplir...".

III. Consideraciones

1. Del contenido del escrito sustentatorio de la queja, se deduce que el recurrente pretende que se revoque el auto impugnado y en su lugar se ordene al Tribunal continuar con el trámite previo a la concesión del recurso de casación.

2. El amparo de pobreza consagrado en el capítulo IV, Título XII, sec. 2a. del Libro 2 del Código de Procedimiento Civil, se concede a toda persona que no se halle en capacidad de atender los gastos de un proceso sin reducir lo que es indispensable para su propia subsistencia, y la de aquellos frente a los que tiene obligaciones alimentarias, negando esta garantía a quien pretenda hacer valer derechos litigiosos a título oneroso.

3. La ley otorga garantía a quien es amparado por pobre, que se traducen principalmente en el aspecto económico y que conllevan a exonerar al amparado, de conformidad con el artículo 163 del Código de Procedimiento Civil, de cumplir con las cargas que en este sentido surgen dentro del proceso y que se contraen a prestar cauciones, expensas, honorarios a los auxiliares de la justicia y costas procesales. De otra parte, le reconoce el derecho para que se le nombre un apoderado judicial, sin perjuicio de que continúe con el que designó para que lo asistiera en el proceso.

4. Dos aspectos fundamentales, entonces, deben considerarse dentro de este instituto procesal en favor de quien no cuenta con recursos económicos que le permitan atender las erogaciones que cause el desarrollo de un proceso judicial. El primero y que resulta fundamental, dada la naturaleza del amparo de pobreza, es el de quedar el amparado exonerado de pagar cauciones, honorarios y costas; y, el segundo, es el de que sin perjuicio de que pueda designar un apoderado para que lo represente en el proceso, el juez le designe uno de oficio, significando lo anterior que no necesariamente quien busca el amparo de pobreza está obligado a contar con un apoderado de oficio.

5. Con fundamento en lo anterior, debe entenderse que los argumentos del quejoso tomaron la vía adecuada para hacer ver que no le asistió razón al Tribunal cuando consideró que por el hecho de haber sido contratado por cuenta y riesgo del demandado un abogado que lo atendió a lo largo del proceso, sin utilizar los servicios del que fue designado por el Juzgado, éste hubiera renunciado al amparo concedido, pues, el beneficio que la ley le otorga es básicamente el de eximirlo de pagar los costos resultantes del trámite procesal, pero no el de imponerle el profesional que lo deba representar, como se establece del inciso 2o. del artículo 163 *ibídem*, que a la letra dice:

"En la providencia que conceda el amparo, el juez designará el apoderado que represente en el proceso al amparado, *salvo que éste lo haya designado por su cuenta*" (lo destaca la Sala), circunstancia que nada tiene que ver con la dispensa para que paguen los gastos del proceso.

Ahora bien: de las copias allegadas no se observa que el amparo haya terminado, mucho menos por renuncia del beneficiado, de manera que el recurrente en casación cuenta aún con los beneficios obtenidos en razón de habérsele concedido dicho privilegio; por consiguiente, no estaba obligado a pagar el valor señalado como honorarios al auxiliar de la justicia, para cuya remuneración debe atenderse a las disposiciones del artículo 166 del C.P.C.

6. Por consiguiente, existiendo claridad sobre el hecho de que el recurrente en casación fue amparado como pobre por el juzgado de conocimiento, y no apareciendo circunstancia alguna de la cual pueda predicarse que este beneficio terminó, se concluye que la declaración de deserción del

recurso de casación interpuesto por el demandado contra la referida sentencia, resultó improcedente y, en consecuencia, el *ad-quem* deberá continuar con el trámite previsto por la ley para justipreciar el interés para recurrir, y cumplido esto, resolver sobre su concesión.

IV. Decisión

En mérito a lo expuesto, declárase improcedente la deserción del recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de fecha y procedencia anotadas y, en su lugar, dispónese que por el *ad-quem* se siga con el trámite respectivo para justipreciar el interés para recurrir en casación; y, posteriormente, se resuelva sobre la concesión del aludido recurso extraordinario.

Para que forme parte del respectivo expediente, remítase este cuaderno al Tribunal de origen.

Notifíquese.

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

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / RELACIONES SEXUALES/TRATO PERSONAL Y SOCIAL/PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA

1) Disparidad de criterios entre el legislador de 1936 y el de 1968 por lo que a la índole de las relaciones sexuales como fundamento de la paternidad extramatrimonial atañe.

2) Como quiera que las relaciones sexuales no son objeto de percepción directa por terceros, como regla general, el legislador permite que ellas sean inferidas del trato personal y social de la pareja, asunto respecto del cual rige el principio de la libertad probatoria.

Igual sentido: G.J.T. CLXVI, No. 2407, pág. 498.

F. F.: LEY Num: 45 años: 1936 Art.: 4; Ley 75 de 1968 art. 6 Num. 4.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta / ERROR DE HECHO- Requisitos

1) La violación de normas de derecho sustancial por la vía indirecta y a consecuencia de haberse incurrido por el sentenciador en error evidente de hecho en la apreciación probatoria, exige que este sea manifiesto, y trascendente.

2) El error de hecho ha de descartarse cuando para advertirlo se requiere de previos y más o menos forzados razonamientos, o si se manifiesta como una posibilidad y no como una certeza.

Igual sentido: G.J.T. CXLII, pág. 245.

F. F: Art.: 368 Numeral.: 1 C.de P.

Corte Suprema de Jusiticia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado Ponente: *Dr. Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente No. 4351. Sentencia No. 093

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala de Familia-, el 7 de diciembre de 1992, en el proceso de investigación de paternidad, ordinario promovido por CARMEN ROSA SUAREZ BRICEÑO en representación del menor LUIS ENRIQUE SUAREZ contra LUIS ENRIQUE OROZCO GARCIA.

I. - Antecedentes

1. Mediante demanda que obra a folios 6 a 9 del cuaderno No. 1, Carmen Rosa Suárez Briceño convocó a Luis Enrique Orozco García, a un proceso ordinario para que surtida su tramitación legal se declarase que el demandado es el padre del menor Luis Enrique Suárez, hijo también de aquella.

2. Como fundamentos fácticos de pretenciones adujo la parte actora en resumen los siguientes:

2.1. Luis Enrique Orozco García y Carmen Rosa Suárez, se conocieron en el año de 1972, en la población de Tenjo, Departamento de Cundinamarca, en razón de que la segunda desempeñaba en esa época el cargo de maestra en ese municipio.

2.2. Dado que Carmen Rosa Suárez Briceño, viajaba los fines de semana a la ciudad de Bogotá, se transportaba en un furgón de propiedad del demandado, que desde 1973 era conducido personalmente por éste, razón por la cual se trabaron relaciones de amistad con la actora, transformadas luego en amorosas, a consecuencia de las cuales Carmen Rosa Suárez quedó en estado de embarazo, al que se puso fin con un aborto espontáneo el 31 de julio de 1981.

2.3. Con posterioridad Carmen Rosa Suárez y Luis Enrique Orozco tomaron en arrendamiento un apartamento en la calle 75 No. 42-29 de la ciudad de Bogotá, mantuvieron relaciones sexuales periódicas y, nuevamente embarazada aquella, dio a luz al menor Luis Enrique Suárez el 14 de septiembre de 1982.

2.4. El demandado visitó al recién nacido y a su progenitora en la Clínica Fray Bartolomé De Las Casas al segundo día de vida de aquel, lugar éste donde se encontró con Yolanda Ramírez de Ayala y Lucila Briceño de Suárez.

2.5. El demandado canceló mensualmente el valor del arrendamiento del apartamento ($12.500,oo) desde el 25 de noviembre de 1981 hasta el 25 de julio de 1985, lugar donde vivían Carmen Rosa Suárez y el menor Luis Enrique Suárez.

2.6. Con posterioridad el aquí demandado facilitó a Carmen Rosa Suárez Briceño la suma de $ 200.000 para la adquisición por ésta de un apartamento en el Barrio Minuto de Dios "y luego pagó la cuota mensual de amortización desde el mes de agosto de 1982 hasta julio de 1987" (fl. 7, C-1).

2.7. En juramento prestado el 25 de julio de 1988 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo el demandado negó ser el padre del menor Luis Enrique Suárez.

3. Notificado que fue el demandado del auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de ésta y sus anexos para los efectos legales, le dio contestación en escrito que figura a folio 13 de cuaderno 1, en el cual afirma que transportaba a Carmen Rosa Suárez en el vehículo de su propiedad, porque "es costumbre en la región transportar a los vecinos"; agrega que como aquella le ofreció capacitarlo para obtener el certificado de quinto de primaria, por ese motivo la visitó en su domicilio, "seguramente en dos ocasiones".

Respecto a los demás hechos, expresa que es posible que la haya visitado en la clínica con motivo del nacimiento del hijo de aquella, pero "en calidad de amigo". Y ofrece atenerse a lo que se pruebe sobre los demás supuestos fácticos alegados por la autora.

4. Cumplida la tramitación propia de la primera instancia, el Juzgado Segundo de Familia de Santafé de Bogotá, le puso fin con sentencia dictada el 11 de octubre de 1991 (fls. 93 a 100, C-1), en la cual declaró que el padre del menor Luis Enrique Suárez, es el demandado Luis Enrique Orozco García, e igualmente declaró que el ejercicio de la patria potestad sobre ese menor corresponde a la madre del mismo, dispuso comunicar lo resuelto a la Notaría Veinticuatro del Círculo de Bogotá, para tomar nota de ello en el registro civil de nacimiento del menor Luis Enrique Suárez. Además, se abstuvo de fijar cuota alimentaria al padre para el sostenimiento del niño Luis Enrique Suárez y declaró infundada la excepción de mérito propuesta por el demandado.

5. Apelada la sentencia de primer grado por la parte vencida (fl. 102, C-1) el tribunal desató el recurso de apelación mediante sentencia de 7 de diciembre de 1992 (fls. 7 a 17, C-2), en el cual confirmó el fallo del a quo, pero modificando su numeral 5o. en el sentido de fijar al demandado como cuota alimentaria a favor de su hijo menor Luis Enrique Suárez, una suma equivalente al 50% del salario mínimo legal vigente en la capital de la República, que deberá ser cancelado dentro de los cinco primeros días de cada mes.

6. Inconforme el demandado con la sentencia del tribunal, interpuso contra ella el recurso extraordinario de casación (fl. 19, C-2), de cuya decisión se ocupa ahora la corte.

II- Motivación del Fallo del Tribunal

1. Tras señalar que se encuentran reunidos los presupuestos procesales y que no existe causal de invalidez de lo actuado, expresa el tribunal que, conforme a lo dispuesto por la Ley 75 de 1968, numeral 4., inciso segundo, las relaciones sexuales pueden inferirse del trato personal o social entre la madre y el presunto padre, apreciadas según las circunstancias y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad, sin que necesariamente se requiera que tales relaciones sean estables y notorias, pues basta que ellas hayan ocurrido en la época en que, conforme al artículo 92 del Código Civil deba haber sido concebido el hijo.

2. A continuación, manifiesta el tribunal que de las pruebas recaudadas en este proceso se deduce la existencia de relaciones sexuales entre

Carmen Rosa Suárez Briceño y el demandado Luis Enrique Orozco García, por la época de la concepción del menor Luis Enrique Suárez, nacido el 14 de septiembre de 1982. A este efecto, transcribe el tribunal apartes de las declaraciones testimoniales rendidas por Lucila Briceño de Suárez, madre de Carmen Rosa Suárez Briceño, Yolanda Marina Ramírez Ayala y Armando Arias (fls. 12 y 13, C-2), conforme a las cuales aparece demostrado que el demandado realizaba con asiduidad "visitas nocturnas" a Carmen Rosa Suárez; que la recogía continuamente al salir de su trabajo "para llevarla al domicilio y viceversa"; que pagaba "el canon del arrendamiento del apartamento que ocupaba Carmen Rosa"; que le obsequió a ésta la suma de "$200.000 para el pago de la cuota inicial de la vivienda"; que así mismo pagó algunas cuotas de amortización mensual del precio del inmueble, comportamientos éstos, que, a juicio del tribunal no son propios de "las simples relaciones de amistad que pregona el demandado" haber sostenido con Carmen Rosa Suárez.

3. Sentado lo anterior, expresa el tribunal que si se tiene en cuenta que el menor Luis Enrique Suárez nació el 14 de septiembre de 1982, según aparece demostrado con la copia del registro civil de nacimiento que obra a folio 6 del expediente, ello indica que hubo de ser concebido entre el 17 de noviembre de 1981 y el 18 de marzo de 1982, época ésta durante la cual, conforme a lo expresado por los testigos existía "trato de amantes" en la pareja, así el demandado se empeñara en negarlo al absolver interrogatorio de parte que le fue formulado.

4. Además, afirma el tribunal que el examen antropohereditobiológico decretado como prueba en este proceso, dio como resultado compatibilidad de la paternidad atribuída a Luis Enrique Orozco García respecto del menor Luis Enrique Suárez, indicio éste que aunado a las demás pruebas que obran en el proceso, permite inferir la paternidad del demandado respecto al menor ya citado.

5. Finalmente, expresa el tribunal que dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 155 del Código del Menor, ha de presumirse para efectos de determinar la cuota alimentaria a cargo de Luis Enrique Orozco García y a favor del menor Luis Enrique Suárez, que el demandado devenga a lo menos el salario mínimo legal, lo que será tenido en cuenta para la fijación de aquella.

III - La Demanda de Casación

Aunque el demandado, al sustentar el recurso de casación expresa que formulará "cargos contra la sentencia recurrida", en realidad no la combate sino con uno solo, al que denomina "primer cargo" (fl. 7, C. Corte).

En el cargo propuesto, denuncia la "violación de la ley sustancial por aplicación indebida de la Ley 75 de 1978 (sic), artículo 6o., inciso 2o., por evidentes errores de hecho en la apreciación de los testimonios por parte del tribunal" para dar por demostradas las relaciones sexuales entre Luis Enrique Orozco García y Carmen Rosa Suárez Briceño por la época de la concepción del menor Luis Enrique Suárez.

En la argumentación para fundamentar el cargo en mención, manifiesta el censor que el tribunal incurrió en yerro de hecho al apreciar las declaraciones testimoniales de Lucila Briceño de Suárez, Marina Ramírez de Ayala, y Armando Arias Pulido, así como respecto de la peritación antropoheredobiológica que obra en el expediente.

Respecto del primero de los testimonios mencionados, manifiesta que "se trata de la referencia interesada de la madre de la demandante", quien refiere la ocurrencia de atenciones sociales entre dos amigos, que llegaron incluso a que el demandado sirviera de fiador a Carmen Rosa Suárez en un contrato de arrendamiento, hechos éstos que de ninguna manera pueden ser "indicadores de una relación sexual, pues sería peligrosísimo antecedente considerar un comportamiento cordial, amistoso y generosos", como "vulgar trato sexual" (fl. 8, C. Corte).

En cuanto hace relación al testimonio de Armando Arias Pulido, expresa el censor que el tribunal incurrió en error de hecho al dar credibilidad a la apreciación conjetural de ese testigo, quien dedujo la existencia de relaciones sexuales entre Luis Enrique Orozco García y Carmen Rosa Suárez por haber visto un jeep del demandado "parqueado frente al apartamento de la demandante" y por haberle servido Luis Enrique Orozco de fiador a Carmen Rosa Suárez Briceño, en un contrato de arrendamiento supuso ese testigo y así lo creyó el tribunal que "pagaba el arrendamiento" y, además , "mantenía relaciones sexuales" con la actora, todo lo cual no es sino darle "poder probatorio a la imaginación precipitada de un testimoniante" (fl. 8, C. Corte).

Luego de transcribir parcialmente jurisprudencia de esta Corporación sobre la prueba de las relaciones sexuales que autoriza declarar la paternidad judicialmente, reitera que la peritación antropoheredobiológica no autoriza por sí sola inferir necesariamente la paternidad extramatrimonial, sino que requiere de otros elementos persuasivos que permitan concluir la existencia de relaciones sexuales entre una mujer y el presunto padre del hijo de ella, por la época en la cual debió producirse la concepción de éste conforme al artículo 92 del Código Civil.

Por lo expuesto, a juicio del censor ha de casarse la sentencia impugnada y, en sede de instancia, ha de revocarse el fallo del a quo.

Consideraciones

1. Como ha tenido oportunidad de precisarlo en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de esta Corporación, entre otras en sentencia de 11 de agosto de 1981, la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial con apoyo en la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, que autorizaba antaño la Ley 45 de 1936 (artículo 4o.) y que hoy se rige por lo dispuesto en el artículo 6o., numeral 4o. de la Ley 75 de 1968, modificatorio de aquella norma, "tenía un fundamento durante la ley antigua y tiene uno distinto ahora, desde luego que las relaciones sexuales que autorizaban tal declaración frente a la Ley 45 de 1936 tenían que ser notorias y estables, en tanto que rigiendo la Ley 75 de 1968, esas relaciones pueden ser notorias y no estables, o estables sin ser notorias, o, finalmente, ni estables ni notorias, puesto que la ley nueva solo exige que haya existido trato carnal de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción del hijo, así esas relaciones sexuales sean privadas y ocasionales. Hoy, pues, el supuesto de hecho que debe acreditar el demandante en proceso de filiación natural es el de que su madre tuvo con el presunto padre durante cualquiera de los días que integran la época de su concepción, relaciones sexuales sin otro calificativo" (G.J.T. CLXVI, No. 2407, pág. 498).

2. Como quiera que por su propia índole las relaciones sexuales no son objeto de percepción directa por terceros, como regla general, el legislador permite que ellas sean inferidas del trato personal y social de la pareja, apreciado según las circunstancias en que tuvo lugar y sus antecedentes, y habida cuenta de su naturaleza, intimidad y continuidad, asunto este respecto del cual rige el principio de la libertad probatoria.

3. La violación de normas de derecho sustancial por la vía indirecta y a consecuencia de haberse incurrido por el sentenciador en error evidente de hecho en la apreciación probatoria, exige como es bien sabido que éste sea manifiesto, y de una trascendencia tal, que sin él, otra hubiese sido la resolución judicial en la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación.

4. En el caso de autos, se observa por la Corte que el cargo propuesto esta destinado al fracaso, por las razones que van a expresarse:

4.1. De la declaración rendida por Lucila Briceño de Suárez (fls. 29 y 30, C-1), aparece que ella es la madre de la actora y que conoció a Luis Enrique Orozco García porque en razón de la relación que el sostenía con su hija Carmen Rosa Suárez Briceño, aquel fue a visitarla en su casa, el 8 de diciembre de 1973 y posteriormente siguió frecuentando, con visitas continuas a la actora, quien además de impartirle enseñanzas al visitante, sostenía amores con él, producto de las cuales Carmen Rosa quedó embarazada, por dos veces, en la primera de las cuales el embarazo no culminó con el nacimiento de la criatura. Agregó la declarante que "el señor Orozco fe a visitar a Carmenza y al niño a la clínica" y luego "siguió frecuentando a la casa para ver al niño" y pagaba el arrendamiento donde ellos vivían. Expresó, además que cuando su hija "adquirió un apartamento en el Minuto de Dios", el demandado "le colaboró con la cuota inicial con la suma de $200.000", y mensualmente le ayudaba con dinero en efectivo, pero "hace como dos años que no le pasa ni un centavo" (la declaración fue rendida el 5 de abril de 1989). Observa la Sala que este testigo, al no ser tachado de falso (folios 24 a 29, C-1) en las oportunidades legales (art. 218 C.P.C.), su objeción en casación, además de sorpresiva no controvierte el contenido mismo de la declaración, razón por la cual fue suficiente para que el adquem le concediera la credibilidad correspondiente.

La declarante Yolanda Marina Ramírez de Ayala, por su parte, expresó que conoció a Carmen Rosa Suárez Briceño en el año de 1979, por razones de trabajo y por esa causa también a Luis Enrique Orozco "cuando iba a recoger a Carmenza a la hora de salida del trabajo (fl. 30, C-1).

Igualmente, esta declarante manifestó al juzgado que, una vez nacido el menor Luis Enrique Suárez, estando ella de visita en la clínica, allí acudió el demandado, a quien le hizo el comentario de ser la criatura recién nacida muy parecida a él, hecho éste que recibió con beneplácito.

El testigo Armando Arias Pulido, manifiesta en su declaración (fl. 66, C-I), que conoce tanto al demandado como a Carmen Rosa Suárez porque ellos fueron sus arrendatarios en un apartamento, situado en la calle 75 No. 42-27-29 de la ciudad de Bogotá y que, a aquel "lo veía cuando venía a pagar el arriendo o a dejarle la plata a doña Carmen Rosa, esto sucedía en las horas de la noche más o menos de 8 a 9 de la noche...", hechos estos de los cuales se dada cuenta porque el declarante "vivía en la misma cuadra".

4.2. Como puede verse, las conclusiones a que llegó el tribunal sobre el trato social y personal de Carmen Rosa Súarez Briceño y Luis Enrique Orozco García por la época de la concepción del menor Luis Enrique Suárez, no pugna con la realidad probatoria que emerge de los autos, es decir, que la inferencia del sentenciador resulta acompasada con la lógica, vale decir, es razonable, y, por consiguiente ha de mantenerse en pie, como quiera que queda dentro de la órbita de las funciones que a los juzgadores de instancia les asigna la ley para apreciar "con discreta soberanía" la cuestión fáctica que se debate en el proceso, circunstancia ésta que descarta por completo la existencia del error de hecho que se enrostra a la sentencia, ya que éste, como lo tiene por sentado desde antiguo la jurisprudencia de esta Corporación ha de descartarse cuando "para advertirlo se requiere de previos y más o menos esforzados razonamientos, o si el se manifiesta como una posibilidad y no como una certeza", pues, en ese caso "aunque se demuestre el yerro ese suceder no tendrá incidencia en el recurso extraordinario" y -continúa la Corte-, "del mismo modo, si un mismo hecho admite una o más interpretaciones que no pugnen con la evidencia, la circunstancia de que el tribunal elija la que en el sentir del recurrente y aún en el de la Corte, no sea la más atendible, no sería constitutiva de error evidente pues el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que fundase en las probabilidades y no en la certidumbre..." (G.J.T CXLII, pág. 245).

4.3. Agréguese a lo anterior, que tales testimonios fueron apreciados por el fallador de segundo grado en conjunto con la prueba antropoheredobiológica basada en los exámenes de genética sobre grupos sanguíneos, etc. cuyo resultado obra a folio 38 del cuaderno No. 1, la cual afirma que la paternidad atribuída al demandante respecto del menor Luis Enrique Suárez es "compatible", hecho éste que el demandante en casación no pone en duda, sino que tan solo se limita a expresar que sobre él, aisladamente no puede edificarse la conclusión de certeza sobre la paternidad que en este

proceso le es atribuída, circunstancia ésta que, como se observa al romper, no constituye, ni por asomo, error de hecho en la apreciación probatoria.

5. Viene entonces como corolario obligado de lo antes dicho que, a contrario de lo afirmado por el recurrente en casación no se produjo en el fallo atacado la violación indirecta de las normas sustanciales que denuncia como transgredidas y que, por ello, el cargo objeto de análisis no puede prosperar, como en efecto no prospera.

IV - Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 4 de febrero de 1993, en el proceso ordinario promovido por CARMEN ROSA SUAREZ BRICEÑO, como representante legal del menor LUIS ENRIQUE SUAREZ, contra LUIS ENRIQUE OROZCO GARCIA.

Condénase en costas a la parte recurrente.

Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Santafé de Bogotá, D.C. agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

La presente providencia no la suscribe el magistrado doctor Alberto Ospina Botero, por cuanto no participó en su discusión y aprobación por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana - Secretario

SENTENCIA - Aclaración / SENTENCIA - Adición

So pretexto de aclarar el fallo no puede el juzgado variar, de ninguna manera, lo ya decidido, pues se aclara lo que es confuso, lo que ofrece motivo de perplejidad o de duda, asunto que es por completo diferente a la modificación o revocación de lo resuelto.

F. F.: C. de P. C. Art.: 309, 310 ibídem.

REVISION-Características/COSTAS

En materia de revisión, por tratarse de un recurso extraordinario y no de un proceso con todas las características, el legislador contempla una legislación especial que limita la condena en costas cuando el recurrente pierde el recurso de revisión, en tanto que cuando éste alcanza prosperidad solamente se establece la absolución de costas al recurrente sin que haya condena en costas a cargo del opositor.
F. F.: C. de P.C. Art. 380, 384 Ibídem

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

Magistrado ponente: *Dr. Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente No. 4329. Auto No. 243

Se decide por la Corte la solicitud de aclaración y adición de la sentencia proferida por la Corporación el 1o de julio de 1994, en la cual se decidió el recurso extraordinario de revisión interpuesto por las sociedades U.R.B.S. ARQUITECTOS LIMITADA (en liquidación) y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUAREZ BETANCOURT Y CIA. LTDA, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de

Bogotá -Sala Civil-, el 6 de mayo de 1992, mediante la cual se declaró la nulidad del laudo arbitral proferido el 17 de julio de 1990, para decidir una controversia existente entre las sociedades FIMO LTDA y las recurrentes en revisión.

I- Antecedentes

1.- En memorial visible a folios 281 y 282 de este cuaderno, el apoderado de las sociedades recurrentes en revisión, solicita aclaración de los ordinales segundo y sexto de la sentencia proferida por la Corte el 1o. de julio de 1994 (fls. 255 a 278 de este cuaderno), por cuanto, en su opinión no existe claridad en el primero de los ordinales mencionados respecto a cuál es la sociedad condenada en costas y porque, en relación con el numeral sexto de la sentencia aludida, a su juicio se hace necesario que "se aclare la razón por la cual atendiendo a la prosperidad del recurso" no se condenó en costas a la parte opositora.

De igual manera, en el citado memorial se solicita dictar sentencia complementaria para adicionar la que decidió el recurso de revisión, como quiera que no se condenó a la parte opositora al pago de todos los perjuicios causados a las sociedades recurrentes, pues "si bien es cierto que la sentencia contempla como perjuicio los intereses causados y derivados de la condena contenida en el laudo arbitral, no es menos cierto que se han causado otros perjuicios adicionales, como son los ocasionados por la nulidad subsecuente del proceso ejecutivo del cual conoció el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá" que cursa entre las partes "y los posibles perjuicios que pretenda cobrar la sociedad Fimo Ltda" como consecuencia de los "embargos" allí decretados.

Consideraciones

1.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 309 del Código del Procedimiento Civil, *la sentencia, una vez pronunciada es intangible para el juez que la pronunció, funcionario que no puede revocarla ni reformarla, no obstante lo cual, de oficio o a solicitud de parte, en auto complementario, pueden ser objeto de aclaración "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella". De tal suerte que, so pretexto de aclarar el fallo no puede el juzgado variar, de ninguna manera, lo ya decidido pues, como salta a la vista se aclara lo que es confuso, lo que ofre-*

ce motivos de perplejidad o de duda, asunto que es por completo diferente a la modificación o revocación de lo ya resuelto.

2.- Acorde con lo expuesto en el numeral anterior, es evidente que la solicitud de aclaración elevada por el apoderado de las sociedades recurrentes en revisión resulta improcedente, por cuanto:

2.1.- En el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia cuya aclaración se solicita, en virtud de haber prosperado la sexta de las causales de revisión consagradas por el artículo 380 del Código del Procedimiento Civil, se invalidó la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Civil-, el 6 de mayo de 1992, mediante la cual se decretó la nulidad del laudo proferido el 17 de julio de 1990 por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir una controversia existente entre las sociedades recurrentes en revisión y Fimo Ltda.

2.2.- Como consecuencia de esa decisión y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 384 del Código del Procedimiento Civil, procedió la Corte a dictar la sentencia que en Derecho corresponde para reemplazar la invalidada por la prosperidad del recurso extraordinario de revisión, competencia esta en cuyo ejercicio declaró "infundado el recurso de anulación en el cual la sociedad Fimo Ltda solicita que se declare la nulidad del laudo arbitral a que se ha hecho mención" y, consecuencialmente, se condenó en costas a la parte recurrente. De manera tal que, como aparece con absoluta transparencia, tal condena, ni se refiere ni puede entenderse impuesta a las sociedades recurrentes en revisión, como quiera que esa decisión fue adoptada al proferir sentencia que reemplaza a la que fue invalidada y, por lo mismo, solo puede predicarse de la sociedad Fimo Ltda, a la que resultó desfavorable el recurso de anulación.

2.3.- En cuanto al numeral sexto de la parte resolutiva de la sentencia cuya aclaración se solicita, en él se dispuso no condenar en costas "por la prosperidad del recurso de revisión", decisión que no admite duda de ninguna especie y que constituye el único pronunciamiento al respecto. Siendo ello así, es evidente que la solicitud de que se aclare la razón por la cual no se condenó en costas a la parte opositora es del todo improcedente, pues, se repite, *el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil solo autoriza la aclaración de "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda", cuando*

ellos se encuentren contenidos "en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella", presupuesto éste que excluye que, a pretexto de solicitud de aclaración se pretenda por los peticionarios de ella que por el juzgador se ofrezcan explicaciones adicionales sobre la motivación del fallo correspondiente. Además, en materia de revisión, por tratarse de un recurso extraordinario y no de un proceso con todas sus características, el legislador contempla una legislación especial que limita la condena en costas cuando el recurrente pierde el recurso de revisión, en tanto que cuando éste alcanza prosperidad solamente se establece la absolución de costas al recurrente sin que haya condena en costas a cargo del opositor (art. 380 C.P.C.)

3.- En cuanto hace referencia a la solicitud de que se adicione la sentencia proferida por la Corte el 1o. de julio de 1994, para que en ella se ordene la liquidación de perjuicios a que se refieren los solicitantes, ha de observarse que, se impone su denegación, como quiera que, en forma expresa, en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia aludida, se dispuso tener "como suficiente condena" en perjuicios el restablecimiento de la "vigencia del laudo arbitral", lo que quiere decir que sí hubo pronunciamiento respecto de la condena mencionada y no omisión como lo pretenden las sociedades solicitantes de la adición al fallo que decidió el recurso de revisión.

Decisión

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

DENEGAR la solicitud de aclaración y adición de la sentencia proferida el 1o. de julio de 1994, formulada por las sociedades U.R.B.S. ARQUITECTOS LIMITADA (en liquidación) Y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUAREZ BETANCOURT Y CIA LTDA., en memorial que obra a folios 281 y 282 de este cuaderno.

Notifíquese

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

TECNICA DE CASACION / CASACION - Cargos - causales/ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / INCONSONANCIA / PERJUICIOS / CONDENA EN ABSTRACTO / PROCESO PENAL / CASACION - Características / CONGRUENCIA CON LOS HECHOS / HECHOS

1) La casación debe sujetarse a las reglas de técnica, entre las cuales está la autonomía y distinción de sus causales.

2) Distinción entre la causal primera y segunda de casación.

3) La regla de técnica de casación sobre la autonomía de las acusaciones aún conserva su intangibilidad cuando se trata de causales diferentes, lo que impone que estas se invoquen en cargos separados; pues la facultad de la Corte para proceder a la separación de cargos formulados en forma unida, solamente se predica de la causal primera, esto es, por infracción de normas de derecho sustancial.

4) Para verificar la sujeción técnica de un recurso de casación formulado contra una sentencia civil relativa a la liquidación de perjuicios cuya condena previa en abstracto había sido establecida en proceso penal, será necesario, de un lado, tener presentes los fundamentos sustanciales y probatorios en que descansa el fallo o los extremos procesales necesarios que éste debió tener en cuenta para proferirse, a fin de proceder a la estructuración de los cargos con sujeción a la técnica de la causal primera o segunda y del otro, sin en uno u otro caso hubo violación de la ley sustancial o procedimental pertinente.

5) Carácter dispositivo del recurso de casación.

6) En el presente evento, si el censor anunció la inconsonancia del fallo con los "hechos de la demanda", no es menos cierto que omitió precisar e individualizar los hechos a los que se refería, si eran todos o unos determinados, lo que por el carácter dispositivo del recurso, le está vedado a la Corte completar.
F. F. : Decreto Num.: 2651 Año: 1991 Art.,: 51; C. de P.P.. Arts.: 46, 50, 55 ibidem. C. P. Art.: 106, 107 ibídem.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D.C., agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente No. 4320. Sentencia No. 094

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 3 de diciembre de 1992, en el proceso ordinario iniciado por GLORIA AMPARO VARGAS RINCON contra JUAN DE JESUS MORA BORDA.

I- Antecedentes

1.- La señora Gloria Amparo Vargas Rincón por conducto de apoderado, convocó a Juan de Jesús Mora Borda, mediante demanda repartida al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá (folios 63 a 70, C-1), a un proceso ordinario de mayor cuantía para que se declare que el demandado debe pagar a la autora la suma de $ 61.016.166.oo por concepto de liquidación de los perjuicios materiales ($53.876.846,oo) y morales ($7.139.320.oo), causados por la muerte del cónyuge de la demandante, señor Jorge Enrique Vargas Gómez, perjuicios a cuyo pago fue condenado Juan de Jesús Mora Borda, en abstracto, en proceso penal que contra este cursó ante el Juez Doce Superior de Bogotá.

2.- En apoyo de su pretensión, en resumen, expone la actora los hechos que se sintetizan así:

2.1.- En accidente de tránsito ocurrido el 4 de abril de 1982, a la altura del kilómetro 27 de la carretera que de Sopò conduce a Bogotá, como consecuencia de la colición acaecida entre la camioneta marca Ford, de placas HC-0747, conducida por Juan de Jesús Mora Borda, y el automóvil marca Simca, de placas AI-5666, conducido por Jorge Enrique Vanegas Gómez, fallecieron este último y su hijo Jorge Mario Vanegas Vargas, de dos meses de edad y se causaron lesiones personales a Gloria Amparo Vargas, esposa y madre de aquél y de éste.

2.2.- En proceso penal que cursó ante el Juzgado Doce Penal del Circuito de Bogotá contra Juan de Jesús Mora Borda por los delitos de homicidio y lesiones personales causados en el accidente de tránsito aludido, se dictó sentencia condenatoria, en primera y segunda instancia, el 26 de octubre de 1989 y el 2 de febrero de 1990, respectivamente, sentencia esta última en la cual se modificó la del a-quo en el sentido de condenar, en abstracto, al sindicado al pago de los perjuicios causados a la aquí demandante.

2.3.- La demandada dejó de percibir mensualmente, desde el 4 de abril de 1982 hasta el 4 de agosto de 1990, por concepto de alimentos debidos por su cónyuge, la suma de $10.196.756.oo; los gastos de funeraria, clínica y exequias del cónyuge de la demandante, fueron $172.462.oo, que actualizados según los índices de precios al consumidor a junio de 1990, equivalían a $924.396; el valor de vehículo AI-5666, destruído totalmente en ese accidente de tránsito era de $700.000.oo,, y, finalmente, la indemnización por participación de la demandante, como cónyuge, en los ingresos futuros del señor Jorge Enrique Vanegas Gómez, durante su vida probable, ascendería a $41.955.694, todo lo cual significa que los perjuicios materiales por ella sufridos, a la época de la demanda eran de $53.876.846.oo..

2.4.- Los perjuicios morales reclamamos por la demandante, y por ella calculados en 1.000 gramos de oro, ascienden a la suma de $7.139.320.oo a la época de la demanda.

3.- Emplazado que fue el demandado y cumplidas las formalidades previstas por el artículo 318 del C.P.C. para el efecto, su curadora ad-litem le dió contestación a la demanda (fls. 90 y 91, C-1), en la cual expresó, en resumen, estar a lo que fuere probado en el proceso.

4.- Tramitada la primera instancia, en ella se puso fin por el a-quo mediante sentencia dictada el 23 de julio de 1992 (fls, 101 a 107, C-1), en la cual se acogieron las súplicas de la demanda.

5.- Consultado el fallo de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, como culminación de ese grado jurisdiccional, profirió sentencia el 3 de diciembre de 1992 (fls. 7 a 14, C-2), en la cual revocó la del Juzgado Octavo Civil del Circuito de la misma ciudad y declaró en su lugar, de oficio, la excepción de cosa juzgada, por encontrarla probada.

6. Inconforme la actora con lo así decidido por el Tribunal, interpuso entonces contra la sentencia de éste el recurso extraordinario de casación, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

II - La Sentencia del Tribunal

1.- El tribunal, tras sintetizar la demanda, su contestación y la actuación surtida en la primera instancia, encuentra que procede dictar sentencia de mérito por encontrarse reunidos los presupuestos procesales y no encontrar causal de nulidad procesal.

2.- A continuación expresa que, examinada la sentencia de segunda instancia de la Sala Penal el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que impuso la condena al señor Juan de Jesús Mora Borda por los delitos de homicidio y lesiones personales a que ella se refiere, se encuentra que "esta se atemperó a las previsiones de los artículos 106 y 107 del Código Penal (Vigente para la época de la condena)" y luego de citar los artículos 50 y 187 del Código Penal, afirma que conforme al texto del primero de ellos, "si el perjudicado opta por incoar la acción indemnizatoria dentro del proceso penal, constituyéndose en parte civil, no le es permitido posteriormente acudir a la jurisdicción civil y desconocer el fallo penal, pues esta decisión hace tránsito a cosa juzgada en relación con el perjudicado y con el procesado" (folios 11 y 12, C-2).

3.- Asevera luego el sentenciador, en ese orden de ideas, que "el legislador consideró, que por tratarse de un mismo hecho constitutivo de dos acciones (delito y daño), bien podían tramitarse y decidirse en un mismo proceso y ante el mismo juez, es decir, autorizó a los jueces penales para que excep-

cionalmente definieran las controversias patrimoniales que surjan por los perjuicios ocasionados con los delitos, facultad que normalmente debía corresponder a los jueces civiles." (fl. 12, cdno. Corte). Esa es la razón, por la cual, a juicio del tribunal, "la sentencia condenatoria penal que fija una obligación indemnizatoria", presta mérito ejecutivo y "adquiere la condición de cosa juzgada". Por ello, tales decisiones obligan a quien actuó como parte civil en el proceso penal, pero no a quien se abstuvo de actuar como tal, ni al tercero que no fue vinculado al proceso penal (fl. 12, cdno. Corte.)

4.- De esta suerte, se tiene que como "en el caso sub-judice, -prosigue el tribunal-, se sancionó y se condenó in genere al demandado al pago de los perjuicios causados con la ocurrencia del ilícito, en favor de la señora Gloria Amparo Vargas Rincón, quien se constituyó en parte civil y por conducto de mandatario judicial reclamó el pago de los perjuicios, demanda tramitada por el Juzgado Doce Superior de Bogotá, despacho que mediante proveído el 26 de octubre de 1989 acogió sus pretensiones en abstracto, y que con fundamento en lo dicho hace tránsito a cosa juzgada", lo que implica "indiscutiblemente", que "la cuantificación de los perjuicios le está vedada a la justicia civil", y, consecuencialmente ha de declararse, de oficio, "la existencia de la excepción de cosa juzgada" (fl. 13, C-2) y revocarse la decisión del a-quo, decisiones que se adoptan en la parte resolutiva de la sentencia del tribunal.

III La Demanda de Casación

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada, que se estudiaran conjuntamente, por tener consideraciones comunes,.

CARGO PRIMERO

Se acusa la sentencia dentro de la causal primera de "violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 106 y 107 del Código Penal vigente, por cuanto no se trata de la violación de perjuicios dentro del proceso penal. Agrega el censor, que si el tribunal, sala penal, no hizo condena en concreto sino en abstracto y "la sentencia ya era cosa juzgada como lo reconoce el tribunal -Sala Civil- debió aplicarse el artículo 396 del C. de P.C." sobre el proceso ordinario.

Para comprobar el cargo, dice el impugnante que se violaron directamente esos presupuestos, porque no pudiendo haber sentencia de condena

sin cumplimiento, la condena en abstracto tiene que liquidarse por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y, en su defecto, por el proceso ordinario autorizado por el artículo 396 de este código. Mas cuando, agrega el recurrente, esa sentencia penal no era título ejecutivo, y, "no era de recibo que estaba probada la excepción de cosa juzgada" porque faltaba el cumplimiento de la sentencia penal.

CARGO SEGUNDO

Con fundamento en la causal segunda de casación, se acusa la sentencia impugnada de ser inconsonante con las pretensiones de la demanda.

La censura, luego de transcribir el petitum de la demanda y la parte resolutiva del fallo que combate (fls. 10 a 12, cdno. Corte), expresa que en el proceso civil iniciado por la actora, "se persigue conseguir la cuantificación o liquidación de los perjuicios reconocidos en abstracto, en sentencia penal", en la cual no fueron cuantificados, lo que quiere decir que "es imposible que exista cosa juzgada en el presente proceso" (fl. 12, cdno. Corte), razón por la cual, al reconocerse esta última, la sentencia resulta incongruente con las mencionadas peticiones de la demanda.

Transcribe luego el artículo 3332 del Código de Procedimiento Civil, y a continuación manifiesta que en los dos procesos seguidos contra Juan de Jesús Mora Borda, el penal y el civil, se ventilaron cuestiones diferentes, pues el primero "se adelantó por causa o comisión de un hecho punible culposo, y el proceso civil ordinario porque no estaban cuantificados unos perjuicios y se requería su tasación por medio de sentencia" (fl. 13, cdno. Corte). De ahí que, en este caso, aparece que aunque en ambos procesos actuaron las mismas partes, "no se cumplen dos de los requisitos que exige la ley para que se exista cosa juzgada" (fl. 13, cdno. Corte).

Por lo expuesto, concluye el recurrente, se demuestra que el tribunal violó los artículos 305 y 332 del Código de Procedimiento Civil por errónea interpretación de sus textos, ya que "no existe cosa juzgada en el presente litigio". Por ello, a juicio del censor, ha de casarse la sentencia objeto del recurso extraordinario y, en su lugar, ha de confirmarse por la corte el fallo del a-quo.(fl. 14, cdno. Corte).

Consideraciones

1.- Es verdad averiguada que la casación debe sujetarse a las reglas técnicas que exige su carácter de recurso extraordinario las cuales, desde luego, también deben adecuarse a las censuras que, de acuerdo con la materia, quieran atribuírsele a las sentencias impugnadas.

1.1.- Entre tales reglas reitera la Sala la autonomía y distinción que debe tenerse presente en materia de las causales de casación, cuya violación impide a la Corte abordar su estudio de fondo, siendo por tanto imposible hacer su análisis, por carencia de competencia para tal efecto. Y ello es así por mandato constitucional y legal, sin que pueda suplirse en casación so pena de extralimitación de sus funciones.

1.1.1. - En efecto, es bien sabido que la casación, como recurso extraordinario, es limitada principalmente por los motivos que pueden aducirse como fundamento, porque han de basarse en alguna de las cinco causales previstas en la ley: pues si la sentencia de segunda instancia se presume proferida con arreglo a la ley, tal como lo supone el legislador, resulta explicable que el recurso de casación que contra ella proceda quede consecuencialmente limitado. Además, ha querido la ley darle autonomía a tales causales.

Al respecto es doctrina reiterada de esta Corporación que la causal primera de casación por violación de la ley sustancial no solo difiere de la causal segunda por inconsonancia, sino que también quedan sometidas a algunas reglas técnicas especiales. En efecto, la causal primera de casación se debe edificar armónicamente (sin contradicciones) sobre vicios sustanciales de todos los fundamentos que siendo bases del fallo estructuren una violación directa o indirecta de normas sustanciales, esto es que, según el caso, quebrante la ley de manera frontal y sin fundamentos de apreciaciones probatorias, o que se infrinjan dichos preceptos a consecuencia de yerros de hecho o de derecho en la apreciación de todas las pruebas que constituyen el sustento de la sentencia atacada. En cambio, la causal segunda de casación solamente se estructura sobre determinados vicios de procedimiento consistentes en "no estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio" (art. 368, num. 2, C.P.C.); razón por la cual las reglas de técnica corres-

pondientes a esta causal, imponen que la censura se dirija a estructurar en forma precisa y concreta en los casos allí indicados, una deficiencia en el ejercicio de la atribución jurisdiccional que acarrea una inconsonancia o incongruencia entre los extremos procesales de la sentencia y las pretensiones o hechos de la demanda o las excepciones del demandado o que han debido declararse de oficio.

1.1.2.- Con base en lo anterior, el mismo estatuto precedentemente citado ha exigido que los cargos no solo respeten la individualidad y autonomía de las causales en que se fundan, sino que, más aún, imponen se formulen en forma separada, siendo aquella una regla técnica para la procedencia de su estudio de fondo, mientras que la otra ha sido elevada a requisito formal de la demanda de casación (art. 374, num. 3, C.P.C.). Es más, aquella regla de la técnica de casación sobre la autonomía de las acusaciones aún conserva su intangibilidad cuando se trata de causales diferentes, lo que impone que estas se invoquen en cargos separados. Pues la facultad de la Corte para proceder a la separación de cargos formulados en forma unida, solamente se predica de la causal primera, esto es, por infracción de normas de derecho sustancial (art. 51, Decreto 2651 de 1991).

1.2.- Sin embargo, la mencionada exigencia técnica tendrá que ajustarse a las censuras que el casacionista quiera atribuírle a la sentencia impugnada.

1.2.1.- Luego, tratándose de un asunto sometido a la legislación sustancial procedimental penal vigente en 1990, será necesario tener presente que ejercida la acción civil dentro del proceso penal resulta imperativo que, en caso de condena, sea el juez penal quien establezca la condena en concreto al pago de los perjuicios en favor de dicha parte, cuando se encuentren probados su existencia y monto, a iniciativa de la parte civil o de dictamen pericial oficioso (arts. 46 y 50, inciso 1o., Código de Procedimiento Penal de 1987), ylo cuando, tratándose de perjuicios materiales o morales no valorables pecuniariamente, el juez fije prudencialmente, según el caso, la indemnización en sumas equivalentes hasta en mil o cuatro mil gramos oro (art. 50 inciso 2o. C.P.P. y 106 y 107, Código Penal). Así mismo, será pertinente observar que la condena en concreto estaba sujeta a las normas sustanciales y procedimentales de carácter penal, sin perjuicio de la aplicabilidad de las disposiciones del Código de

Procedimiento Civil de la época en materia no regulada por aquellas; que la legislación procedimental civil regulaba el proceso ordinario para materias que, siendo distintas de la mencionada, careciera de otro trámite, como acontecía con ciertas acciones de responsabilidad civil fundadas en la comisión de hechos ilícitos (arts. 55 y 56, C.P.P, y 396 y ss. C.P.C.), y que la legislación procesal penal remitía a la jurisdicción civil la ejecución de las condenas penales en concreto o cuando estuviesen liquidadas conforme a uno u otro estatuto de procedimiento (art. 56, C.P.).

1.2.2.- Siendo así las cosas, para verificar la sujeción técnica de un recurso de casación formulado contra una sentencia civil relativa a la liquidación de perjuicios cuya condena previa en abstracto había sido establecida en proceso penal, será necesario, de un lado, tener presentes los fundamentos sustanciales y probatorios en que descansa el fallo o los extremos procesales necesarios que éste debió tener en cuenta para proferirse, a fin de proceder a la estructuración de los cargos con sujeción a la técnica de la causal primera o segunda y del otro, si en uno u otro caso hubo violación de la ley sustancial o procedimental pertinente.

2.- Entrando al caso **sub-lite**, la Corte observa que los dos cargos formulados poseen ciertas falencias de técnica, que impiden abordar su estudio de fondo.

2.1.- Al respecto, encuentra la sala que el recurrente desacierta en el primer cargo cuando acusa la sentencia del Tribunal de "violación directa de la ley sustancial" contemplada en los artículos 106 y 107 del Código Penal vigente "por cuanto no se trata de la valoración de perjuicios dentro del proceso penal" y cuando señala que, habiendo condena en abstracto en el proceso penal, con la fuerza de "cosa juzgada" como lo dice el **ad-quem**, lo aplicable era "el artículo 396 del C. de P.C.", esto es un proceso ordinario de liquidación de perjuicios.

En efecto, siendo el fundamento jurídico y fáctico del Tribunal para desestimar las pretensiones de la demanda el de haber encontrado estructurada y probada la existencia de cosa juzgada del fallo penal de condena en abstracto al pago de perjuicios en el presente proceso ordinario, era absolutamente indispensable que atacara acertadamente este fundamento dentro de la causal primera, indicando la violación en que pudo incurrirse en la norma jurídica sustancial reguladora de la cosa juzgada y la forma

como se llegaría a ello, si directa o indirectamente. En cambio, la censura en vez de combatir coherentemente este fundamento, lo hace contradictoria y desacertadamente cuando, de un lado, lo acepta, y, del otro, lo combate.

En efecto, primeramente el censor en vez de combatir este fundamento lo que hace es compartirlo en su integridad al admitir, como lo hace el **ad-quem**, que "como la sentencia ya era cosa juzgada como lo reconoce el Tribunal -Sala Civil-"; pero más adelante precisa que "no era de recibo decir que estaba probada la excepción de cosa juzgada, ya que si bien la sentencia indica una terminación de la litis por contener una condena o declaración, falta el cumplimiento de la sentencia y... es necesario el cumplimiento de la sentencia". Luego, independientemente del desacierto que puede imputársele al **ad-quem**, la sentencia impugnada, al conservar su argumentación central, tendrá que mantenerse incólume, sin que pueda la Corte obrar de oficio para abordar su estudio y escoger entre uno u otro reparo contradictorio su opuesto.

Igualmente, desacierta el recurrente en el reparo que le enrostra al Tribunal al endilgarle violación directa de los artículos 106 y 107 del Código Pena, vigente al no tener presente que no se trataba "de valoración de perjuicios dentro del proceso penal", sino, como dice más adelante, "del juicio ordinario para conseguir una forma de liquidar los perjuicios". Porque en este aspecto parte de un supuesto diferente al que tuviera el Tribunal, sin que realmente impugnara su fundamentación. En efecto, cuando el sentenciador de segundo grado que en el caso sub-examine relativo a condena penal en abstracto al pago de perjuicios dice que "la cuantificación de los perjuicios le está vedada a la justicia civil", claramente está aceptando que se trata de un proceso civil y que este tiene por objeto la liquidación de perjuicios. Luego, cuando el censor le formula aquel reparo, este cae en el vacío, porque el **ad-quem**, contrariamente a lo que afirma el recurrente, jamás negó sino que expresamente aceptó que se trataba de un proceso civil de liquidación de perjuicios. En cambio, sí dijo que ese proceso "le estaba vedado a la justicia civil" porque ya había "cosa juzgada penal", lo que, como se reitera, no fue combatido armónicamente en el cargo sino contradictoriamente y que, por tal motivo, resultó defectuoso. De allí que dicho reparo no solo carezca de respaldo en la realidad procesal, sino que también quede impotente para quebrar el fallo atacado y sin que pueda la Corte abordar el estudio de la cosa juzgada

cuando el recurrente presenta reparos notoriamente contradictorios u opuestos.

Además, tampoco puede la sala abordar el estudio de la infracción de los artículos 106 y 107 del Código Penal vigente que se dice haberse cometido por el **ad quem** en el caso sub examine, en una forma diferente a la planteada por el recurrente, porque, *siendo dispositivo el recurso extraordinario de casación, no le es dable a la Corte proceder de oficio en esa materia, so pena de sustituir al demandante en casación.*

2.2.- De otra parte, el segundo cargo también adolece de varias falencias técnicas y desaciertos. En efecto, lo primero acontece cuando este cargo hacía una combinación de las causales segunda y primera, que, por lo arriba expuesto, desatendiéndose la técnica mencionada.

2.2.1.- Para ello basta con observar que mientras se encabeza y finaliza el cargo (fls. 9 y 14 de la Corte) con invocación de la causal segunda en cuanto no se encuentra que "la sentencia no esté en consonancia con las pretensiones de la demanda" o "en consonancia con las pretensiones y hechos de la demanda"; por otra parte, en el desarrollo de la misma acusación se señala que teniendo, en la presunta litis, el proceso penal de la condena en abstracto un "objeto y causa" distinto a la del proceso civil de liquidación, "el tribunal, sin tener en cuenta que se apartaba de las pretensiones de la demanda interpretó erróneamente la norma al declarar de oficio la excepción de cosa juzgada donde no existe. No la interpretó correctamente, porque no dio cumplimiento en debida forma a los artículos 305 y 332 del Código de Procedimiento Civil, ya que no existe cosa juzgada en el presente litigio" (fls. 12 y 14 del cdno. de la Corte). Por consiguiente, *al acumular en un mismo cargo acusaciones con fundamento en causales distintas, la segunda por inconsonancia y la primera por violación de la ley sustancial, se viola el principio de la autonomía y separación de los cargos sin que en este evento pueda la Corte a proceder a su separación de oficio.*

2.2.2.- Además de lo anterior, que sería suficiente para despachar la demanda estas acusaciones, en el evento de haberse separado, también serían individualmente defectuosas.

Ello se fundaría, en que la acusación por inconsonancia quedó incompleta e infundada. Lo primero, porque *si bien el censor enunció la inconso-*

nancia del fallo con los "hechos de la demanda" (fl. 14 cdno. Corte), no es menos cierto que omitió precisar e individualizar los hechos a los cuales se refería, si eran todos o unos determinados, lo que, por el carácter dispositivo del recurso, le está vedado a la Corte completar. Y lo segundo, porque si a juicio del tribunal había cosa juzgada, el reconocimiento de ésta resulta congruente con la facultad de oficio que al respecto se le reconoce al juzgador.

De otro lado, el reparo que defectuosamente se hace en el presente cargo sobre la violación directa de la ley sustancial también se aleja de la técnica, y aún cuando se hubiere formulado separadamente en esa misma forma, también lo llevaría al fracaso. Porque dentro del mismo cargo, de una parte, se aduce violación indirecta de la ley cuando le atribuye al **ad quem** haberse apartado de las pretensiones de la demanda y afirma, sin indicar yerro de apreciación probatoria, que no hubo cosa juzgada; y de la otra, se alega violación indirecta por interpretación errónea del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

IV - Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Civil-, el 3 de diciembre de 1992 en el proceso ordinario iniciado por Gloria Amparo Vargas Rincón contra Juan de Jesús Mora Borda.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

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

Santafé de Bogotá, D.C., agostro cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La presente providencia no la suscribe el magistrado doctor Alberto Ospina Botero por cuanto no participó en su discusión y aprobación por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana
Secretario

PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA / COMUNIDAD / COPOSESION / PRESCRIPCION ADQUISITIVA ORDINARIA

1) En qué consiste la prescripción adquisitiva extraordinaria. Cuáles son los actos materiales del prescribiente.

2) Etapas de evolución del derecho colombiano en torno a la posibilidad legal de que un comunero reclame para si la declaración judicial que ha operado a su favor la prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria sobre derechos reales de los cuales es cotitular con otros comuneros.

Igual sentido: Cas, de mayo 27 de 1947, LXVII, 78; G.J. tomo CXIX, Nos. 2285 y 2286; 1967, pág. 351; Cas. octubre 11 de 1945, LIX, 842/843; Sentencias de 14 de diciembre de 1920, G.J. XXIX, pág. 134, 27 de septiembre de 1923, G.J. XXX, pág. 136; 12 de agosto de 1936, G.J. tomo XLIII, pág. 510; 18 de mayo de 1940, G.J. tomo XLIX, pág. 310; y 12 de abril de 1944, G.J. tomo LVII, pág. 155; fallo de 26 de junio de 1950 (G.J. tomo LXVII, págs 358 y siguientes); sentencia de 6 de diciembre de 1968 (G.J. tomo CXXIV. No. 2297, 1963, pág. 402
F. F.: C.C. Art. 779, 943, 2531 ibídem; C.C.A. Art..: 2525 C.C.; Ley Num.: 50 Año: 1936 Art.: 1; Ley Num.: 51 Año: 1943; 413 reglas 1 y 4 del C. de P.C.; Decreto No.: 2282 Año: 1989 Art.: 407; C. de P.C. Art.: 698.

CASACION - Cargos / CASACION - Características
En el caso sub judice, era deber del recurrente acudir a la formulación separada de los cargos, ya que en uno solo, como aquí se ha

formulado, queda imposibilitada la Corte para escoger una sola de las fundamentaciones o ambas pues ello le está vedado por el carácter dispositivo del recurso y la estructuración uniforme de la censura que pretende derribar el fallo.

ERROR DE HECHO

En tratándose de yerro de hecho, el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que fundase en las probabilidades y no en la certidumbre del yerro "
Igual sentido: G.J. tomo CXLII, pág. 245
F.F.: Art.: 368 Numeral. 1. C. de P.C.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D.C., agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado ponente: *Dr. Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente No. 4319. Sentencia 095

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por CARMEN ROCHA DE GAVIRIA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala de Agraria , el 9 de diciembre de 1992, en el proceso ordinario (Pertenencia) promovido por JAIME URIZA MELO contra la recurrente, MARIA ROMERO, HERNAN YEPES, NASARIO GUZMAN Y PERSONAS INDETERMINADAS.

I- Antecentes

1.- Mediante demanda presentada como aparece a folios 28 al 30 del cuaderno uno y posteriormente reformada en su integridad en escrito visible a folios 249 a 258 del mismo cuaderno, el señor Jaime Uriza Melo convocó a un proceso ordinario ante el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté a Carmen Rocha Gaviria, Mario Ernesto Romero Forero, Hernán Yepes, Nasario Guzmán, María Melo de Uriza y personas indeterminadas, para que por la jurisdicción se declarase que el demandante adquirió "por prescripción extraordinaria", el dominio de los inmuebles denominados Tolima y Santa Cruz de Mayo, ubicados respectivamente en las veredas de Noval y

Novoa del municipio de Sutatausa, cuyos linderos se describen en la demanda (fl. 250, C-1).

2.- Como fundamentos fácticos de la pretensión, expone el actor, en resumen, los siguientes hechos:

2.1.- El señor Jaime Uriza Melo, ha poseído desde "hace 25 años, 9 meses y 10 días" a la época de presentación de la reforma integral de la demanda (4 de septiembre de 1987), los inmuebles denominados "Tolima y Santa Cruz de Mayo", ubicados en las veredas Noval y Novoa del municipio de Sutatausa.

2.2.- Durante el tiempo señalado, el actor ha realizado actos de señor y dueño sobre los inmuebles mencionados tales como actividades de reforestación y conservación, para lo cual ha estado en "permanente contacto" con la CAR (fl. 253, C-1), "mejoras sustanciales que les han dado un mayor valor a los inmuebles", contratos de arrendamiento total o parcial del inmueble y "siembras en general" para su explotación económica (fl. 253, C-1).

2.3.- Afirma el demandante que mediante "escritura pública No. 2844 de 1969 (notaría 3a. de Bogotá), Eduardo Bonito Vega le vendió la quinta (1/5) parte que en común y proindiviso con María Melo de Uriza, Mario Ernesto Romero S., Hernán Yepes y Nasario Guzmán tenía el vendedor sobre los predios "Tolima y Santa Cruz de Mayo", ubicados en las veredas Noval y Novoa del municipio de Sutatausa a que se refiere la demanda.

2.4.- Mediante la hijuela respectiva en el proceso de sucesión de Pedro Uriza Martínez, protocolizado mediante escritura pública No. 162 de 1968 (Notaría 8a. de Bogotá), se adjudicó al actor, Jaime Uriza Melo, la quinta (1/5) que en común y proindiviso pertenecía al causante en los inmuebles referidos, en comunidad integrada con Eduardo Bonito, Mario Ernesto Romero, Hernán Yepes y Belisario Guzmán.

2.5.- La señora María Melo de Uriza, mediante escritura pública No. 247 de 17 de noviembre de 1959 (Notaría de Pacho - C/marca), compró parte de esos predios a Gumercinda Garnica Santana, y, desde entonces, el actor fue puesto en posesión de los mismos por su progenitora.

2.6.- A la posesión del actor ha de sumarse la que antes ejercían los propietarios de los inmuebles, a saber: la señora María Melo de Uriza y su antecesora Gumercinda Garnica Santana y Eduardo Bonito Vega.

3.- Notificados los demandados de la admisión de la reforma de la demanda in integrum realizada por el demandante luego de haberse decretado la nulidad de la actuación cumplida hasta antes de ello por el tribunal, Carmen Rocha de Gaviria le dió contestación (folios 290 a 297), con negación de la posesión exclusiva del actor sobre los inmuebles mencionados y oposición total a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de inexistencia de causa e interrupción de la prescripción; la curadora ad-litem de los demandados indeterminados, manifestó oponerse a las pretensiones y, como excepción de fondo, adujo la "carencia de acción" de la parte demandante y la "falta de tiempo necesario para usucapir en la prescripción extraordinaria" (folios 262 a 264, C-1). Los demás demandados guardaron silencio sobre la demanda reformada.

4.- Cumplida la actuación propia de la primera instancia, el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté, le puso fin a ella mediante sentencia dictada el 2 de julio de 1992 (folios 332 a 345, C-1), en la cual acogió favorablemente las súplicas de la demanda y, declaró no probada la excepción de interrupción de la prescripción.

5.- Apelada la sentencia por Carmen Rocha de Gaviria (fls. 347 a 350, C-1), el tribunal desató el recurso de apelación mediante fallo proferido el 9 de diciembre de 1992 (folios 18 a 30, C-11), en el cual se confirmó el de primer grado y se condenó en costas a la apelante.

6.- Interpuesto por la parte vencida el recurso extraordinario de casación (fls. 33 y 34, C 11), de su decisión se ocupa ahora la Corte.

II- *La Sentencia del Tribunal*

1.- Luego de sintetizar el litigio y la posición de las partes en el proceso, analiza el tribunal los presupuestos procesales y la validez de la actuación, para concluír que aquellos se encuentran reunidos y que no existe causal de nulidad por lo que nada impide dictar sentencia de mérito.

2.- A continuación expone el tribunal los requisitos legales para la operancia de la prescripción adquisitiva de dominio de bienes inmuebles y

luego procede al análisis de los mismos conforme a lo probado en el proceso, así:

2.1.- Los bienes a que se refiere el proceso, son susceptibles de adquirir por usucapión, como quiera que se encuentra demostrado que "son de propiedad privada" y su adquisición no está prohibida por la Ley (art. 87, Ley 135 de 1961, arts., 2519 C.C., 407 del C. de P.C. y 63, C.Nal.).

2.2.- De la inspección judicial practicada a los predios objeto del litigio (folios 11 a 13, C-10), así como del dictamen pericial que obra a folios 125 a 133 del mismo cuaderno, aparece que tales inmuebles se encuentran explotados económicamente, pues se estableció que existen plantaciones de eucaliptus "de distintas edades", acacias y pinos en el denominado "Santa Cruz de Mayo", así como "una casa en obra negra, muros de ladrillo cocido, techos de zinc y pisos de cemento y un galpón en obra negra con muros de madera y techo de zinc al parecer destinado a avicultura", en el inmueble citado. (fls. 25 y 26, C-11).

Respecto del bien denominado "Tolima" expresa la sentencia que, al momento de la inspección judicial, allí estaba presente el señor Luis Antonio Cediel Villamil, "quien al ser interrogado por el juzgado manifestó que se encuentra en este lugar por cuenta del doctor Jaime Uriza trabajando y cuidando, desde hace aproximadamente un año" (fl. 26, C-11).

Las pruebas referidas, aunadas a los testimonios de José Leonardo Rodríguez, Severo Santana Villamil, José Arturo Gómez, Argemiro Montaño, José Antonio Quiroga, Alfonso Guzmán Ortíz y Pablo Antonio Arévalo, permiten concluir que el actor "ejerce la posesión material de los fundos a usucapir en los términos que exige el artículo 1o. de la Ley 200 de 1936", requisito que, por ello, se tiene por establecido.

2.3.- En cuanto se refiere al tiempo por el cual se han poseído los bienes por el actor, expresa el tribunal que conforme a los testimonios ya mencionados, aparece la demostración de que este ha sido superior a veinte (20) años, dado que algunos declaran que se porta el actor como señor y dueño, por lo menos desde el año de 1961, pues allí manda, siembra matas, entra y sale como dueño de los predios (fl. 29, C-11).

2.4.- A más de lo anterior, manifiesta el tribunal que los testigos aludidos deponen sobre la quietud, pacificidad y tranquilidad de la posesión

sobre los predios rurales en mención y, anota luego, que cuando esa posesión fue perturbada, se solicitó y obtuvo que la Alcaldía Municipal de Sutatausa la amparara, "en providencia de fecha treinta de julio de mil novecientos ochenta (folios 77 a 82 del cuaderno número uno)", en la cual se ordenó a Joaquín Sierra y a Carmen Rocha de Gaviria, abstenerse de "ejecutar cualquier acto que perturbe la posesión que ha venido ejerciendo el doctor Uriza Melo sobre los predios 'Tolima' y 'Santa Cruz de Mayo', so pena de arresto de uno a treinta días".

3.- Observa luego el sentenciador que, por cuanto así parece de la propia demanda y de la actuación procesal, no queda duda que se ha impetrado declarar la adquisición de los predios citados por haberse cumplido los requisitos propios de la prescripción extraordinaria, como efectivamente se demostró por el actor, razón que ha de llevar a confirmar, como en efecto se confirma, la sentencia apelada (fl. 29 y 30, C-11).

III- La Demanda de Casación

Acusa el recurrente, en un solo cargo la sentencia que impugna, por ser violatoria de los artículos 669, 673, 762, 777, 779, 943, 2521, 2522, 2527, 2528, 2531, 762 y 981 del Código Civil; 1o. de la Ley 50 de 1936, 407 del Código de Procedimiento Civil, y 1o. de la Ley 200 de 1936, que considera "indebidamente aplicados", así como de los artículos 194 y 195 del Código de Procedimiento Civil, "por falta de aplicación" (fl. 12, Cdno. Corte), infracciones a que llegó el tribunal a consecuencia de haber incurrido en errores evidentes de hecho en la apreciación probatoria.

1.- En la sustentación del cargo propuesto, afirma el recurrente que, en relación con la prueba documental incurrió el sentenciador en siete errores de hecho, así:

a.- No vió el tribunal que en la escritura pública No. 162 de 26 de enero de 1968, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá, con la cual se protocolizó el proceso de sucesión de Pedro Elías Uriza Martínez, "padre del peticionario", aparece que a Jaime Uriza Melo se le adjudicó "una quinta parte" sobre los predios "Tolima" y "Santa Cruz de Mayo", escritura esta en la cual se dejó constancia de que en esos terrenos "se está iniciando una reforestación" y se declara expresamente que "lo que aquí se adjudica es el derecho de dominio en común y proindiviso que la sucesión tiene con

Eduardo Bonito, Mario Ernesto Romer S., Hernán Yepes, Belisario Guzmán" (fl. 8 vto. C 11), partición que se efectúa (fl. 9 vto., C-11). "cumpliendo instrucciones del señor Jaime Uriza Melo", lo que significa que este último "reconoce la existencia de la comunidad y copropiedad en el año de 1968 y que hay un programa de reforestación" (fl. 14, cdno. Corte).

b.- No vió el tribunal que, conforme aparece en la escritura pública No. 2844 de 12 de junio de 1969 de la Notaría Tercera de Bogotá, (fl. 21, C-1), el señor Jaime Uriza Melo, quien mediante ella compró a Eduardo Bonito "una quinta parte" del derecho de dominio que su vendedor tenía "en común y proindiviso" con Mario Ernesto Romero S., Hernán Yepes y Nasario Guzmán sobre los predios materia del litigio, por el solo hecho de aceptar la venta que mediante tal escritura se le hizo sin observación alguna, "sigue reconociendo la coposesión de los comuneros en el año de 1969, cuando le compra al general Bonito" (fl. 14, Cdno. Corte).

c.- No vió tampoco el tribunal que, del texto del contrato celebrado el 30 de septiembre de 1971 entre el demandante y Alberto Caicedo Garnica (párrafo 3o., cláusula 2a., folio 16 del C-1), se deduce la existencia de "una especie de autorización de los demás copropietarios" para celebrarlo (fls. 14 y 15, cdno. Corte).

d.- Ignoró el tribunal la certificación de la CAR que obra a folio 14 del cuaderno uno, expedida el 24 de octubre de 1972, en la cual ciertamente aparece que Jaime Uriza Melo "está adelantando trabajos en las fincas "Tolima" y "Santa Cruz de Mayo", "sin que esto signifique exclusividad en la posesión" (fl. 15, cdno. Corte).

e.- No vió el sentenciador el documento que aparece a folio 20 del cuaderno uno, contenido de un contrato celebrado por Jaime Uriza Melo con Arturo Gómez el 14 de abril e 1973, del cual podría ser tenido, "en vía de hipótesis, como un acto propio de posesión del inmueble "Tolima".

f.- Del documento que aparece a folios 18 y 19 del cuaderno uno, surge que el 24 de mayo de 1975, el demandante celebró con Arturo Gómez, un contrato de arrendamiento sobre "parte del inmueble Tolima" y, además, que se pactó en ese contrato que "el arrendatario cuidará los predios 'Tolima' y 'Santa Cruz de Mayo', documento este no apreciado por el tribunal".

g.- No vió tampoco el tribunal el contrato celebrado por Jaime Uriza Melo con Alfonso Guzmán Ortíz el 18 de septiembre de 1975 (fl. 13, C-1), del cual "se deduce que en el año de 1975 es cuando realmente el señor Jaime Uriza Melo, por lo menos, podría invocar comportamientos de poseedor único de los predios 'Tolima' y 'Santa Cruz de Mayo', aunque no en forma rotunda" (fl. 15, cdno. Corte).

2.- En cuanto al interrogatorio de parte absuelto por el señor Jaime Uriza Melo (folio 15, C-10), manifiesta el censor que se incurrió por el tribunal en error evidente de hecho, como quiera que no vio que el declarante "acepta (confiesa)" que el 12 de junio de 1969, fecha en la cual compró su derecho como comunero en tales predios al "general Bonito" existían ya algunos árboles en los mismos, luego de lo cual se llevó a cabo la reforestación, si bien aclara que "la CAR nunca reforestó, reforestó fue el departamento" (fl. 16, cdno. Corte). De tal declaración aparece que no podía concluír el tribunal "que el doctor Uriza, hasta el año 1969, para nada había intervenido en la reforestación de los predios" (fl. 16, cdno. Corte).

3.- A continuación, afirma el impugnador que en la sentencia acusada, se incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de la prueba testimonial y, al efecto, expresa:

a) El testigo José Leonardo Rodríguez Rojas (fls. 41 a 44, del C-10), aunque asevera que reputa como dueño de los predios al doctor Jaime Uriza, porque manda en ellos, "de ninguna manera narra actos de posesión por un término de 20 o más años", y solo da cuenta de haber visto que "dentro de la finca... construyen, una casa o dos, un galpón...", de lo cual se percató "hace apenas tres meses", según el decir del recurrente (fl. 17, cdno. Corte).

b) El testigo Severo Santana Villamil (fls. 44 a 46, C-10), tampoco narra nada sobre actos posesorios realizados en los predios aludidos por el demandante que "acrediten posesión por más de 20 años", ya que en su declaración se limita a manifestar que las mejoras que ha puesto el doctor Uriza, "han sido la arborización y ahoritica la casa" y esto "data de hace 4 meses" (folio 17, cdno. Corte).

c) El Tribunal igualmente incurrió en error de hecho respecto de la apreciación del testimonio de José Arturo Gómez Mendoza (fls. 47 y 48, C-

10), ya que este declarante, aunque narra que el señor Jaime Uriza es quien "ha arborizado, primero hizo una sembrada de pinos, y en después (sic) un chircal y sembrado por ahí semillas", se refiere "a un tiempo que no determina", ni concreta en qué hechos radica su apreciación de que el actor "ha mandado" sobre los predios objeto del litigio, respecto de los cuales afirma que el denominado "Tolima" le fue arrendado "hace como unos diez años" (folio 18, cdno. Corte).

d) Tampoco el testigo Argemiro Montaño Murcia (fls. 48 a 51, C-10), dice nada en torno a actos posesorios del demandante sobre los predios citados por más de 20 años, ya que, pese a su afirmación de conocer al doctor Uriza desde 1961 y a la atestación de que le fue arrendado por él una parte del predio" desde "hace como quince años", de ello no puede concluirse la posesión por el tiempo señalado en la Ley, como tampoco de la aseveración de la construcción de una casa en el predio "Tolima" "hace poco más o menos unos cuatro meses", ni de haber tendido "una cerca de alambre" sin precisar la época de ello (fl. 19, cdno. Corte).

e) De la declaración rendida por José Antonio Quiroga (folios 51 y 52, C-10), dice el censor que se incurre en error de hecho, por cuanto este testigo afirma, en resumen "que en los últimos 20 años han poseído el general Bonito y después el doctor Uriza y que él no ha conocido más ahí", que trabajó en el chircal con Arturo Gómez y Pablo Arévalo, y que el demandante fue quien "tomó interés" en la arborización de los predios, pero no precisa cuándo trabajó allí ni expresa tampoco cuáles son los actos posesorios que por 20 años ejecutó en esos inmuebles el señor Jaime Uriza (fl. 20, cdno. Corte).

f) Respecto a lo dicho por el testigo Alfonso Guzmán Ortíz (fl. 52, cdno. 10), manifiesta el recurrente que éste tampoco refiere "un hecho que implique posesión de Jaime Uriza por un lapso superior o igual a 20 años", pues ello no se deduce de su afirmación de haber sido arrendatario de la finca "Tolima" por espacio de cinco años "entre el 75 al 80", ni de su conocimiento del demandante "hace 18 a 20 años" como propietario de los inmuebles en cuestión, ni de la reforestación por la CAR llevada a efecto en ellos.

g) De la declaración del testigo Pablo Antonio Arévalo (fls. 53 a 54, C-10), quien afirma haber conocido al señor Jaime Uriza Melo "desde el año 71", tampoco aparece demostrada la posesión de los inmuebles por este último en forma exclusiva por 20 años o más, pues ello no se deduce ni de

la existencia de un chircal que "funcionó por ahí en el 70 o en el 65 y dejó de funcionar por ahí en el 80 o el 81", como tampoco de la reforestación cumplida en esos predios, ya fuese por la CAR como asevera el declarante o por el departamento como lo asevera el demandante.

h) Tampoco se infiere posesión exclusiva por el comunero demandante sobre tales predios de lo declarado por José Joaquín Sierra Rodríguez (fls. 85 y 87, C-10), quien simplemente se limita a firmar que la reforestación "se hizo por ahí en el año 72" (fl. 21, cdno. Corte).

Con respecto al dictamen pericial y a la inspección judicial que obran a folios 125 a 133 del C-10 y 11 a 13 del C-10, manifiesta el censor que, conforme a la primera de estas pruebas, se encontraron dos tipos de árboles en los predios: unos de aproximadamente 15 años de edad y los otros, de antigüedad superior a 20 años, lo que indica que los primeros fueron los plantados en la reforestación llevada a cabo en el año 72, realizada por la CAR según algunos testigos y según afirma el actor fue el departamento. Es decir, que los otros ya existían cuando se cumplió la mencionada reforestación. Así mismo, ese dictamen pericial señala que con excepción de la capilla existente en el inmueble "Santa Cruz de Mayo", que demuestra "antigüedad superior a 10 años, el resto de las construcciones son recientes", hechos igualmente demostrados con la inspección judicial que aparece en el expediente (fls. 11 a 13, C-10).

Tras insistir en que del examen en conjunto de las pruebas en que se apoya la sentencia no se encuentra demostrado que el comunero Jaime Uriza Melo hubiera poseído los bienes "Tolima" y "Santa Cruz de Mayo", en forma exclusiva por 20 años o más y con desconocimiento total de la copropiedad de los demás comuneros, concluye el impugnador luego de transcribir parcialmente jurisprudencia de esta Corporación sobre los requisitos para que se configure la prescripción adquisitiva por un comunero sobre bienes comunes, que, como ellos no se cumplen, "la sentencia debe ser casada y en sede de instancia, la Corte debe negar las pretensiones de la demanda" (fls. 23 a 28, C. Corte).

Consideraciones

1.- Por lo que hace a la prescripción adquisitiva extraordinaria del derecho real de dominio, se tiene por sentado desde antiguo, que es ella un

modo de adquirir originario, constitutivo, "que opera al margen de la tradición; extraño a ella, no requiere un comienzo revestido de ciertas apariencias de legitimidad, en ocasiones excluídas por fuerza de las propias circunstancias, sino tan solo una situación de contacto personal entre el individuo y el bien sobre el cual actúa, en una relación económica de aprovechamiento personal o indirecto, pero en todo caso independiente, sin solución de continuidad (Casación de mayo 27 de 1947, LXII, 78)", como se reiteró por la Corte en sentencia de 7 de diciembre de 1967 (G.J. Tomo CXIX, Nos. 2285 y 2286; 1967, pág 351), sentencia en la cual para mayor abundamiento se dijo por esta Corporación que los actos materiales del prescribiente quedan "en rigor reducidos a la posesión pacífica, pública y continua a través de veinte años (possessio ad usucapionem), (Código Civil, artículo 2531 y Ley 50 de 1936, artículo 1o.)", posesión que "ha de juzgarse con el mayor esmero para la determinación general de su entidad propia y la aplicación de las normas a las circunstancias específicas de cada coyuntura, con el necesario deslinde entre la figura en cuestión y las relaciones afines (Casación octubre 11 de 1945, LIX, 842/843)".

2.- Como es suficientemente conocido, en torno a la posibilidad legal de que un comunero reclame para sí la declaración judicial de que ha operado a su favor la prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria sobre derechos reales de los cuales es cotitular con otros comuneros, se distinguen en la evolución del derecho colombiano tres etapas sucesivas, a saber:

2.1.- La primera, en la cual, no obstante que ni el código chileno, ni en el colombiano, se reprodujo la prohibición que existió en el antiguo derecho español de usucapir entre comuneros, se consideró que en virtud de lo dispuesto por los artículos 779, 943 y 2525 del código Civil, los bienes comunes no eran susceptibles de prescripción adquisitiva por un comunero con exclusión de los demás condómines, porque -según se decía-, "cada comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente para sí, sino también a nombre de sus condueños", con lo que se "crea una especie de solidaridad entre comuneros repecto a la posesión y sus efectos", de la cual "fluye la obligada conclusión de que no se puede usucapir contra un comunero mientras no se le reconozca su derecho proindiviso: y a ninguno de tales le es dado alegar prescripción adquisitiva con el fin de que se declare en su favor exclusivo el dominio de la cosa común", doctrina esta acogida por la Corte entre otras, en sentencias de 14 de diciembre de 1920, G.J., XXIX, pág. 134, 27 de septiembre de

1923, G.J. XXX, pág. 136; 12 de agosto de 1936, G.J., tomo XLIII, pág. 510; 18 de mayo de 1940, G.J. tomo XLIX, pág. 310; y 12 de abril de 1944, G.J. tomo LVII, pág. 155.

2.2.- La segunda etapa, en la que se abandona la concepción jurídico-política anteriormente descrita y que parte de la base de que "la solidaridad que efectivamente existe solamente sobre la base de la coposesión directa o indirecta del indiviso, como lo dijo la Corte en fallo de 26 de julio de 1950 (G.J., tomo LXVII, págs 458 y siguientes)", según cita de la misma Corporación, en sentencia de 6 de diciembre de 1968 (G.J. tomo CXXIV, No. 2297 a 2299, 1963, pág. 402), etapa esta en la cual fue expedida la Ley 51 de 1943, interpretativa de las normas del Código Civil sobre usucapión, en cuyo artículo primero, de manera expresa, se consagró la prescripción entre comuneros, cumplidos claro está, los requisitos legales de posesión material sobre todo o parte del bien, por el tiempo exigido para que se configure la usucapión ordinaria o extraordinaria sobre el predio que se tenía en común y proindiviso.

2.3.- Deroga la citada Ley 51 de 1943 por el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 413 del mismo estatuto legal a más de establecer como regla general que se encuentra legitimado para impetrar la declaración de pertenencia de un bien quien pretenda haberlo adquirido por prescripción ordinaria o extraordinaria, en forma categórica dispuso que el comunero que hubiere poseído el bien mediante su explotación económica por el término de la prescripción extraordinaria, con exclusión de los demás comuneros, tiene legitimación en causa para impetrar judicialmente la declaración de pertenencia (art. 413, C.P.C., de 1970, reglas 1a. y 4a.), normas hoy reproducidas por el actual artículo 407 del C.P.C. (reglas 1a. y 3a., según el texto señalado por el Decreto 2282 de 1989).

3.- De esta suerte, surge como corolario obligado la legitimación para impetrar la declaración de pertenencia sobre parte del bien, si se ha poseído por el tiempo exigido para que se configure la usucapión extraordinaria sobre el predio que se tenía en común y proindiviso.

4.- En el caso de autos, encuentra la Corte que el cargo propuesto, además de defectuoso, no tiene eficacia para infirmar la sentencia que con él se impugna, por las razones que van a exponerse:

4.1.- En primer lugar, la Sala advierte la desatención de la técnica en la formulación el cargo, que, por sí sola, impiden su estudio de fondo.

4.1.1.- En efecto, dan cuenta los antecedentes que el censor le enrostra al tribunal haber cometido errores de hecho en la apreciación de ciertos documentos e interrogatorio de la parte demandante, al dar por demostrada una posesión exclusiva de esta última como comunero del bien objeto del litigio, cuando, a juicio del impugnante, tales medios probatorios revelaban el "reconocimiento de la comunidad", la aceptación de una propiedad "común y proindiviso", la existencia de una especie de "autorización de los demás copropietarios" y la realización de algunos trabajos "sin que esto signifique exclusividad en la posesión". Pero al mismo tiempo también asegura el recurrente hubo equivocada apreciación al dar por probada toda la posesión veinteñaria, cuando de algunos documentos "se deduce que en el año de 1975 es cuando realmente el señor Jaime Uriza Melo, por lo menos, podía invocar comportamiento de poseedor único de los predios "Tolima" y "Santa Cruz de Mayo".

De otra parte, la censura también le endilga al tribunal haber apreciado erróneamente la prueba testimonial al dar por demostrado que el accionante era poseedor exclusivo por más de 20 años, cuando, a su juicio, algunos testigos no declaran sobre actos posesorios exclusivos o hechos que permitan inferirla, y otros no deponen sobre la totalidad de ese período sino otro inferior (4 meses, 10 años, 15 años, etc). Y para ello, también le atribuye al ad quem la comisión de error de hecho en la apreciación del dictamen pericial en cuanto a la época y duración de las construcciones.

4.1.2.- De lo anterior se desprende claramente que la acusación al paso que comienza atribuyéndole error de hecho al tribunal en la apreciación probatoria de haber dado por demostrada la posesión exclusiva de un comunero, cuando, a su juicio no estaba demostrada de ninguna exclusividad; también censura el fallo por haber encontrado probado el lapso de veinte años de la posesión, cuando, a su parecer, la posesión exclusiva del comunero solamente podía tener una duración máxima de quince o dieciséis años.

Siendo así las cosas, la Sala encuentra deficiente la presente acusación por contener fundamentos contradictorios, como son el de que el accionante nunca fue poseedor exclusivo y el de que ciertamente lo fue pero con duración inferior a veinte años. Pues en este evento era deber del recurren-

le acudir a la formulación separada de los cargos, ya que en uno solo, como aquí se ha formulado, queda imposibilitada la Corte para escoger una sola de las fundamentaciones o ambas pues ello le está vedado por el carácter dispositivo del recurso y la estructuración uniforme de la censura que pretende derribar el fallo. Además, observa la Sala la imposibilidad de proceder a la separación o división de este cargo en varias acusaciones autónomas, como sería una relativa a la censura sobre la posesión exclusiva del comunero y otra referente a la censura sobre el período,. Porque, al quedar cada una incompleta en la fundamentación probatoria (que se dividirían), los dos cargos resultarían incompletos y, por tanto, defectuosos e inútil la separación (art. 51; num. 2, D. 2651 de 1991).

4.2.- No obstante ser lo anterior suficiente para despachar el cargo formulado, la Sala tampoco encuentra demostrada la evidencia del error de hecho que allí se le señala al sentenciador, porque:

4.2.1.- Del análisis de las pruebas que obran en el expediente, aparece que, de algunas de ellas, puede concluirse que el demandante se encuentra en posesión de los predios a que se refiere el proceso, desde el año de 1961, en tanto que de otras, puede deducirse que fue coposeedor antes de 1969 y luego transmutó esa calidad en la de poseedor único y exclusivo, con desconocimiento de los derechos de los demás condómines, circunstancia esta que, por sí misma, resulta indicadora de que el tribunal, al acoger una de las dos conclusiones a que razonablemente podía llegarse con apoyo en el haz probatorio, ejerció dentro del ámbito de sus funciones la "discreta soberanía" de que se halla investido por el legislador para la apreciación probatoria, sin que resulte contraria a la realidad del proceso, lo que descarta de suyo la existencia del error evidente de hecho que la Ley exige para la prosperidad de la acusación de violación indirecta de normas de derecho sustancial, pues, como se ha dicho por la Corte desde antiguo, esta especie de error, no se presenta "sino cuando la única apreciación acertada sea la sustitutiva que se propone, una vez acreditada 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, sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por otras pruebas del proceso, según el prudente arbitrio del juzgador a quien la Ley requiere para que analice con objetividad los hechos traídos al plenario y dé cuenta de la manera como formó su concepto..." (G.J. tomo CXXIV, pág. 95).

4.2.2.- En efecto, de las declaraciones rendidas por José Antonio Quiroga, Pablo Arévalo Velásquez, Belisario Santana, Argemiro Montaño Murcia (fls. 11, 13, 14 y 15, C-3), puede inferirse que el demandante, Jaime Uriza Melo entró en posesión exclusiva de los predios "Tolima" y "Santa Cruz de Mayo", cuya declaración de pertenencia se impetra de la jurisdicción, desde el año de 1961. Así, José Antonio Quiroga, manifiesta en su declaración que el demandante "ha arborizado ambas fincas", qué "ha sido la única persona que ha poseído esos predios" y que "nunca he visto a otra persona distinta a él mandar sobre esos terrenos", "desde hace más o menos veinte años" (folios 11 y 11 vto., C-3). El señor Pablo Antonio Arévalo Velásquez, expresa que le consta que el actor "siempre ha sido la única persona que ha estado al frente de las mencionadas fincas atendiendo a los diferentes trabajos establecidos allí y en pleno contacto con las personas encargadas", "más o menos desde el año sesenta y uno y a sesenta y dos" (fls 13 y 13 vto., cdno. citado). Por su parte, Belisario Santana, manifestó que reputa a Jaime Uriza Melo como poseedor de los predios aludidos, por "la siembra de árboles, podas, la construcción de un chircal para ladrillo y el aprovechamiento de los pastos", y porque "ha sido la única persona que he distinguido en este municipio y mandando en estos predios", en los cuales "nunca he visto persona o personas diferentes a él", todo lo cual se ha venido realizando por el demandante, según lo dicho por el testigo "como desde el año de mil novecientos sesenta en adelante" (folios 14 y 14 vto., cuaderno citado). El testigo Argemiro Montaño Murcia, informó al juzgado en su declaración que le "consta" que el actor "ha sembrado árboles tales como eucaliptus y pinos, como también la construcción de un chircal y la explotación del mismo durante unos catorce años", todo lo cual, afirma el testigo, le permite aseverar que Jaime Uriza Melo, "desde el año de mil novecientos sesenta y uno", "viene poseyendo y realizando actos de posesión" (fls. 15 y 15 vto., C-3)..

4.2.3.- Al propio tiempo, del texto mismo de la relación de hechos que aparece en la demanda bajo los numerales 2 y 3, se puede deducir que el actor, Jaime Uriza Melo, por escritura pública No. 2844 de 12 de junio de 1969, Notaría Tercera de Bogotá, adquirió de Eduardo Bonito una quinta parte del derecho de dominio de que aquel era cootitular con Mario Ernesto Romero S., Hernán Yepes y Nasario Guzmán en los predios "Tolima" y "Santa Cruz de Mayo", a que se refiere la demanda, lo que podría llevar a concluir que, a esa fecha, Jaime Uriza Melo reconoció la existencia de la comunidad, lo que, además, hizo también, al participar como heredero en el

proceso de sucesión de su padre Pedro Elías Uriza Martínez, tramitado en el juzgado 14 Civil Municipal de Bogotá, en el cual le correspondió en la participación, como heredero, la adjudicación de la quinta parte del derecho que "en común y proindiviso" pertenecía a su progenitor sobre los inmuebles ya aludidos.

Obsérvase, de otro lado, que del dicho de los testigos José Leonardo Rodríguez Rojas (folios 41 a 44, C-10), José Arturo Gómez Mendoza (fls. 47 a 48, C-10), Severo Santana Villamil (fls. 44 a 46, C-10), Alfonso Guzmán Ortíz (fl. 52, C-10) y José Joaquín Sierra Rodríguez (fls. 85 a 87, C-10), fluye que, efectivamente el señor Jaime Uriza Melo ha realizado actos de posesión sobre los predios en cuestión, testimonios que adolecen de falta de precisión en cuanto al tiempo de antigüedad de la misma y no hacen mención de los demás copropietarios, por lo que podría deducirse que ella no fue excluyente respecto a los demás comuneros.

De otro lado, si bien el demandado Mario Ernesto Romero, cuya declaración de parte se recibió en la diligencia de inspección judicial de que da cuenta el acta que obra a folios 18 a 28 del cuaderno tres, manifestó al juzgado que la practicó que el doctor Jaime Uriza Melo, actuó como administrador de los predios "Tolima" y "Santa Cruz de Mayo", con autorización de los demás comuneros, esa declaración testifical ha de verse con reserva, como quiera que el mismo declarante expresa que salió del país en agosto de 1961 y regresó en el mes de agosto de 1971, para ocupar un cargo oficial (fl. 20 vto., C-3) y, además, asevera que de ello fue enterado por terceras personas, hechos estos que denotan que su declaración no tiene la eficacia para que de él pueda concluirse la exclusividad del señorío sobre los predios por el demandante, ni tampoco su actuación como administrador de la comunidad.

4.3.- De lo anterior surge de bulto la inexistencia de evidencia del eventual error de hecho que se le atribuye al ad - quem.

4.3.1.- En efecto, conforme se deja expuesto, la primera de las dos posibles conclusiones probatorias a que podría llegarse no resulta contraria a lo que razonablemente podría inferirse de las pruebas que obran en el expediente y a que se hizo alusión anteriormente, si bien esa conclusión es diferente a la que puede arribarse con apoyo en las pruebas a que se hace referencia en el apartado 4.2.3. de estas consideraciones, conclusiones una y otra, para las que es indiferente la antigüedad de los árboles plantados en

esos predios, a que se refieren en su dictamen los peritos (fls. 125 a 133, C-10), o la observación realizada en la inspección judicial (fls. 11 a 13, C-10), sobre esas plantaciones y la existencia de una construcción a la sazón en obra negra.

4.3.2.- Así las cosas, aparece entonces que no se cumple el requisito de ser manifiesto el error de hecho que se enrostra al tribunal, pues, cual lo ha dicho ya esta Corporación, "si un mismo hecho admite una o más interpretaciones que no pugnen con la evidencia, la circunstancia de que el tribunal elija la que en sentir del recurrente y aún en el de la Corte, no sea la más atendible, no será constitutiva de error evidente pues el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que fundase en las probabilidades y no en la certidumbre" del yerro (G.J., tomo CXLII, pág. 245).

No prospera pues, el cargo propuesto.

IV - Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala Agraria-, el 9 de diciembre de 1992, en el proceso ordinario iniciado por JAIME URIZA MELO contra CARMEN ROCHA DE GAVIRIA, MARIO ERNESTO ROMERO, HERNAN YEPES, NASARIO GUZMAN Y MARIA MELO DE ARIZA.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

PROMESA DE CONTRATO / COMPRAVENTA POR CABIDA / OBLIGACION DE ENTREGAR / COMPRAVENTA DE CUERPO CIERTO

1) Garantía de cabida en la promesa de contrato

2) Condiciones que se han de reunir para que una garantía por cabida pueda considerase configurada.

3) Función preponderante de la cabida en la economía del contrato.

4) Alcance del inciso 2o. del art. 1887 del Código Civil

5) Cuándo la venta de un inmueble ha de entenderse que se hizo como especie o cuerpo cierto.
Igual sentido: G.J. Tomo CLV, pág. 188 G.J. CLII, pág. 210; G.J.Ts. LVI, pág. 603, LXXXI, pág. 399, LXXXVIII, pág. 102. F.F.: inc. 2 art. 1887, 1888, 1889; inc. 2 art. 1831, 1833, 15601 del C.C.

CASACION - FINALIDAD

La meta final a que apunta el recurso de casación es la unificación de la Jurisprudencia nacional mediante el aseguramiento de la recta inteligencia y de la cumplida aplicación de la Ley sustancial.

ERROR DE HECHO - Modalidades - Requisitos

1) La llamada "casación por error de hecho" se polariza en uno de dos extremos a saber: o bien que el juzgador no vea o ignore

una prueba presente en el juicio, en consecuencia de lo cual desconoce el hecho que tal medio acredita, o bien que suponga como existente una prueba que no obra en el debate, dando como demostrado por ese medio imaginario un hecho que no ha sucedido, siendo que dentro de esas eventualidades queda comprendida por imperativo lógico la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición) o por cercenamiento del mismo (preterición).

2) Es indispensable que el censor demuestre que la apreciación hecha por el Tribunal, en tanto riñe con la objetividad misma de la prueba, resulta a todas luces contraevidente.
Igual sentido: Tomo CXLIII, pág. 212; G.J. Tomo CXLII, pág. 245; G.J. Tomo CXXXIX, pág. 240.
F. F: del C. de P.C. Art.: 368 Numeral 1 del C. de P.C.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

REF.: Expediente 4221. Sentencia No. 096

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga para ponerle fin en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por PEDRO AGUSTIN DIAZ PIMIENTO contra GONZALO MAGNO ALVAREZ QUINTERO Y DORIS ANA INFANTE DE ALVAREZ con intervención de PEDRO DIAZ AGUILAR, ALCIRA DIAZ DE PEREZ Y AGUSTINA AGUILAR TARAZONA.

I - El Litigio:

1. Por escrito presentado el siete (7) de diciembre de 1989 ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, PEDRO AGUSTIN DIAZ PIMIENTO formuló demanda ordinaria contra GONZALO

MAGNO ALVAREZ QUINTERO Y DORIS ANA INFANTE DE ALVAREZ para que se declare resuelta, por incumplimiento de los demandados, la promesa de celebrar un contrato de permuta acordada por las partes el siete (7) de abril de 1987 y que se hizo constar en documento privado reconocido en la misma fecha ante el Notario Primero del Círcuito de Bucaramanga. Pide en consecuencia se condene a los demandados a: a) Restituir el inmueble denominado "Hacienda Santa Teresa" de la comprensión rural de Floridablanca; b) Perder, en favor del demandante, la suma de dos millones de pesos que, como arras del contrato prometido, le entregaron el siete (7) de abril de 1987; c) Pagar al demandante; a título de pena por el incumplimiento, y tal como lo convinieron en el contrato de promesa de permuta, la suma de tres millones de pesos; y, d) satisfacer al demandante, como poseedores de mala fe, los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble, y los que con mediana inteligencia y cuidado hubiera podido producir, desde el siete (7) de abril de 1987 hasta el momento en que hagan entrega real y completa del predio.

En forma subsidiaria solicita la demanda que se declare la nulidad absoluta de la referida promesa de permuta por no ajustarse cabalmente a las exigencias del artículo 89 de la Ley 153 de 1987 y, en consecuencia, se restituya a las partes al mismo estado en que se hallarían de no haber existido dicha promesa; para las prestaciones mutuas a que haya lugar, los demandados deberán ser tenidos como poseedores de mala fe.

Como hechos en los que soporta tales pedimentos el actor expuso: a) Mediante escrito que tiene fecha siete (7) de abril de 1987 se acordó un contrato de promesa de permuta (que los contratantes denominaron equivocadamente promesa de venta) por el cual el demandante PEDRO AGUSTIN DIAZ PIMIENTO, contrajo la obligación de permutar (o vender) en favor de GONZALO ALVAREZ QUINTERO Y DORIS ANA INFANTE DE ALVAREZ un predio rústico llamado "Hacienda Santa Teresa", situado en La Mesa de Ruitoque de la comprensión municipal de Floridablanca (Santander). Como contraprestación los futuros adquirentes del inmueble quedaron obligados a entregar al actor como valor total doce millones y medio de pesos distribuidos así : i) La suma de dos millones y medio de pesos a la firma de la promesa, ii) un automóvil Datsum modelo 1980, que estimaron en la suma de tres millones de pesos; iii) un automóvil Mazda modelo 1982, que estimaron en la suma de cuatro millones de pesos y iv) en efectivo, en el plazo de un año contado a partir de la entre-

ga del inmueble, la suma de tres millones y medio de pesos, devengando esta cantidad un interés del 2% mensual pagadero por mensualidades vencidas, b) El mismo día los contratantes suscribieron un acta de entrega anexa a la promesa en la cual hicieron constar, de una parte que GONZALO ALVAREZ QUINTERO Y DORIS ANA INFANTE DE ALVAREZ "recibieron la hacienda denominada Santa Teresa en forma real y efectiva" y de otra, que los representantes de PEDRO AGUSTIN DIAZ PIMIENTO recibieron los vehículos Datsum y Mazda "a entera y completa satisfacción de funcionamiento". c) El día finalmente acordado para la firma de la correspondiente escritura, ambas partes acudieron a la Notaría fijada para el efecto sin que se pudiera suscribir el documento destinado a solemnizar el contrato prometido, alegando los contratantes mutuo incumplimiento de lo pactado y dejando cada uno expresa constancia en actas levantadas con tal propósito; adujeron los demandados el hecho de que consideraban que "el área que figura en la promesa de venta no corresponde al levantamiento topográfico (...), porque en la escritura que se pretende perfeccionar el acto de compraventa se modifica el texto según lo acordado en la misma promesa y adicionalmente el lote desmembrado en venta que ocupa Saturnino Aguilar según promesa corresponde a 200 metros cuadrados y no con las medidas que se presentaron en el formato de la escritura..." A su turno los representantes del actor manifestaron su no conformidad con la minuta diciendo que "en ella se hace figurar a la Hacienda Santa Teresa con una extensión precisa de dieciséis hectáreas cuando en el poder con que cuentan se habla en cambio de aproximadamente dieciséis hectáreas, que es como figura en la escritura 2902 de 29 de octubre de 1975, otorgada en la Notaría 3a. de Bucaramanga, instrumento donde consta la compraventa por la cual su mandante señor DIAZ PIMIENTO adquirió la propiedad del inmueble" y agregaron que la contraparte, estando obligada, no presentó los traspasos de los vehículos entregados ni pagó tampoco en oportunidad los intereses pactados. d) Con estos antecedentes, el actor demandó ejecutivamente, por obligación de hacer, a los demandados, proceso que concluyó con sentencia inhibitoria del Tribunal de Bucaramanga "por haber fallado el presupuesto procesal de demanda en forma". No obstante lo anterior en dicho proceso quedó demostrado por confesión de GONZALO MAGNO ALVAREZ que éste había redactado y escrito íntegramente la promesa de cuya resolución se trata y el poder que el demandante otorgó en esa oportunidad a su cónyuge y a sus dos hijos, Agustina Aguilar Tarazona, Alcira Díaz de Pérez y Pedro Díaz Aguilar, para que en su nombre intervinieran en todos los actos necesarios para que la promesa

celebrada tuviera cabal cumplimiento, así como también confesó aquel que había tenido en su poder y que conoció copia de la escritura 2902 de veintinueve (29) de octubre de 1975, extendida en la Notaría 3a. de Bucaramanga, en la cual consta el título de adquisición del inmueble que DIAZ PIMIENTO prometió enajenar, no obstante lo cual omitió la descripción de uno de los cinco lotes que lo integran en la citada promesa aunque sí lo hizo cabalmente en el poder, donde también especificó que el inmueble tenía "una extensión aproximada de dieciséis hectáreas", declaración que aunque constaba en la referida escritura 2902, tampoco quedó consignada en la promesa donde se indica la cabida del predio mencionando dieciséis hectáreas únicamente.

2. De la anterior demanda se corrió traslado a los demandados y asimismo fueron citados por iniciativa oficiosa del juzgado AGUSTINA AGUILAR TARAZONA, ALCIRA DIAZ DE PEREZ Y PEDRO DIAZ AGUILAR. Los primeros, actuando por conducto de apoderado, dieron respuesta al libelo incoativo oponiéndose a las pretensiones deducidas y proponiendo como excepción de mérito la de "contrato no cumplido", mientras que los segundo intervinieron tan sólo para otorgarle poder al mismo apoderado el actor.

3. Planteada la cuestión litigiosa en los extremos que se han dejado reseñados, la primera instancia culminó con sentencia de fecha veintitrés (23) de julio de 1991 donde el juzgado de conocimiento que lo fue el 2o. Civil del Circuito de Bucaramanga, resolvió declarar resuelto el contrato de promesa celebrado entre demandante y demandados y dispuso que, en consecuencia, se le restituya al mismo el inmueble materia de la litis, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esa providencia; igualmente condenó al demandante a devolver la parte del precio que se le entregó, es decir, $ 2.000.000. y los vehículos descritos en la demanda "o su equivalente en precio"; le impuso a los demandados incumplidos la obligación de pagar la cláusula penal estipulada en el contrato por $ 3.000.000 y se abstuvo de disponer el pago de frutos naturales y civiles "por cuanto no se demostró tampoco la mala fe de los mismos"; en fin, las costas del proceso también quedaron de cuenta de los demandados.

Inconformes con esa decisión, recurrieron en apelación el demandante y los demandados, habiendo terminado la segunda instancia con providencia del veintiocho (28) de mayo de 1992, donde el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó el fallo impugnado excepto en

la posibilidad de los demandados de optar por restituír el equivalente en precio de los vehículos que les fueron entregados como parte del precio y la negativa al pago de frutos la cual fue ratificada por el ad quem pero dejando a salvo la facultad de los demandados de retirar materiales, siempre que no se cause detrimento al bien inmueble en cuestión.

II- Los Fundamentos de la Sentencia Recurrida:

Después de resumir los antecedentes del litigio y los aspectos de mayor relevancia que el trámite del proceso ofrece, comienza el Tribunal por advertir que de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, en los contratos bilaterales se halla incluida, como cláusula incorporada por mandato de la ley, la condición resolutoria tácita "... para el caso de no cumplirse lo pactado por uno de los contratantes, en beneficio del otro que sí ha sido obsecuente con sus cargas obligacionales...", de donde debe seguirse, entonces, que una pretensión resolutoria fundada en aquel precepto puede alcanzar prosperidad en la medida en que se trate de un contrato bilateral válido incumplido además por el demandado y que el demandante "... haya cumplido o estado presto a cumplir".

Y de acuerdo con este criterio general, no obstante señalar que el tema fue materia de una pretensión planteada en forma subsidiaria en el escrito de demanda que al proceso le dio comienzo, pasa la corporación a ocuparse, en primer lugar, de la eficacia atribuible a la promesa celebrada por quienes son parte en la causa "... pues en caso de que ella adoleciese de nulidad absoluta (...) o de ineficacia por inexistencia, no podría decretarse resolución alguna, pues lo inexistente no podría resolverse y si se considerase que se resiente de nulidad absoluta, este defecto sería declarable de oficio..." concluyendo que el referido contrato es plenamente válido y está llamado a producir todos los efectos que le son propios, toda vez que "... si bien se omitieron parte de los linderos en la promesa -aludiendo a la necesaria individualización del predio que habría de ser materia de enajenación posterior en el contrato prometido- resulta claro que el bien aparece determinable pues en su propio texto se dejó constancia de que la escritura 2902 del 29 de octubre de 1975 pasada ante la Notaría 3a. de esta ciudad, es el título del prometiente vendedor precisamente a donde las partes se remiten constantemente para la identificación del bien...", luego "... el bien es perfectamente identificable con lo cual el contrato prometido queda a su vez determinado, completo en la hipótesis negocial que contiene la promesa, ya que

en el contrato de compraventa es lícito pactar que el bien sea determinado o determinable..."

Sentado lo anterior y en cuanto toca con los dos requisitos restantes, dice el Tribunal que el incumplimiento atribuido a los demandados tiene expresión concreta en tres conductas que, "...puestas en orden temporario...", son las siguientes: 1) Haber dejado de pagar los intereses del dos y medio por ciento mensual sobre los tres y medio millones de pesos adeudados y que se causaron a partir de la entrega material de la finca; 2) Haber omitido la entrega de los documentos necesarios para el traspaso de los vehículos ante las autoridades de tránsito; y 3) Haberse negado a suscribir la escritura pública con inclusión del vocablo "aproximadamente" al indicarse allí la extensión en hectáreas del inmueble materia de transferencia, siendo evidente en el plenario que en verdad los demandados incurrieron en el primero de estos comportamientos pues dejaron insatisfecha la deuda por intereses tal y como ella quedó estipulada en el contrato de promesa. "... Cronológicamente -explica el Tribunal- era esta obligación anterior a la esencial de suscribir la escritura pública, gracias a la aludida cláusula accidental y por tanto fueron los demandados los primeros en desatender el contrato; con ello el demandante justifica su incumplimiento posterior (al no suscribir la escritura pública) y en consecuencia la resolución se abre camino hacia el éxito, pues ese incumplimiento es suficiente apoyo a tal tipo de prelación. Los demandados hubiesen podido pagar el día señalado para la escritura y exhibir además los traspasos, pero también despreciaron tal oportunidad, de manera que su desatención al cubrimiento de los intereses atrae la resolución...".

Fijado así el incumplimiento en que incurrieron los demandados y admitida en principio la viabilidad de la resolución demandada, indica a continuación la sentencia en estudio que ellos, en su réplica para hacerle frente a las pretensiones del actor, intentaron excusar ese incumplimiento invocando dos motivos diferentes, a saber: A) En primer lugar, que el incumplimiento tantas veces aludido tuvo justificación en que el demandante, si bien entregó la finca prometida en permuta, "...esta no tiene las dieciséis hectáreas estipuladas como cabida...", defensa que el Tribunal descarta apoyándose en las siguientes consideraciones: "... La venta por cabida de que tratan los artículos 1887 y siguientes del Código Civil y 31 del Decreto 960 de 1970, no puede hacerse de cualquier manera. Debe aparecer indubitable en el contato la estipulación accidental en el sentido de que la venta del predio se hace según su cabida y ésta ha de expresarse en

el sistema métrico decimal, detalle en el cual las normas del código civil fueron modificadas por el Decreto 960 citado. La jurisprudencia nacional ha sido constante en expresar que la venta es por cabida cuando esta es fundamento de la fijación del precio, sea que se estipule un precio global o que se deje determinable por operación aritmética, es decir atendiendo el resultado de multiplicar un precio por el número de unidades de medida superficiaria que resulten, expresada esta en el sistema métrico decimal, como reza el artículo 31 mencionado. Si las partes describen los linderos de un bien que no puede tener otros, aunque en el contrato se consigne cierto número de hectáreas no puede entenderse sino que se trata de la venta de un cuerpo cierto, pues el inciso final del artículo 1887 así permite colegirlo. Y es obvio ya que los pactos accidentales jamás se presumen ni se suponen (...) de manera que si en el contrato no aparece clara la intención de los contratantes en el sentido de que se venda por cabida, no puede el intérprete inferir tal pacto inexistente...", de donde concluye que en el caso presente "... jamás se prometió (...) venta por cabida..." y por ello era indiferente emplear, o dejar de hacerlo, el vocablo "aproximadamente" que tanto relieve han querido darle los litigantes.

B) El segundo argumento, igualmente condenado al fracaso según el Tribunal, es que al decir de los demandados la deuda por intereses no ha comenzado a correr puesto que ellos eran cobrables a partir de "... La entrega o tradición" que no se ha efectuado. "...Armonizando los artículos 1605, 1849 y 1880 del Código Civil -expresa el sentenciador sobre el punto- la obligación esencial a cargo de todo vendedor es la de dar, que implica la entrega de la cosa (...) y la transferencia del dominio. Así que no es lo mismo entrega que tradición, mucho menos en los inmuebles respecto de los cuales esta se perfecciona con la inscripción del título...", agregando de inmediato que "... de la promesa de compraventa de un inmueble jamás surge la obligación de hacer tradición. Es imposible. Esta obligación sólo surge del contrato prometido una vez se perfeccione. Ni siquiera podrían las partes hacerla brotar como cláusula accidental pues aun no hay título que inscribir. En cambio la entrega material del bien si puede anticiparse, si así lo estipulan los contratantes..." por lo que resulta claro, entonces, que la contabilización de los intereses comenzaba con la entrega material del bien y no con la tradición.

Finalmente, la última parte de la providencia pone de manifiesto que la decisión del juzgado de primera instancia debe mantenerse en tanto hizo

lugar a la resolución del contrato, condenó a los demandados a pagar la cláusula penal y dispuso que el demandante debe devolver lo recibido, aunque en este punto específico "...la condena sólo debe comprender la devolución de los vehículos y no la orden abstracta de devolver su equivalente en dinero, pues ese tópico debe dejarse para discutir en el ejecutivo por obligación de dar, llegado el caso..." Y en relación con mejoras, los demandados "...tendrán simplemente el derecho a retirar los materiales, siempre que no se cause deterioro al inmueble...".

III - La Demanda de Casación y Consideraciones de La Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los demandados y en la respectiva demanda presentada para sustentar el recurso, con fundamento en la primera de las causales consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formulan dos cargos que la Corte entra a considerar y despachar en el mismo orden en que fueron propuestos.

CARGO PRIMERO

Mediante este primer cargo se acusa la sentencia de quebrantar directamente, por errónea interpretación, los artículos 1887 del Código Civil y 31 del Decreto 960 de 1970, así como también los artículos 1609, 1880 y 1884 del Código Civil por falta de aplicación y los artículos 1546, 1958, 1930, 1594 y 1595 del Código Civil por aplicación indebida, ello sobre la base de que "...la confirmación de la sentencia resolutoria del contrato y condenatoria de los demandados a pagar multa deriva de su afirmado incumplimiento de estos que el juzgador cifra en la reflexión de que su abstención de pago de intereses sobre el saldo del precio del contrato prometido implicó una transgresión de sus deberes, anterior en el tiempo a cualquier falla del demandante a quien no se puede considerar incumplido, pese a no haber entregado un inmueble de 16 hectáreas, cual lo prometió en el contrato preparatorio, sino de apenas 9 hectáreas, porque sostiene el Tribunal, cohonestando la actitud de Díaz Pimiento, la enajenación del predio Santa Teresa no se prometió por cabida, sino como cuerpo cierto, por lo cual resulta indiferente la superficie del mismo, así se hubiese expresado repetidamente el área y la diferencia entre esa indicación y la realidad sea mayúscula...", conclusión a la cual arriba el juzgador después de sostener que según los artículos 1887 del Código Civil y 31 del Decreto 960, "... para que la venta se entienda hecha por cabida

debe declarársela expresamente y por el sistema métrico decimal, pues de lo contrario se entenderá hecha por linderos y como cuerpo cierto..." como lo ha entendido la jurisprudencia nacional constante. Se trata, pues, de un razonamiento en que lo primero por destacar es, a juicio de la censura, la tergiversación del artículo 31 del Decreto 960, "junto con la impertinencia de su cita y aplicación...", dado que esta norma, al tener de su simple lectura, "... da una pauta para la determinación -indispensable- del objeto del contrato cuando es un inmueble (...) En manera alguna da pie para que se le tome como mandamiento a las partes de declarar expresamente que la venta o permuta del bien se hace por cabida o con relación a esta, porque de lo contrario se entenderá hecha teniéndolo como especie o cuerpo cierto...".

Y pasando enseguida a la interpretación del artículo 1887, comienza el recurrente aludiendo al texto de los artículos 27 y 28 de la misma codificación para descalificar aquella doctrina científica y jurisprudencial que ha pretendido atribuirle a aquel precepto un significado que no tiene, apoyándose, con ligereza y presuntuosidad, en una supuesta inexactitud del legislador hasta concluir, sin razón, que la regla general es que los predios rústicos se venden como cuerpos ciertos y que por vía de excepción apenas tiene lugar la enajenación por cabida pues para que esta modalidad se presente "... es preciso que de la intención de las partes, claramente manifestada en el contrato o deducida de sus antecedentes o de las pruebas acumuladas se desprenda que el móvil determinante ha sido celebrar la compraventa con relación a su cabida...", tesis esta que al decir del casacionista implica suprimir "... caprichosa y tendenciosamente" el segundo inciso del artículo 1887 del Código Civil como lo demuestra la opinión autorizada de expositores que se ocupa de transcribir a espacio, así como también la propia evolución de la jurisprudencia en casación civil acerca del tema que examinada desde la perspectiva que el recurso se propone destacar, no le ofrece respaldo al fallo de instancia objeto de impugnación. "... Qué distinto el resultado de este recorrido jurisprudencial -exclama el censor- a los asertos prevenidos, ligeros y despectivos del Tribunal que para declarar incumplidos a los demandados hubo de declarar un incumplimiento anterior del demandante que habría consistido en la entrega de un predio de sólo 9 hectáreas cuando lo había prometido como de 16, partiendo del supuesto hechizo de que las partes, al haber lo identificado por sus linderos y no haber estipulado pacto accidental expreso en contrario, lo tomaron como cuerpo cierto, y diciéndose basar

para ese engendro en jurisprudencia nacional constante que no llegó a citar. Nada más desacertado y contrario a la letra y al espíritu del precepto, como también a la lógica, que el entendimiento que en su sentencia le dio el Tribunal de Bucaramanga al artículo 1887 del Código Civil, y como consecuencia de esta equivocada interpretación, "...protuberante y enorme...", se dejaron de aplicar los artículos 1880 y 1884 que puntualiza la obligación a cargo del vendedor de entregar la cosa vendida, "... todo ello en función de la aplicación analógica de los preceptos que disciplinan la compraventa a la permutación prevista en el artículo 1958 ibidem ...", y el artículo 1609 del Código Civil "... puesto que bien dispensados estaban los contratantes demandados de pagar intereses por el saldo a partir de la entrega del inmueble prometido, siendo así que su contraparte no entregó en la oportunidad debida, anterior, como tampoco luego, la cosa debida, lo que reza el contrato...", hecho este último que quedó probado con las cláusulas de la promesa y el dictamen pericial practicado en el proceso de ejecución adelantado por el Juzgado 4o Civil del Circuito de Bucaramanga donde se estableció por expertos que el mencionado inmueble, distinguido con el número 001-001-057 y denominado "Hacienda Santa Teresa", situado en la Mesa de Ruitoque del municipio de Floridablanca, tiene un área de apenas 9 hectáreas 4.434 metros cuadrados, lo que equivale a concluir entonces, siguiendo desde luego los planteamientos del cargo en estudio, que el contratante demandante, que debía entregar un predio de 16 hectáreas el día 7 de abril de 1987 y por lo tanto con anterioridad a la exigibilidad de la obligación de pagar intereses a cargo de los demandados, no estaba legitimado para demandar la resolución "... que presupone cumplimiento propio e incumplimiento de la contraparte..." como tampoco para cobrar la cláusula penal que conforme lo establecen los artículos 1594 y 1595 del Código Civil "... parte de la base de la mora del deudor que aquí no se dio en lo que respecta a los Alvarez-Infante, o más propiamente, quedó purgada con el incumplimiento previo de Díaz Pimiento ...", de suerte que se impone la casación de fallo del Tribunal y la revocación del de primera instancia, seguidas de una decisión absolutoria para los recurrentes.

SE CONSIDERA:

1. Reconocer la existencia de una verdadera "garantía de cabida" en la promesa de celebrar en el futuro un contrato traslaticio de dominio del que se desprende para el enajenante la obligación de entregarle al

adquirente un predio rústico, no es tarea de poca importancia que pueda reducirse a la aplicación aislada del segundo inciso del artículo 1887 del Código Civil, olvidando que este precepto forma parte de todo un sistema de normas inspiradas, como se sabe, en el deseo de interpretar siempre la voluntad de los contratantes y procurar la equidad en el desenvolvimiento de sus relaciones, permitiendo que solamente en situaciones de extremado desequilibrio pueda llegarse hasta la ruptura integral del vínculo negocial mediante su resolución. De acuerdo con ese sistema la sola mención de la cabida de un inmueble en un instrumento contractual de aquel tipo, de suyo no es equivalente ni tampoco encierra una "garantía de cabida" en el sentido que a esta expresión corresponde darle para los precisos efectos que consagra el artículo citado junto con los dos que le siguen en el Código Civil (Artículos 1888 y 1889) toda vez que al tener de etos preceptos, leídos y entendidos sin perder de vista el estrecho enlace que evidentemente entre ellos existe, una garantía de tal naturaleza no puede considerarse configurada sino en tanto concurran tres condiciones, a saber: a) Que la cabida se señale en el contrato; b) Que con relación a ella sea fijado el precio, y, en fin, c) Que los términos del negocio celebrado pongan de manifiesto que no fue intención de los contratantes renunciar al derecho de reclamar por diferencias entre la cabida real y la declarada.

Así pues, para que exista la garantía en cuestión es indispensable que la extensión superficiaria del terreno, por voluntad expresa de las partes, se erija en elemento esencial del contrato, tomándola ellas por lo tanto como una calidad de la cosa que las ha inducido a celebrarlo, y ello ocurrirá cada vez que se la señale como factor determinante en el intercambio económico de valores acordado, por manera que si se trata por ejemplo de una promesa de compraventa o de una promesa de permuta estimatoria con saldo, que es por cierto el caso del que estos autos dan cuenta, tendrá que aparecer como una realidad incuestionable que aquella extensión fue fundamento de la fijación del precio (G.J. Tomo CLV, pág. 188) y que, además, los interesados no declararon que a pesar de ello se abstendrán de formar cuestión por eventuales defectos o excesos de cabida. El criterio que en la materia resulta acertado no es, entonces, el que como corolario de un brillante estudio aquí sugiere el recurrente en casación, puesto que "... no es exacto afirmar -dice un renombrado escritor al comentar las disposiciones que en el Código Civil de Chile son iguales a los artículos 1887 a 1889 de la Codificación colombiana- que siempre que se hable de la cabida en el contrato, éste se celebre con relación a ella (...) pues según se dijo, la cabi-

da puede señalarse muchas veces como un dato ilustrativo, de referencia, sin tener ninguna importancia. Si se aceptara la doctrina contraria de que siempre que se menciona la cabida la venta es con relación a ella, resultaría que para obtener que toda cláusula de un contrato produjera algún efecto, nos veríamos obligados a calificar de venta con relación a cabida todo contrato en que ésta se indicara, de modo que la venta jamás podría ser de cuerpo cierto cuando se señalara la cabida. Esto va contra el texto mismo de la ley pues tanto el inciso segundo del artículo 1831 (Artículo 1887 del Código Civil Colombiano), como el artículo 1833 del mismo código (Artículo 1889 del Código Civil Colombiano) se ocupan del caso en que la venta, no obstante señalarse la cabida, es de cuerpo cierto a causa de que las partes no han atribuido ninguna importancia a esa cabida ..." y líneas atrás había expresado que no basta que se denote el espacio que tiene el predio rústico que va a ser objeto de enajenación; "... se requiere que esa mención sea indispensable para el señalamiento del precio, que manifieste que el contrato se celebra en atención a ese requisito. Si la cabida no se indica o si se indica por vía ilustrativa, sin darle el carácter de elemento decisivo del contrato, la venta es de cuerpo cierto, es una venta en bloc que no dará lugar a reclamo, puesto que la cabida no se ha tomado en cuenta para su celebración..." (Arturo Alessandri Rodríguez, De la compraventa..., Tomo II, nums. 1070 y 1075).

Resumiendo, y no cabe duda que como lo señaló con acierto el Tribunal en el fallo impugnado es esa y no otra distinta la doctrina jurisprudencial uniformemente aceptada desde antiguo en el país, si no es rotunda la prueba en poner al descubierto que la cabida está llamada a desempeñar una función preponderante en la economía del contrato, habida consideración de la "... primerísima y fundamental importancia ..." (G.J. Tomo CLII, pág. 210) que en este campo las partes de común acuerdo se propusieron darle, si no aparece con absoluta claridad que fue uno de los elementos decisivos para la concertación del negocio, tiene que prevalecer el concepto común y ordinario del "cuerpo cierto" y por ende, ante circunstancia semejante, no puede admitirse que exista una garantía convencional de cabida, situación esta que, se repite, es por entero excepcional y que, en el supuesto de no ser factible identificarla con el rigor que el sistema normativo comentado demanda, deben los juzgadores descartar, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que como lo advierte otro tratadista cuya autoridad es también por todos reconocida, "... en muchos casos la indicación de la cabida se hace, no bajo esa consideración, sino apenas

con el objeto de suministrar un dato adicional para la identificación del predio. Por ello pues el inciso segundo comentado -aludiendo al inciso 2o. del artículo 1887 del Código Civil- debe interpretarse en el sentido de que la expresión de la cabida apenas constituye un motivo para creer que esta fue la razón del negocio, creencia que puede ratificarse o desvirtuarse según el contenido del mismo contrato o de otros elementos de convicción..." (César Gómez Estrada. Los principales Contratos Civiles. Primera parte, Cap. VI, num. 47). Y la verdad es que muy a pesar de las protestas de quienes pretenden apoyarse en la letra simple y llana del referido inciso para sustentar puntos de vista contrarios, la ambiguedad se ofrece y por consiguiente queda excluida la garantía de la cual viene hablándose cuando en el contrato son indicados los linderos del predio cuya propiedad va a ser materia de transferencia y dicho inmueble se individualiza con suficiente exactitud aunque se señale igualmente una cabida aproximada, cuando la heredad se promete enajenar o se enajena "ad corpus" bajo unos linderos que allí mismo se puntualizan y, en fin, cuando se designan los linderos no obstante señalarse también su cabida, siempre que el precio no se haya fijaado en atención a esta última, todo en el bien entendido que de conformidad con el artículo 1889 del Código Civil "... cuando se vende un inmueble designando claramente sus linderos, la venta debe entenderse que se hizo como de especie o cuerpo cierto y el vendedor queda obligado a entregar al comprador, sin alteración del precio, todo lo comprendido en los linderos, sea cual fuere la cabida del predio..." (G.J. Tomos I, LVI, pág. 603, LXXXI, pág. 399, y LXXXVIII, pág. 102).

2. En este orden de ideas, la conclusión que por fuerza se sigue es que el Tribunal Superior de Bucaramanga en la sentencia cuya infirmación se propone conseguir el recurso instaurado, no "incurrió en desacierto hermenéutico de ninguna clase al afirmar fundándose en la lectura integral de los artículos 1887 y 1501 del Código Civil, que la garantía de cabida en un contrato nunca puede presumirse como estipulada pues se trata de una verdadera "cláusula accidental" y por eso mismo debe aparecer clara la intención de los contratantes en el sentido de incluirla en la regulación que de sus intereses hacen en el negocio por ellos pactado. En otras palabras y teniendo a la vista los principios recapitulados en el párrafo precedente, nada de contrario a las reglas que para fijar correctamente el alcance de la voluntad contractual consagran los artículos 1887 a 1889 del Código Civil, tiene el sostener, como lo hace aquella providencia, que la garantía de cabida no es cosa que esencial o naturalmente le pertenezca a contratos traslati-

cios de dominio, o preparatorios de estos, atinentes a predios rústicos, por lo que la censura que con esta perspectiva central se dirige contra el juicio jurisdiccional allí contenido, no tiene asidero en la ley.

En consecuencia, este primer cargo no prospera.

CARGO SEGUNDO:

En este se afirma que la sentencia es violatoria de los artículos 1887, 1545, 1930, 1594 y 1595 del Código Civil, por aplicación indebida, y de los artículos 1880, 1884, 1958 y 1609 del mismo estatuto por falta de aplicación, todo ello como consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas que en el plenario demuestran, además de que "... la venta fue por cabida...", el incumplimiento del demandante Díaz Pimiento "... en su obligación de entregar el inmueble de 16 hectáreas el propio 7 de abril de 1987, obligación esta incumplida desde entonces, con anterioridad al vencimiento de la obligación de pagar intereses sobre el saldo del precio (...) a cargo de los Alvarez Infante, exigibilidad que solo se dio el 7 de mayo siguiente...".

Según la censura, el Tribunal dejó de observar un buen número de pruebas y como consecuencia de esa grave omisión "... no advirtió que a más de la presencia de una medida de cabida cierta, precisa y repetida en la promesa, que de suyo habría sido bastante para que la enajenación tuviera que ser considerada en atención a la cabida del predio, ese señalamiento expreso y preciso fue deliberado y aceptado por ambas partes, de modo que de ninguna manera la enajenación podía tomarse como de cuerpo cierto o especie, tampoco tuvo en cuenta que la cabida real del predio es de nueve hectáreas, o sea de cerca de la mitad de lo prometido, o del encogimiento absoluto de hombros del promitente ante este hecho, inocultable a él, y del que pretende sacar provecho grande, junto con la exclusión de parte del lote tercero donado al municipio, cuya explicación no pudo ser más torpe e injustificable...". Esas pruebas que se pasaron por alto son las siguientes: 1) La promesa en cuestión que obra a folios 19 a 25 del cuaderno 1, concretamente los textos de sus cláusulas primera, segunda, quinta, sexta y trece, toda vez que al decir del recurrente existe allí un "... contenido alusivo a la cabida, fijada en dos oportunidades en 16 hectáreas de modo cierto y preciso, no aproximado, de un globo integrado por cinco porciones contiguas...", contenido que el Tribunal desconoció. 2) La escritura pública por

cuya virtud, en octubre de 1975, el demandante PEDRO AGUSTIN DIAZ PIMIENTO adquirió de Víctor Julio Castillo Flórez el inmueble objeto del contrato prometido, puesto que con base en este instrumento se advierte "...que el inmueble vendido consta de cinco lotes, de los cuales los cuatro primeros resultan ser los cinco prometidos por Díaz Pimiento a los esposos Alvarez Infante; que un quinto que mide más o menos 7.500 mts no fue incluido en la promesa; y que en la promesa el globo se identificó con número catastral distinto del que aparece en la escritura de origen y en el poder...". 3) El poder otorgado por escrito a Agustina Aguilar Tarazona, Alcira y Pedro Díaz Aguilar, en la medida que de dicho acto, afirma el casacionista, se desprenden varios hechos, a saber: a) Que el globo conformado por cinco lotes, que corresponde en un todo al inmueble comprado a Castillo Flórez, identificado catastralmente con el num. 001.001.57 con superficie de 16 hectáreas aproximadamente, y así objeto de la procura, para la promesa se suprimió el quinto lote de superficie de 7.500 mts. cuadrados más o menos b) Que mientras en la escritura de compra, en el poder y en la promesa se declara una superficie total del globo de 16 hectáreas aproximadamente, incluido el lote de 7.500 mts, en la promesa la superficie se indica en dos oportunidades como de 16 hectáreas, descontando ese quinto lote. c) Que ese contraste no puede ignorarse ya que, a juicio del censor, tuvo su razón de ser y también tiene "... repercusiones en lo que hace a la forma de enajenación del predio..." 4) El texto del documento público que los prometientes debían firmar el día acordado, considerando que allí se declara una extensión superficiaria de 16 hectáreas, "... sin adverbio..." y se incluye el lote de 7.500 mts cuadrados, afirmándose asimismo, en cuanto al título del enajenante, que adquirió el inmueble por compra que "... en mayor extensión "hizo a Víctor Julio Castillo Flórez". 5) La constancia oportuna que los demandados dejaron acerca de las razones que les asistían para no firmar la escritura, referidas ellas a que el área indicada en la promesa no corresponde a un levantamiento topográfico. 6) La constancia, "... coartada -alegato prematuro-", visible a folios 19 y 20 del cuaderno de pruebas, que dejaron por escrito los mandatarios del demandante AGUSTIN DIAZ PIMIENTO y que para fines de la impugnación "... muestra que el punto de la cabida sí había sido objeto de previsión y tratamiento por partes y apoderados desde antes de la celebración de la promesa, y que la exclusión de esta del adverbio aproximadamente fue deliberada y no casual, que así firmaron todos el documento y que el juego del quinto lote, excluido en un principio e incluido luego, unido a la diferencia abismal entre la cabida indicada y asegurada y la real del globo, no

puede ser ocultado ni privado de significado y alcance, dentro de la corrección, buena fe y lealtad que se deben mutuamente las partes en un contrato..." 7) La demanda ejecutiva que AGUSTIN DIAZ PIMIENTO formuló en octubre de 1987 contra los aquí demandados GONZALO MAGNO ALVAREZ Y DORIS ANA INFANTE DE ALVAREZ 8) Otra sustracción a las 16 hectáreas que se produjo varios años antes de la promesa según la escritura 450 de 1981, representada por una donación de un lote de cinco mil mts cuadrados que el demandante hizo en favor del municipio de Floridablanca (Santander), "... actitud que -enfatiza la censura- impone una descalificación de este contratante..." 9) El dictamen pericial que el proceso ejecutivo recién citado se practicó para la identificación y mesura del inmueble recibido por los demandados, dictamen que obra en autos como prueba trasladada y de acuerdo con el cual comprobaron expertos que el predio denominado Hacienda Santa Teresa, situado en La Mesa de Ruitoque en jurisdicción municipal de Floridablanca (Santander) e identificado con el número 001.001.57, tiene un área de 9 hectáreas, 4.434 metros cuadrados. 10) Finalmente cita la demanda de casación el Acta de entrega del predio, anexa al documento de promesa, donde se lee que los contatantes Alvarez Infante recibieron la Hacienda Santa Teresa en forma real y efectiva, "... sin hacer referencia alguna a su cabida y curiosamente, en ninguno de los argumentos "ofensivos y defensivos de Díaz Pimiento, jamás él ha osado sostener que el predio que entregó tiene una cabida de 16 hectáreas o algo aproximado a esa medida...", afirmación esta última que apoya el recurrente en una severa crítica a las respuestas que relacionadas con el punto dio el actor a un interrogatorio por él absuelto en el curso del mismo proceso de ejecución arriba mencionado.

Se Considera:

1. Sabido es que el numeral 1o. del artículo 368 del Código del Procedimiento Civil, apartándose por cierto de la que ha sido concepción tradicional en punto de caracterizar en el derecho comparado al recurso de casación por violación de la ley, no solamente autoriza que a ese resultado se llegue cuando los fallos definitivos de instancia, habiendo apreciado con exactitud la cuestión fáctica involucrada en el litigio, incurren en error jurídico al someterla a un tratamiento legal que no es el debido, sino que también permite aquel precepto un pronunciamiento infirmatorio de esa estirpe cuando dicho error acaece como consecuencia de una indebida apreciación probatoria, bien sea porque a determinados medios se les ha

atribuido un mérito que no tienen frente a la ley o porque se les ha negado el que ésta les asigna, o bien porque de modo manifiesto y por inadvertencia del juzgador en la consulta de los materiales que el proceso ofrece, supone pruebas inexistentes en los autos, o pretermite las que sí obran allí, o adultera el contenido objetivo de estas al agregarles cosas que en ellas no están o al cercenarles elementos que sí forman parte de ese mismo contenido. El sistema responde, pues, a una filosofía que esta corporación ha definido en los términos siguientes: "... Reconoce que la meta final a que apunta el recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante el aseguramiento de la recta inteligencia y de la cumplida aplicación de la ley sustancial; pero admite que a los desvíos judiciales en este campo también se puede llegar a consecuencia de la adulteración de los presupuestos fácticos que, a la manera de premisa menor de un silogismo, determinan el funcionamiento de dicha ley sustancial y la producción de los efectos jurídicos en ella previstos; y en fin, así lo tiene declarado exhaustivamente la doctrina, esta ampliación del radio del recurso no lo convierte en un tercer grado del juicio donde hayan de ventilarse todas las cuestiones de hecho que integran el temario de las instancias, ya que en punto de tales cuestiones el examen está circunscrito a averiguar si respecto de determinadas pruebas se han ofrecido errores de valoración o errores evidentes en cuanto a la presencia de las mismas en el proceso ó a su contenido objetivo, pero siempre y cuando que tales errores sean inductivos a un tratamiento sustancial inadecuado a la especie litigada ...". (G. J. Tomo CXXXIV, pág. 187).

En este orden de ideas, la que suele llamarse "casación por error de hecho" no puede ser sino resultado de una exigente tarea de perfiles muy precisos que al recurrente le corresponde emprender, estableciendo en el ámbito de la prueba recaudada la existencia notoria de un desacierto objetivo que en último análisis, como también lo recuerda constantemente la jurisprudencia, "... se polariza en uno de dos extremos a saber: o bien que el juzgador no vea o ignore una prueba presente en el juicio, en consecuencia de lo cual desconoce el hecho que tal medio acredita, o bien que suponga como existente una prueba que no obra en el debate, dando como demostrado por ese medio imaginario un hecho que no ha sucedido ..." (G. J. Tomo CXLIII, pág. 212), siendo de entender naturalmente que dentro de estas eventualidades queda comprendida por imperativo lógico la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición) o por cercenamiento del mismo (preterición). En otras palabras, le

incumbe al censor poner en evidencia, con exclusión de cualquier argumentación elaborada que se funde tan solo en la probabilidad y no en la certidumbre (G. J. Tomo CXLII, pág. 245), que la sentencia en instancia proferida es fruto de un error cuyo prototipo acaba de señalarse y que por lo tanto el juicio jurisdiccional del que esa providencia es expresión, se basa en la suposición de hechos cuya verdad fue incontrastablemente desvirtuada, o da por inexistentes circunstancias fácticas influyentes que por fuera de toda discusión quedaron establecidas, lo que conduce a concluir que la clase de casación en estudio no puede ni debe ser la secuela de un mero contraste de criterios más o menos disimulado, sino que tiene que ser resultado de un riguroso examen comparativo entre aquello que es afirmado o negado en el fallo y precisos elementos probatorios de contraste que pongan al descubierto el yerro en forma palmaria, manifiesta e inequívoca; la equivocación del juzgador ha de ser, pues, objetiva y por eso mismo dependiente de la realidad de los hechos fijados procesalmente, no así del punto de vista particular que tenga por conveniente exponer el recurrente, motivo por el cual se dice que cuando cierta apreciación probatoria apenas aparece como dudosa y no como definitivamente errónea, la infirmación de la sentencia no procede, habida consideración que en el plano en referencia "... la casación únicamente puede apoyarse en la certeza ..." (G. J. Tomo CXXXIX, pág. 240), luego es indispensable, valga insistir, que el censor demuestre que esa apreciación hecha por el Tribunal, en tanto riñe con la objetividad misma de la prueba, resulta a todas luces contraevidente.

2. En el caso presente y en sustento del cargo que se estudia, dice el recurrente que el sentenciador de instancia quebrantó la ley por cuanto no tuvo en cuenta que el demandante PEDRO AGUSTIN DIAZ PIMIENTO, al no haber cumplido de antemano sus propias obligaciones nacidas del contrato de promesa celebrado, no se encontraba en situación de ejercitar la facultad resolutoria acogida en la sentencia, inadvertencia que obedece a haber pasado por alto el conjunto de pruebas que, obrando en los autos, ponen de manifiesto la existencia en el aludido contrato de una garantía de cabida que en beneficio de los demandados estipuló aquél respecto del predio rústico denominado Hacienda Santa Teresa, pero la verdad es que después de una cuidadosa inspección de esos elementos demostrativos que la censura cita como preteridos, se llega a la conclusión de que la tesis no puede abrirse paso por obra, precisamente, de las rigurosas condiciones exigidas por el ordenamiento procesal para que pueda tener lugar la casación de un fallo judicial por error de hecho en la apreciación de la prueba.

En efecto, y como a espacio se explicó al examinar el cargo primero, para que pueda considerarse pactada una garantía de cabida en cualquier negocio que constituya título hábil para transferir el dominio sobre predios rústicos, o que esté destinado al ménos a asegurar su perfeccionamiento en el futuro, no basta que la expresión superficiaria del terreno aparezca expresada de modo cierto y concreto. Además, es requisito necesario que en términos que no den lugar a ambigüedad de ninguna especie en la auténtica intención de los contratantes —inferida esta última del tenor de las cláusulas aisladamente consideradas o apreciadas en su contexto, de las circunstancias de hecho que rodearon la celebración del negocio y del desarrollo práctico que consonantemente las partes le hayan dado al mismo— resulte indiscutible que el precio se fijó con relación a la cabida y por lo tanto es ella elemento decisivo en el intercambio económico de valores que a través de dicho negocio se pretendió realizar, ya que si las cosas no se dan de esta manera, el entendimiento correcto de la cuestión no puede ser otro distinto que el prohijado por el Tribunal en la providencia impugnada, consistente en catalogar la enajenación como convenida "ad corpus", por ser este el supuesto de general ocurrencia, quedando zanjada en consecuencia cualquier dificultad que con relación al área del inmueble pudiera llegar a presentarse. Y ninguno de aquellos elementos demostrativos que en número de diez identifica el recurrente al sustentar la impugnación, es de suyo rotundo en orden a descalificar por patente contraevidencia esa apreciación que hizo la corporación sentenciadora, pues si bien es cierto que concurren a demostrar que la cabida del predio Hacienda Santa Teresa fue declarada y que, frente a esa cabida, la que realmente tiene el inmueble entregado a los demandados es inferior en proporción no despreciable, también es de verse que muy lejos están de probar a plenitud que el Tribunal se equivocó de redondo y por fuera de cualquier género de duda al no ver que, además de indicada o "declarada", la cabida en cuestión fue "asegurada" por el demandante cuando se ajustaron las condiciones de la permuta prometida, punto que adquiere todavía mayor relevancia si, en el análisis global de los hechos, se hace un esfuerzo por no centrar la atención únicamente en el comportamiento del actor y se mira con cuidado la conducta desplegada por los demandados a partir de la entrega del inmueble acontecida el día 7 de abril de 1987, habida cuenta que manifestaron haber recibido a satisfacción un predio de dieciséis hectáreas cuya superficie era en realidad de algo menos de nueve y media hectáreas y, de otro lado, dentro del plazo corto de caducidad que para el efecto instituye el artículo 1890 del

Código Civil, por su propia iniciativa no emprendieron ninguna de las acciones que el ordenamiento positivo consagra para hacer efectiva una garantía de la naturaleza de la que el recurso afirma vino a ser desconocida en este caso.

En síntesis, con habilidad indiscutible se ha querido oponer al criterio de apreciación del Tribunal sobre el tema en estudio, concerniente a la función que desempeña en el contrato de promesa la mención de la cabida del bien raíz a ser enajenado, el parecer subjetivo del casacionista, pero si algo queda en claro a juicio de esta Sala es que, con la objetividad que requiere la ley procesal, no aparecen elementos de confrontación que inexorablemente lleven a colegir que la sentencia, al afirmar que esa indicación de cabida es tan solo un dato ilustrativo del que las partes no pretendieron formar cuestión por los defectos que llegaren a constatarse en la extensión del inmueble, tergiversó en exceso arbitrario la evidencia disponible en los autos.

Por eso este segundo cargo debe ser desechado igualmente.

Decisión

Con fundamento en 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 de fecha veintiocho (28) de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga para ponerle fin al proceso ordinario seguido por PEDRO AGUSTIN DIAZ PIMIENTO contra GONZALO MAGNO ALVAREZ QUINTERO y DORIS ANA INFANTE DE ALVAREZ.

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

Cópiese, Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina judicial de origén.

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.

Héctor Moreno Aldana
Secretario

INCONGRUENCIA/CONGRUENCIA CON LOS HECHOS-/CONGRUENCIA CON LA CAUSA/DERECHO DE DEFENSA/ERROR IN PROCEDENDO/ERROR DE HECHO-/INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA/DONACIÓN

1). Filosofía del legislador de 1970 y el de 1989, en tratándose de la incongruencia como causal de casación.

2). La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre temas sometidos a la composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario.

3). Diferencia entre el error in procedendo, tipificador de la incongruencia, y el error de hecho en que se puede caer al apreciar la demanda, propio de la causal primera de casación.

4). En el presente caso se compara la resolución de anulación absoluta de una donación con los fundamentos de hecho que los demandantes invocaron en su demanda.
Igual sentido: Fallo de 28 de noviembre de 1977; sentencia del 15 de octubre de 1993.
F. F.: del C. de P.C. Art.: 305, 368 num. 2, Decreto Num.: 2282 Año: 1989.

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS

Sólo en el supuesto de imposibilidad de ejecución simultánea de las varias resoluciones de la misma sentencia, la causal tercera de casación tendrá virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado.

Igual sentido: G.J. Tomo CXLVI, 43.
F. F.: art. 368 num. 3 del C. de P.C.

ESCRITURA PÚBLICA/REGISTRO PÚBLICO/NEGOCIO JURÍDICO

Uno de los casos en que por ley debe ordenarse judicialmente la cancelación de una escritura pública y de su registro es, exactamente, cuando se anula por la jurisdicción un negocio jurídico, que para su perfeccionamiento, exigió el otorgamiento de escritura pública y para la tradición del derecho enajenado la inscripción de ella en el competente registro.

NULIDAD SUSTANCIAL

El efecto legal y natural de toda declaración judicial de nulidad es, en principio, dejar retroactivamente sin efectos el acto invalidado.
F. F: C.C. Art.: 1746.

NOTARIO/REGISTRADOR

Desde el punto de vista jurídico el Notario y el Registrador por principio, carecen de competencia para desconocer o dejar de cumplir una decisión judicial, que luego de haberse impugnado por todas las vías legalmente posibles, ha adquirido firmeza y hace tránsito a cosa juzgada.
F. F: Decreto No.: 960 AÑO: 1970 ART.: 45; Decreto No.: 1250 Año: 1970 Art.: 40.

Capacidad de goce/Capacidad legal/Capacidad para ser parte/Capacidadprocesal/Sucesión/Personas/Representación-/Patrimonio autónomo/Heredero-CALIDAD/Demanda-INADMISIÓN/Excepción previa/Medio nuevo

1). La capacidad de las personas es de dos clases: la capacidad de goce o sustancial y la capacidad legal. En qué consiste cada una de

ellas. Estas dos nociones se proyectan al Derecho Procesal, en el cual se conocen con las denominaciones de capacidad para ser parte y capacidad procesal, pues mientras la primera consiste en la capacidad para ser sujeto de una relación procesal, corresponde a toda persona, ya sea natural o jurídica, por el solo hecho de serlo; la segunda, la capacidad para comparecer en el juicio o capacidad procesal, se traduce en la aptitud de la persona para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, se identifica con la capacidad legal o de ejercicio del derecho civil y como tal sólo la tienen las personas que sean legalmente capaces. Qué persona es capaz para comparecer en juicio? Igual sentido: G.J. Tomo CXXXVIII, pág. 97; G.J. t. CLXVI, pág. 547.

2). El hecho de que la sucesión no sea persona, ni tenga por ende representantes, no significa que no se la pueda demandar, ni demandar para esa comunidad universal. Mediante la teoría del "patrimonio autónomo" ello es posible, pero siempre a través de los herederos.
Igual sentido: sentencia de 15 de septiembre de 1983.

3). Cuando falta la prueba de la calidad de heredero de una sucesión, hay ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte. Dicha calidad, cuando se invoca para ser parte ha de acreditarse ab initio, pues de no hacerlo, la demanda es inadmisible, o de admitirse, esa ausencia de prueba tipifica una excepción previa o de forma, que el demandado debe proponer al tiempo con la contestación de la demanda, so pena de convalidar la informalidad. Constitución en casación de medio nuevo cuando los demandados pudieron haber alegado como tal excepción la falta de esa prueba y sin embargo no lo hicieron.
Igual sentido: G.J. XCI; CXXXVIII, pág. 821

F. F.: C. de P.C. Art: 44, 75 num. 12, 77 num. 5, 85 num. 2, 98 y 100 ibídem.

PRESUPUESTO PROCESAL/ DEMANDA EN FORMA/PODER/NULIDAD PROCESAL/INDEBIDA REPRESENTACIÓN/ERROR IN PROCEDENDO/EXCEPCIÓN PREVIA

1). Hipótesis en que se da la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma.

2). La omisión de no acompañar a la demanda el poder para iniciar el proceso, configura la causal de nulidad de indebida representación de las partes.

3). Constitución de la causal quinta de casación, cuando el procurador judicial no se encuentra revestido de poder o mandato.

4). En el supuesto de configurarse error in procedendo por falta de poder o poder defectuoso en la especie de nulidad procesal, esta presunta irregularidad no podría alegarse en casación, por estar tipificada en ese evento por hechos que pudiéndose proponer como excepción previa, no lo fueron.
Igual sentido: G.J. Tomos CXXXIX, 166; CLI, 303 y G.J. CLXXVI, p. 42
F. F.: C. de P.C. Art.: 140 Nmral.: 7, Art.: 368 Nmeral.: 5, 97 y 100 ibídem.

Técnicas de casación/ Casación-CARGOS

La técnica del recurso de casación exige autonomía e individualidad de los cargos.
Igual sentido: G.J. t. CLXXVI, pág. 46.

Hechos/Pretensión/Demanda-REQUISITOS

¿Cómo deben ser los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, expresados en la demanda?

FUENTE FORMAL: C. de P.C. Art.: 75 Nmral.: 6.
Extracto: 131

Ineptitud de la demanda/ Interpretación de la demanda

1). Cómo ha de ser el defecto que debe presentar una demanda para que se la pueda calificar de inepta?.

2). En la interpretación de una demanda existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo.
Igual sentido: G.J. Tomo XLIV, pág. 439.

*Casación-CAUSALES

Independencia y autonomía de las causales de casación.

*Error de hecho-MODALIDADES

El error de hecho evidente como forma de quebrantar el derecho sustancial por la vía indirecta, tiene que concretarse a establecer y a demostrar que el sentenciador ha supuesto un medio de prueba que realmente no existe en los autos o ha ignorado la presencia del que sí obra en el proceso, hipótesis estas dos que comprenden la alteración o desfiguración del contenido objetivo de la prueba, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición).
R. F.: C. de P.C. Art. 368 Nmral: 1.

*VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL-Vía directa/INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

Eventos en que es viable un cargo en casación por error jurídico o violación directa en punto a la interpretación de los contratos.

Igual sentido: G.J. t. XXVIII, pág. 364.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Punto común entre estas dos clases de yerros. No es dable acusarlos simultáneamente en el mismo cargo.
R. F: C. de P.C. Art: 368 Nmral: 1, Art: 374 ibídem.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS*

Referencia: Expediente No. 4231. Sentencia No. 097

Decide hoy la Corte Suprema el recurso de casación que MIGUEL FRANCO GARCIA, uno de los demandados, interpuso contra la sentencia de quince (15) de junio de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., para definir con ella la segunda instancia en el proceso ordinario que contra el recurrente, y además contra MIGUEL EDUARDO FRANCO CASTAÑEDA y DORIS FRANCO DE GLANDEN, instauraron JAIME ANTONIO FRANCO GARCIA y ANA GRACIELA FRANCO GARCIA VIUDA DE VASQUEZ, invocando la calidad de "herederos en la sucesión de la señorita MARIA SANTOS FRANCO GARCIA".

1. Antecedentes

1. Mediante escrito que fue presentado el seis (6) de septiembre de 1985 y repartido al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de dicho Distrito Judicial el diez (10) del mismo mes, actuando por conducto de apoderado común los señores ANTONIO JAIME FRANCO GARCIA y ANA GRACIELA FRANCO GARCIA VIUDA DE VASQUEZ, "quienes son herederos en la sucesión de la señorita MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, (...), demandaron" para la sucesión de ésta a MIGUEL FRANCO GARCIA, MIGUEL EDUARDO FRANCO CASTAÑEDA y DORIS FRANCO DE GLANDEN, para que con su citación y audiencia y previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen en contra de éstos y a favor de la mortuoria referida los siguientes pronunciamientos y condenas:

Como pretensiones principales se plantearon: 1a) Que es absolutamente simulada la compraventa contenida en la escritura pública No. 5103 de cinco (5) de septiembre de 1974, de la Notaría 2a. del Círculo de Bogotá, mediante la cual MARIA FRANCO GARCIA enajenó a dicho título en favor de DORIS FRANCO DE GLANDEN, representada ésta en ese acto por Miguel Franco García, el derecho de dominio y la posesión sobre una quinta parte (1/5) proindiviso de un lote de terreno con área aproximada de 329.12 metros cuadrados, junto con la edificación que existe sobre el mismo consistente en dos bloques con cuatro apartamen-

tos independientes cada uno, ubicado en el Barrio de Chapinero de la ciudad de Bogotá, marcado el inmueble con el No. 56-36 de la carrera cuarta A (4a. -A-), comprendido todo el bien dentro de los linderos especiales que la demanda consigna, y que, "como consecuencia dicho contrato no produce efecto alguno"; 2a) Que es igualmente simulada en forma absoluta la compraventa contenida en la escritura No. 2264 de 22 de noviembre de 1974, otorgada en la Notaría 15 de esta ciudad de Bogotá, por la cual la misma MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, representada en ese acto por MIGUEL EDUARDO FRANCO CASTAÑEDA, transfirió a título de venta en favor de MIGUEL FRANCO GARCIA, el derecho de dominio y la posesión sobre las restantes cuatro quintas partes (4/5) proindiviso, del inmueble demarcado con el No. 56-36 de la carrera 4a. A- de la ciudad referida, y que, "en consecuencia, dicho contrato no produce ningún efecto"; y 3a) Que, como consecuencia de las declaraciones principales anteriores, se ordene la cancelación de las escrituras referidas y la inscripción de ellas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, "para todo lo cual se enviaron los oficios correspondientes".

En subsidio de las anteriores peticiones, los demandantes solicitaron las siguientes declaraciones: 1a. "Que por falta de insinuación", se declare que es "absolutamente nula, en cuanto excede de dos mil pesos, la donación contenida" en la citada escritura pública No. 5103 de 1974, Notaría 2a. de Bogotá, referente a la quinta parte proindiviso del dominio y posesión que tiene sobre ese mismo inmueble, ya descrito; 2a.- "Que por falta de insinuación,..." se declare "Que es absolutamente nula, en cuanto excede de la suma de dos mil pesos, la donación hecha" por MARIA SANTOS FRANCO GARCIA a MIGUEL FRANCO GARCIA, contenida en la precitada escritura pública No. 2264 de 1974, referente a las 4/5 partes proindiviso del inmueble ya aludido, es decir al distinguido con el No. 56-36 de la carrera 4a-A- de Bogotá; y, 3a.- que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, "se ordene la cancelación de las escrituras" No. 5103 de 1974, de la Notaría 2a. de Bogotá y 2264 de 1974, ya indicadas, "y la cancelación de la inscripción que de dichas escrituras se hizo" en la Oficina de Registro de Instrumentos públicos de Bogotá, para todo lo cual se enviaran los oficios correspondientes.

En la demanda se señalaron los hechos que en esencia y en lo que son relevantes con el recurso propuesto, pueden sintetizarse en las siguientes afirmaciones: a) Que mediante la escritura pública No. 2264 del 22 de

noviembre de 1974, otorgada en esa fecha en la Notaría 15 del Círculo de Bogotá e inscrita en el Registro de esta ciudad bajo la matrícula inmobiliaria No. 0500243323, MIGUEL EDUARDO FRANCO CASTAÑEDA (hijo de Miguel Franco García), haciendo uso del poder general que previamente le había otorgado MARIA SANTOS FRANCO GARCIA por escritura No. 4714 de 29 de agosto de ese mismo año, "dijo transferirle, a título de venta, a su padre, señor MIGUEL EDUARDO FRANCO GARCIA", el derecho de dominio y posesión que la mandante tenía sobre las 4/5 partes proindiviso del predio de extensión superficiaria de 329.12 metros cuadrados, "junto con la edificación que se halla construída dentro de él", del inmueble No. 56-36 de la carrera 4a-A- de Bogotá, comprendido todo el inmueble enajenado dentro de los especiales linderos que allí se consignaron; b) que el contrato contenido en dicha escritura no es un pacto real y serio, "no corresponde a la realidad, y se trata de un contrato simulado, porque entre la supuesta" vendedora y el "presunto comprador" (su hermano), no existió un acuerdo real de voluntades para efectuar la venta, ya que lo que quizo fue aparentar un contrato de compraventa mediante la escritura pública mencionada", pero sin que "se hubiera tenido la intención de atribuirle a lo declarado en el contrato, los correspondientes efectos: y así no existió la intención de transferir el dominio por parte de la supuesta vendedora ni de su representante, ni existió la voluntad de adquirir el derecho de propiedad por parte del presunto comprador"; c) que, por otra parte, "no se acordó el precio, ni se pagó, por lo cual el contrato no se perfeccionó por falta de los elementos esenciales de la compraventa; ni se desvirtuó la presunción de donación implícita en el acto, ni se hizo conocer al Notario el parentesco existente entre los contratantes", lo que significa que hubo "una simulación absoluta"; d) que la aparente vendedora señora MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, a pesar de haber dicho que enajenaba el inmueble, en sus declaraciones de renta y patrimonio lo ha venido declarando como de su propiedad y pagó los impuestos correspondientes; que jamás recibió el valor del inmueble "presuntamente vendido, porque no lo pagó el comprador"; y que dicha supuesta vendedora "no entregó materialmente el predio,(...), pues hasta su muerte ejerció actos de señora y dueña, lo que nos demuestra, sin equívocos, que el contrato fue simulado absolutamente"; e) que "En el evento de que el representante de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA hubiera tenido la intención de transferir el dominio, y (..) MIGUEL FRANCO GARCIA hubiera tenido la intención de adquirirlo, como no hubo pago del precio, se estaría en presencia de una donación absolutamente nula, en cuanto sobrepase la suma de dos mil pesos ($2.000),

por falta de la insinuación exigida por el artículo 1458 del Código Civil"; y, f) que MARIA SANTOS FRANCO, en vida, se dió cuenta de la simulación "de las ventas a que me he venido refiriendo, y buscó los servicios profesionales de un abogado; pero desafortunadamente la muerte impidió que en vida recuperara sus bienes, que sus parientes, valiéndose de la confianza que ella les depositó, y su ancianidad, ha tenido la intención de apoderarse por medios ilegales".

2. En su oportuna contestación a la demanda los demandados MIGUEL FRANCO GARCIA y MIGUEL EDUARDO FRANCO CASTAÑEDA, padre e hijo respectivamente, por intermedio de su común apoderado se opusieron a las súplicas deducidas en el libelo incoativo del proceso; en la misma oportunidad propusieron, como de mérito, las excepciones que denominaron "Inexistencias de Simulación Contractual" e "Inexistencia de Donación", afirmando, como fundamentos de tales medios defensivos, que "en ambos contratos se perfeccionó el acuerdo de voluntades, existió de manera inequívoca la intención de transferir el dominio por parte de la vendedora y de adquirirlo por parte de los compradores, así como el pago del precio de venta convenido con lo que se reúnen plenamente los elementos esenciales del contrato de compraventa sin que pueda válidamente alegarse una simulación absoluta o relativa"; y que habiéndose concertado entre las partes un contrato de compraventa real y serio, "no es posible que nos encontremos frente a la figura jurídica de la donación y por ello al caso en cuestión no son aplicables las regulaciones jurídicas propias de la donación, ni los efectos y requisitos que la ley atribuye a este tipo de actos dispositivos". Por su parte el curador ad litem de la demanda DOLORES FRANCO DE GLANDEN, también dio contestación a la demanda mediante escrito de octubre de 1988.

3. Planteada la litis dentro de los extremos que se dejan resumidos, con la práctica de las pruebas solicitadas por las partes se prosiguió el trámite de la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento, que lo fue el 17 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, le puso fin con su sentencia de 14 de junio de 1991, mediante la cual, luego de declarar "no probadas las excepciones propuestas" y de desestimar, según lo dijo en las motivaciones de su fallo, "las pretensiones principales, por cuanto en acciones de esta naturaleza es necesario precisar si se trata de simulación absoluta o simulación relativa y acumular con la debida corrección las pretensiones consecuenciales y, las referentes a la negocia-

ción oculta cuya declaratoria de nulidad se desea", acogió las pretensiones subsidiarias declarando, mediante los ordinales 2o y 3o de la parte dispositiva, la nulidad absoluta, en cuanto exceden de dos mil pesos, de las donaciones que expresó se contenían en las escrituras Nos. 5103 y 2264 de 1974, otorgadas en su orden en las Notarías Segunda y Quince de Santafé de Bogotá. Dispuso el juzgador a quo en su fallo, además, que su decisión se comunique "a los Notarios y Registrador respectivos, para que procedan de conformidad".

4-. No conformes con lo así resuelto, los demandados que comparecieron al proceso, es decir, FRANCO GARCIA Y FRANCO CASTAÑEDA, interpusieron contra esa sentencia recurso de apelación que, concedido, llevó el proceso al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el que, luego de rituar el trámite del grado, incluso la práctica de la audiencia pública referida por el artículo 360 del C. de Procedimiento Civil, profirió su decisión con fecha 15 de junio de 1992, mediante la cual confirmó enteramente el fallo apelado e impuso "al recurrente" las costas causadas en la segunda instancia.

Entonces el demandado MIGUEL FRANCO, por conducto de su apoderado, propuso el recurso de casación que luego de haberse justipreciado la cuantía del interés para recurrir, el Tribunal concedió, aunque equivocadamente precisó en su auto de 7 de octubre de 1992, que concedía ese recurso "que interpuso la parte demandada", cuando es lo cierto que solamente uno de los litisconsortes integrantes de dicha parte propuso impugnación por dicha vía.

II. Los fundamentos del fallo de segunda instancia

Como ya ha quedado visto y precisado, la demanda inicial del proceso impugna, al considerarlas simuladas, las compraventas contenida en las escrituras públicas Nos. 5103 de 5 de noviembre de 1974, otorgada en la Notaría 2a. de Bogotá, y 2264 de 22 de noviembre de ese mismo año, pasada en la Notaría 15 del mismo Círculo. El primero de tales dos documentos escriturarios contiene la compraventa entre MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, como vendedora, y DORIS FRANCO DE GLANDEN, como compradora, de la quinta parte proindiviso del inmueble No. 56-36 de la carrera 4a-A- de esta ciudad capital; y en el segundo el contrato de la misma naturaleza, sobre las 4/5 partes restantes de ese mismo bien, por la misma

vendedora entonces representada por MIGUEL EDUARDO FRANCO CASTAÑEDA, en favor del aquí recurrente MIGUEL FRANCO GARCIA, uno de los tres demandados. Por cuanto solamente este demandado propuso el recurso de casación y con tal preciso alcance la Corte Suprema de Justicia lo admitió en su auto de 15 de diciembre pasado, y así se tramitó, para los efectos de conocer la decisión de la sentencia impugnada y su fundamentos, solamente la Sala hará alusión en este capítulo a los razonamientos del Tribunal que estima relevantes o trascendentes para desatar el recurso referido.

Entendido lo anterior, bien pueden compendiarse del modo siguiente las motivaciones del fallo recurrido. De acuerdo en el punto con el juzgador a quo, el Tribunal Superior de Bogotá inicia sus consideraciones advirtiendo que, en el presente caso, "los presupuestos procesales se encuentran debidamente conformados" y que, como no hay nulidad con virtualidad para invalidar la actuación surtida, se impone "un pronunciamiento de fondo", advirtiendo a renglón seguido, que se estructura la legitimación en la causa por su aspecto activo, puesto que, explica, se está solicitando el decreto de simulación de "dos actos de compraventa", por personas interesadas en su declaración, pues pretenden que los bienes objeto de los respectivos contratos afectados, ingresen a la sucesión de la señora MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, y para ella así lo piden, alegando y acreditando ser parte en la misma, petición que, agrega el ad quem, está "por demás ajustada a derecho, pues cuando así se solicita, no necesitan actuar como demandantes todos los herederos, careciendo en esta forma de razón y por este aspecto, el recurrente". Y luego de recordar que, según jurisprudencia de la Corte Suprema, hoy las partes gozan de libertad probatoria para acreditar la simulación de actos jurídicos, lo mismo que traer a cuento la importancia que al efecto tiene la prueba indiciaria y de precisar algunos de los hechos indicadores de simulación que la doctrina y la jurisprudencia citan como relevantes, el sentenciador de segundo grado expresa que "En el caso de análisis, de los documentos aportados con la demanda, se pueden apreciar varios de los indicios" de simulación de las compraventas impugnadas en esta litis.

Dice, en efecto, que según las declaraciones de renta de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, correspondiente a los años gravables de 1975 a 1980, no obstante de la aparente venta contenida en las escrituras referidas, ella continuó denunciando como integrante de su patrimonio el

inmueble de la controversia, o sea, el No. 56-36 de la carrera 4a.-A- de Bogotá; que igualmente esa declarante siguió "declarando los arriendos que producía el inmueble", y prosiguió celebrando contratos de arrendamiento de dicho bien, figurando ella como arrendadora, pues que así lo indican los documentos firmados y que conteniendo pactos de esa naturaleza, se aportaron al proceso. Afirma el juzgador ad quem que todos esos hechos conducen a poner de manifiesto la falta de seriedad de los contratos de compraventa: "Si las ventas atacadas fueron celebradas en 1974 y mediante ellas se vendía la totalidad del inmueble mencionado, —se pregunta – porqué sigue figurando como propiedad de la vendedora?; y que, además, esas pruebas evidencian que "la vendedora, siguió ejerciendo actos de señora y dueña sobre el inmueble, (...), es decir no se desprendió de la posesión". Añade el Tribunal que esas mismas declaraciones de renta indican que la citada señora MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, no poseía otros bienes, distintos del aquí controvertido, que le produjera renta para su subsistencia, por lo que, deduce la sentencia, "no se encuentra qué motivo tuvo ella, para vender", siendo una persona de avanzada edad "que vivía sólo de estas rentas", a todo lo cual añade, como otro hecho indicativo de simulación, "el parentesco existente entre las partes".

Para desechar la defensa de los demandados fundada en cartas que se dice envió MARIA SANTOS FRANCO GARCIA a los inquilinos del inmueble, comunicándoles que había pactado con los compradores de éste un usufructo por 10 años, dice la sentencia que tales misivas, por ser fotocopias y no encontrarse autenticadas ante Notario "no pueden ser tenidas en cuenta de acuerdo a lo establecido por el artículo 254 del C. de Procedimiento Civil; y que, además, el usufructo, como derecho real que es, "no vale si no se otorga por instrumento publico inscrito (C.C. art. 826)".

Observa en las motivaciones de su fallo el Tribunal que su conclusión de ser simuladas las compraventas contenida en las escrituras públicas aquí impugnadas, es la misma a que llegó el juzgado de la primera instancia; sin embargo, haciendo propias las razones del fallador a quo, expresa que "no se accede al decreto de simulación" deprecado en la demanda incoativa del proceso y que en cambio, como también lo decidió el juez inicial, da despacho favorable a las pretensiones subsidiarias. Así que, el juez ad quem acoge los razonamientos del a quo para desestimar las pre-

tensiones deducidas principalmente en la demanda inicial, que son en su esencia: "No se accederá a las pretensiones principales, por cuanto en acciones de esta naturaleza es necesario precisar si se trata de simulación absoluta o de simulación relativa y acumular con la debida corrección las pretensiones consecuenciales y, las referentes a la negociación oculta cuya declaratoria de invalidez o nulidad se desee", pues que, según jurisprudencia aceptada, "la demanda deberá contener las peticiones propias de la acción declarativa de simulación relativa, y además las peticiones adecuadas a la acción constitutiva o de condena pertinentes".

Para acoger las pretensiones subsidiarias el juzgado de primera instancia, en argumentación que también asume el de segundo grado, dice que debe accederse a ellas "pues al no haber existido insinuación, la donación será nula sobre el exceso de dos mil pesos, mas aún, cuando no se desvirtuó la presunción legal de donación en los instrumentos impugnados, vulnerando en ese entonces, expresas normas legales, como la Ley 63 de 1936, el artículo 6 del Decreto 2143 de 1974 y demás normas concordantes". Agrega al respecto el Tribunal que en relación con la declaración de nulidad absoluta de la donación suplicada como pretensión subsidiaria, "ninguna prueba se adujo, en relación con el requisito exigido por el artículo 1458 del C.C., por lo que faltando la debida insinuación en aplicación del mismo artículo, sólo tiene efectos hasta $2.000.oo y nula en el exceso".

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación solamente el demandado MIGUEL FRANCO GARCIA; en la respectiva demanda el recurrente formula contra las decisiones del tribunal contenidas en su sentencia, referentes a la declaración de nulidad absoluta de la "donación contenida en la escritura pública No. 2264 de 1974, otorgada en la Notaría 15" y la orden de comunicar tal resolución "a los notarios y registrador respectivos", seis cargos: el primero, con base en la causal 2a. del artículo 368 del C. de Procedimiento Civil; el 2°., con apoyo en la causal 3a. del mismo precepto; y los cuatro restantes, dentro de la órbita de la causal primera, censuras todas ellas que la Corte procede a examinar en el orden en que vienen propuestas.

Cargo primero

En su planteamiento se acusan las resoluciones de la sentencia del Tribunal que son impugnadas en casación, de ser incongruentes y por ello violatorias del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, inconsonancia que estructura la causal 2a. del artículo 368 ibídem, por cuanto "declaró (...), la nulidad absoluta de una donación en la forma suplicada por los actores, pero sin base en ninguno de los hechos alegados como causa petendi".

En desenvolvimiento de esta censura el casacionista comienza por hacer un recuento de las modificaciones legislativas que se han hecho de la causal 2a. de casación, observando que el Legislador de 1989, elevó a norma de derecho positivo la nueva concepción jurisprudencial en el sentido de afirmar que hay incongruencia no solamente cuando el fallo no está de acuerdo con las pretensiones de la demanda o las excepciones del demandado, sino también cuando el fallo concede algo que efectivamente fue pedido por el demandante, pero apoyándose en hechos distintos alegados como causa de pedir. Al respecto transcribe el artículo 305, citado, conforme al cual "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda" y dice que tal ampliación legislativa al alcance del principio de incongruencia, llevó consecuencialmente a ese legislador a modificar el 368 ejusdem, para decir que se da la causal 2a. de casación cuando no está la sentencia "en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio".

Después de apuntar además algunas características de la simulación de actos jurídicos, recordando que puede ser absoluta o relativa y precisar cuándo se da la una y cuándo la otra, entra el censor a concretar el yerro in procedendo que le atribuye a la sentencia que combate, indicando que, según la demanda, los demandantes suplicaron, como pretensión principal, que se declare la simulación absoluta de las compraventas hechas por MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, en favor de DORIS FRANCO DE GLANDEN y MIGUEL FRANCO GARCIA, mediante las escrituras Nos. 5103 y 2264 de 1974, pasadas en su orden en las Notarías 2a. y 15 de Bogotá; y que, subsidiariamente, pidieron que por falta de insinuación, se declarasen absolutamente nulas las donaciones contenidas en esas escrituras públicas. Dice el censor que como causa de pedir de

esas pretensiones acumuladas así en la demanda, la parte actora afirmó que las ventas recogidas en los respectivos títulos escriturarios precitados "son simuladas en forma absoluta", porque no hubo un acuerdo real de voluntades para efectuar los contratos, ni hubo pago, ni intención de transferir el dominio por parte de la vendedora, ni de adquirirlo por parte de los compradores, ya que lo que se quizo fue aparentar un contrato de compraventa mediante las escrituras mencionadas. Y transcribe el hecho 11 de la demanda, alegando que según la afirmación allí contenida los demandantes expresaron que "En el evento de que el representante de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA hubiera tenido la intención de transferir el dominio, y DORIS FRANCO DE GLANDEN y MIGUEL FRANCO GARCIA hubieran tenido la intención de adquirirlo, como no hubo pago del precio, se estaría en presencia de una donación absolutamente nula, en cuanto sobrepase la suma de $2.000.oo, por falta de insinuación exigida por el artículo 1458 del Código Civil". De lo anterior concluye el impugnador de las sentencias que el Juzgado a quo, después que analiza las pruebas y de hallar demostrados la mayoría de los hechos constitutivos de la causa petendi, deja bien en claro que la causa de pedir en esta litis la constituye la simulación de las sobredichas compraventas, y que "igual apreciación hizo el Tribunal", que hace suyos los planteamientos del fallador de primer grado, para dar por demostrada la simulación alegada con apoyo en indicios múltiples.

Que no obstante ello el Tribunal de Bogotá, en completo acuerdo con lo decidido por el Juzgado, negó la simulación absoluta de las compraventas y en su lugar, "y en cuanto respecta al demandado MIGUEL FRANCO GARCIA...", declara absolutamente nula, en cuanto excede de $2.000.oo, "la donación contenida en la escritura pública No. 2264 de 1974" y ordena comunicar esa resolución a los respectivos notarios y registrador "para que procedan de conformidad".

De todo lo cual concluye, dándole concreción a la inconsonancia del fallo que acusa, que el Juzgado de la primera instancia, en resoluciones confirmadas por el tribunal, al así resolver incurrió en el vicio de incongruencia "puesto que con manifiesta violación del numeral 135 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989, que modificó el 305 de nuestro estatuto procedimental, declaró en contra de mi cliente la nulidad absoluta de una donación en la forma suplicada por los actores, pero sin base en ninguno de los hechos alegados como causa petendi".

A continuación, dice el objetante que la 2a. petición subsidiaria es, según la demanda, "Que por falta de insinuación, declare que es absolutamente nula" la donación hecha, a través de representante, por MARIA SANTOS FRANCO GARCIA a MIGUEL FRANCO GARCIA "mediante la escritura No. 2264 de 1974", otorgada en la Notaría 15 de Bogotá; y que en la pretensión 3a. se pide, como consecuencia, la orden de cancelación de la referida escritura y de inscripción en el registro, peticiones éstas dos que fueron despachadas favorablemente por el Juzgado, en resoluciones confirmadas por el Tribunal, con fundamento "en la falta de insinuación y en el hecho de no haberse desvirtuado la presunción de donación de que trata la Ley 63 de 1963, el artículo 6 del Decreto Ley 2143 de 1974 y demás normas concordantes". De lo cual resulta, dice el casacionista, que la nulidad que se acoge y se declara por los juzgadores de las instancias se refiere "al contrato de donación que define el artículo 1443 del C.C. y reglamentan las disposiciones subsiguientes que exigen, para la validez de tal acto, que se otorgue escritura pública y se conceda insinuación, o sea la autorización del Juez". Pretensión y declaración de nulidad, expresa el impugnador, que "dicen relación a una donación per se y no a la que pudiera derivarse de una simulación relativa que no fue suplicada". Concretando, expresa el objetante: "se suplicó y decretó la nulidad absoluta, por falta de insinuación, de la donación contenida en la escritura pública No. 2264 de 1974, otorgada en la Notaría Quince de Bogotá...", o sea, añade el censor, que se "concedió algo que efectivamente fue pedido por los demandantes, pero sin apoyo en ninguno de los hechos alegados como causa petendi ya que en ninguno de los hechos" que van de los ordinales 7o. a 13 de la demanda, y que se relacionan con la escritura 2264 sobredicha, "ni en ninguna otra parte del libelo, se afirma por los actores que el contrato celebrado con mi cliente sea formalmente una donación. Tal contrato, desde el punto de vista de su naturaleza, forma y estructura, es una verdadera compraventa:...", que "Jamás los demandantes afirmaron que el contrato recogido" en la precitada escritura 2264, "fuera desde el punto de vista de su forma y contenido un contrato de donación" que no se alegó como causa petendi.

Finalmente expresa el recurrente, tratando de concretar aun más la incongruencia que acusa en su larga y repetida argumentación, que "Tratándose de una compraventa tachada de simulada relativamente por encarnar realmente una donación, ésta sólo puede ser materia de pronunciamiento como secuela del ejercicio de la acción relativa de aquélla. Si esta acción nos se ejercita y sin embargo en la sentencia se declara la nulidad de la presunta donación real-

mente querida por las partes, se falla extra petita, esto es, en incongruencia o inconsonancia con los hechos de la demanda".

Se considera

A la luz de las pertinentes normas del Código de Procedimiento Civil de 1970 (arts. 305 y 368-2), la incongruencia como causal de casación sólo podría buscarse confrontando la parte resolutiva de la sentencia impugnada "con las excepciones" propuestas por el demandado y que hubieren sido alegadas "si así lo exige la ley", y también con las pretensiones del demandante, las que no solamente podían encontrarse deducidas en la demanda inicial del proceso, sino también aducidas "en las demás oportunidades que este Código contempla", pues así lo preceptuaba el artículo 305. Como en aquella época la inconsonancia, como tal, sólo se daba si al cotejar las disposiciones del fallo de instancia con la peticiones de la demanda y las excepciones, tal causal de casación no se estructuraba a cuando la causa de pedir y lo resuelto, al confrontarlos, ofrecía disonancia entre tales disposiciones del fallo y la causa petendi de la demanda, pues entonces dicha inconformidad podía invocarse en casación por la causal primera por "errónea interpretación de la demanda". Esa jurisprudencia acorde con las normas legales vigente entonces, se mantuvo por la Corte Suprema hasta cuando, como lo apunta el recurrente, en fallo de 28 de noviembre de 1977 la Sala de Casación Civil, sentó la tesis de que "...la incongruencia no sólo se presenta cuando confrontadas las resoluciones de la sentencia con las peticiones y defensas de las partes se observa que el fallo es extra, ultra o minima petita, porque puede acaecer que a pesar de existir armonía cabal entre aquéllas y éstas, se presente el fenómeno de la incongruencia, como cuando demandándose la nulidad del proceso con fundamento en la incompetencia del fallador, se declara el vicio, pero con apoyo en otra causal no alegada, como la de haberse omitido el término para pedir pruebas... La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario (...) Tal el fundamento par afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados" (no publicada oficialmente).

Tal doctrina jurisprudencial, que por cierto no fue constante, dio base sin embargo para que el legislador de 1989 (decreto 2282 de 7 de octubre), modificara el artículo 305, y como consecuencia obvia el 368 del Código de Procedimiento, en el sentido de ampliar el ámbito del principio de la incongruencia, para que ésta se estructure también cuando el fallo no guarde congruencia, no sólo con las peticiones del demandante y las excepciones del reo, sino también "con los hechos" aducidos en la demanda incoativa del proceso. O sea que hoy, al amparo de la ley procesal vigente, la causal de casación consistente en incongruencia del fallo se da también (art. 368-2) cuando no está la sentencia "en consonancia con los hechos", que se invoquen como fundamento de las pretensiones de la demanda o de las excepciones propuesta por el demandado o que el juez deba reconocer de oficio. Y ello no obstante que el mismo legislador de 1989, como lo había determinado el de 1970, previamente había consagrado como uno de los casos en que se da la causal primera de casación, la violación indirecta de la ley sustancial "por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda". Frente a este doble planteamiento recientemente, en sentencia del 15 de octubre de 1993, esta Sala precisó: "En el plano teórico, la diferencia entre el error **in procedendo**. *tipificador de la incongruencia, y el error de hecho en que se pueda caer al apreciar la demanda, propio de la causal primera de casación, no se ha desdibujado a raíz de la innovación introducida al citado numeral 2 del artículo 368, ya que en el primer evento el juzgador, al considerar los hechos sustentantes de la pretensión, no hace cosa distinta a la de despreocuparse de la demanda para tomar únicamente en cuenta aquellos que, de acuerdo con su personal criterio, resultan dignos de ser valorados. En la segunda hipótesis, por el contrario, el juez parte de obedecer la regla que le habla de la sujeción a los hechos de la demanda, mas cuando pretende fijar el sentido de la misma resulta alterándolos, siendo este el motivo por el cual aquí ya no se atinado hablar de desatención o prescindencia de la demanda".*

No obstante lo anterior, lo cierto es que la incongruencia del fallo no puede darse sino en los supuestos en que el sentenciador dicta su resolución en disonancia con las circunstancias fácticas que el demandante dió como fundamento de sus pretensiones, o las que el demandado invocó como soporte de sus excepciones. Dicho en otras palabras, así como es deber del juez pronunciarse en su sentencia sobre todo lo que se le ha pedido por los litigantes y solamente sobre lo demandado, sin pecar por defecto pero tampoco por exceso, tampoco le es dado emitir su decisión apoyándola en fun-

damentos fácticos que no hayan sido traídos por las partes al debate, o que el fallador deba considerar oficiosamente, lo que significa que cuando el sentenciador en su fallo concede aquello que ha sido pedido sin alterar ni modificar ni distorsionar en su esencia los hechos invocados en la demanda, sino que resuelve con el soporte que ellos y la pruebas le dan, debe desecharse la incongruencia que al respecto alegue un litigante. La nueva especie de la incongruencia consagrado positivamente, radicada precisamente en la necesidad de comparar los hechos alegados y lo resuelto, en ese evento no se estructura, habida cuenta que en semejante hipótesis será evidente que la "razón de dar" expresada en la sentencia, guarda equilibrada correspondencia con la "razón de pedir", siempre en el bien entendido, se repite, que los jueces, sin quebrantar el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, no pueden atribuirse el poder de sustituir de oficio una acción o una excepción por otra diversa de aquellas que expresa y formalmente propusieron las partes.

Y es esto justamente lo que sucede en el presente caso y por ello el cargo formulado tiene que desestimarse por la Corte, pues el comparar la resolución de anulación absoluta de la donación contenida en la escritura No. 2264 del 22 de noviembre de 1971, otorgada en la Notaría 15 de Bogotá, que es la disposición contenida en el ordinal 3o. de la sentencia del juzgado, confirmada por el Tribunal, con los fundamentos de hecho que los demandantes se invocaron al efecto en su demanda, se advierte completa armonía entre aquélla y éstos, toda vez que la sentencia impugnada en nada, para pronunciarse en torno a la nulidad deprecada, se separó de la causa petendi invocada en la demanda por los demandantes.

En efecto. Mediante el ordinal 3o de la parte dispositiva de su sentencia de 14 de junio de 1991, que fué confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en la suya proferida el 15 de junio del año siguiente, se declaró "absolutamente nula, en cuanto excede de $2.000.oo, la donación contenida en la escritura pública No. 2264 de 1974, otorgada en la Notaría 15 de Bogotá, referente a las 4/5 partes, proindiviso que MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, tiene sobre el lote de terreno y la construcción existente en el mismo, cuya ubicación, linderos y demás características se indicaron en la segunda pretensión principal que contiene la demanda", decisión estimatoria que los juzgadores de instancia tomaron después de desechar "las pretensiones principales". Y estribaron su resolución anulatoria de la donación que encontraron contenida en esa escri-

tura pública, según se infiere de la parte expositiva de sus fallos, en que el acto de donación requiere para su validez y eficacia de ciertas formalidades establecidas por la ley, entre las cuales señaló la insinuación o autorización judicial, requisito que al no cumplirse en este caso anula en forma absoluta ese acto jurídico, "más aún, agregó, cuando no se desvirtuó la presunción legal de donación en los instrumentos pugnados, vulnerando en ese entonces, expresas normas legales...". Tal resolución de la sentencia corresponde, exactamente, a lo suplicado en la petición 3a. de la demanda, como pretensión subsidiaria, sin que pueda aceptarse la argumentación del censor en el sentido de decir que el fallo concede algo que efectivamente se pidió, "pero sin apoyo en ninguno de los hechos alegados como **causa petendi**", puesto que la demanda, singularmente en sus afirmaciones de hecho de los ordinales 8 y 11 de ese escrito, dice que no "se desvirtuó la presunción de donación implícita en el acto; y que en el evento de que MARIA SANTOS hubiera tenido la intención de transferir el dominio del inmueble, MIGUEL FRANCO la intención de adquirirlo, "como no hubo pago del precio se estaría en presencia de una donación absolutamente nula, en cuanto sobrepase la suma de dos mil pesos ($2.000.oo), por falta de la insinuación exigida por el artículo 1458 del Código Civil", Así las cosas, luego de confrontar tales hechos de la demanda y lo resuelto en la sentencia de instancia, por lógica debe deducirse que hay entre ambos extremos indiscutible y evidente armonía; que la sentencia declara la anulación de la donación, que fue suplicada subsidiariamente, luego de haber desechado la pretensión principal y con base en idénticos supuestos fácticos a los alegados por el demandante en su demanda como razón para pedir esa declaración de ineficacia. Comparadas pues las súplicas de los demandantes y los hechos en que éstos apoyaron aquéllas, con lo resuelto por el Tribunal y las razones que invocó para ello, se impone aceptar que no hay entre tales extremos disconformidad alguna sino que, contrariamente, existe entre ellos plena consonancia. Los referidos y apuntados hechos 8 y 11 de la demanda, se los considere aisladamente o en el conjunto que ellos forman con los demás referentes a la simulación de la compraventa plasmada en la escritura No. 2264 de 1974, tantas veces citada, conducen a indicar que los juzgadores de las dos instancias, lejos de apartarse de la causa petendi afirmada por los demandantes para reclamar el decreto de nulidad de la donación, fué objetivamente fiel a esa especial razón de pedir y que por hallarla demostrada en sus hechos estructurales la decretó.

Así, independientemente de si en la reforma legislativa hoy la inconsonancia del fallo se da, entre otros casos, cuando la sentencia no está en consonancia con los hechos de la demanda, que es precisamente lo que aquí se alega en el cargo primero, para despachar éste basta observar que la declaración anulatoria impugnada en casación deriva con exactitud de los hechos en que se basan las pretensiones deducidas, así los que se han alegado por las súplicas principales y los que se invocaron para las subsidiarias no se hayan formulado de manera separada, sino en conjunto. Si dentro de los hechos y por lo mismo en la parte motiva de la sentencia aquí impugnada en casación, se enuncian algunos aspectos referentes a la simulación relativa del negocio jurídico contenido en la citada escritura No. 2264, ello no afecta la conformidad entre lo resuelto y los hechos por los cuales se resolvió la aceptación de la nulidad absoluta, puesto que, así sea indiscriminadamente, además de esa circunstancias fácticas se invocan algunas otras que guardan relación con la ineficacia de la donación, y porque, de otra parte, ello corresponde al análisis que el juzgador hizo de ese mismo acto concreto y determinado, el contenido en dicha escritura, que fué precisamente el objeto de la controversia.

Por todo lo expuesto se desestima por improcedente el cargo por incongruencia.

Cargo segundo

Con fundamento en la causal tercera de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, mediante este cargo el casacionista acusa las disposiciones 3a. y 4a. del fallo del Tribunal de ser ellas declaraciones contradictorias entre sí y de imposible ejecución simultánea.

En el desarrollo de esta censura el recurrente, luego de recordar que en la citada escritura 2264 se recogieron las cláusulas del contrato por el cual MARIA SANTOS FRANCO GARCIA transfirió, a título de venta en favor del demandado MIGUEL FRANCO GARCIA, el dominio y la posesión sobre 4/5 partes proindiviso del inmueble demarcado con el No. 56-36 de la carrera 4a.-A- de la nomenclatura urbana de Bogotá, título que dice "fue inscrito como compraventa en la Oficina de este Círculo bajo el folio de matrícula No. 050-0243323", observa que el Juzgado, en decisiones confirmadas por el Tribunal, declaró absolutamente nula, en cuanto excede de $2.000.oo, "la donación contenida" en la referida escritura pública (ordinal

3o.), y por el ordinal 4o. ordenó comunica esa disposición a notario y registrador, "para que procedan de conformidad".

Expresa el censor, concretando el yerro de procedimiento que denuncia, que "No hay la menor duda de que la resolución del a quo, confirmada por el Tribunal, contiene disposiciones contradictorias, antitéticas, que impiden su cumplimiento tanto por el Notario, como por el Registrador", y explica la oposición de disposiciones empezando por citar los artículos 45, 46, 52 y 53 del Decreto 960 de 1970, atinentes a la cancelación de una escritura pública, sus formas de obtenerla, y sus efectos. Con lo anterior, el casacionista intenta demostrar el cargo, así: "Al quedar en firme la sentencia recurrida en casación, al Notario 15 de Bogotá le llegaría una orden judicial para que procediera a cancelar la donación contenida en la citada escritura pública 2264 de 1974, en cuanto exceda de $2.000.oo. Pero este funcionario necesariamente ha de verse en la necesidad legal de no proceder a la cancelación al advertir de inmediato que la donación cuya nulidad se decreta no consta en el título a que se refiere la orden judicial, ya que este contempla llana y lisamente un contrato de compraventa cuya eficacia y valor legal permanecen en pie por no existir ninguna declaración judicial que le reste mérito, como realmente no la hay hasta el momento".

El impugnante, luego de observar que "Semejantes consideraciones pueden hacerse respecto a la cancelación del registro del memorado título", transcribe la preceptiva de los artículos 39 y 40 del Decreto 1250 de 1970, referentes a la cancelación del registro o inscripción de títulos y a la forma de hacerlo, para agregar que en este caso "al Registrador le llegaría la orden de cancelar el registro de la donación contenida en el citado título escriturario, orden que desde luego el Registrador no podría acatar, sin violar la ley, puesto que lo que legalmente aparece registrado en su oficina, no es una donación, sino una compraventa con todas las de la ley, no desvirtuada judicialmente hasta el presente".

Concluyendo el desarrollo del cargo, afirma el casacionista que "es incuestionable que la resolución impugnada contiene determinaciones que hacen imposible su cumplimiento, por fuerza de su misma contradicción: se declara nula una donación y se ordena al mismo tiempo la cancelación de un título que da cuenta, no de ese acto (la donación), sino de una compraventa, inscrita en el registro como tal y que hasta ahora no ha sido objeto de decisión que le quite o le cercene su plena eficacia legal".

Se considera

En efecto, bajo la vigencia de la reforma al estatuto procedimental colombiano de 1989, como también lo fué en el Código de 1970, la causal 3a. de casación se tipifica al "Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias". O sea que el fundamento jurídico de esta causal de casación es el mismo y se ubica únicamente en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia hagan imposible la ejecución simultánea o concomitante de ella. Ha dicho la Corte repetidamente que sólo en ese supuesto de imposibilidad de ejecución simultánea de las varias resoluciones de la misma sentencia "la causal aludida tendrá virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado". (G.J. Tomo CXLVI, 43).

Fundamento que en el presente caso no se da pues no existe contradicción entre disposiciones de la misma sentencia, no hay entre ellas oposición que impida su cumplimiento simultáneo o sucesivo en el tiempo. Pues si para el censor la contradicción que acusa está entre las resoluciones contenidas en los ordinales 3 y 4 de la sentencia del juzgado, que fueron confirmados por el Tribunal, o sea en cuanto se dispone o decreta la nulidad absoluta de la donación contenida en la escritura No. 2264 de 1974 y referente a las 4/5 partes del inmueble 56-36 de la carrera 4-A- de Santafé de Bogotá, hecha por MARIA SANTOS FRANCO GARCÍA a favor de MIGUEL FRANCO GARCIA (num. 3); y, consecuencialmente se ordena comunicar esa decisión "a los notarios y registrador respectivos, para que procedan de conformidad" con lo pedido en la demanda, o sea a cancelar la escritura y la inscripción de ésta en la Oficina de Registro , hay que aceptar que tales dos peticiones y resoluciones correlativas, lejos de ser contradictorias entre sí, son coherentes pues entre las dos hay una indiscutible relación de causa a efecto: las cancelaciones ordenadas son la obvia y la natural consecuencia de la anulación decretada.

Y para descartar la alegada oposición entre la declaración de nulidad absoluta de una donación disimulada y no insinuada frente a las órdenes de cancelar tanto la escritura que la contiene, como la inscripción de este título, sería bastante advertir que, según los Decretos 960 y 1250 de 1970, que corresponden a la reglamentación positiva de los Estatutos del Notariado y del Registro de Instrumentos Públicos, en su orden, artículos 45 a 47 del primero y 39 a 42 del segundo, la vigencia de dichos escritura y su inscrip-

ción va desde su otorgamiento y el registro hasta cuando aquélla y éste se cancelan por alguno de los medios legales. Uno de éstos es, justamente, "por decisión judicial en los casos de ley" y "la orden judicial en tal sentido" (arts. 45, Decreto 960 y 40 del No. 1250, citados).

Así, uno de los casos en que por ley debe ordenarse judicialmente la cancelación de una escritura pública y de su registro es, exactamente, cuando se anula por la jurisdicción un negocio jurídico que, para su perfeccionamiento, exigió el otorgamiento de escritura pública y para la tradición del derecho enajenado la inscripción de ella en el competente Registro. Porque si tal documento, exigido entonces como requisito **ad solemnitatem** y no simplemente como medio de prueba, por ser el molde para estructurar un negocio jurídico solemne y no consensual, no se cancela, la anulación decretada judicialmente para ese acto se tornaría nugatoria o sin eficacia; como sería también inocuo el decreto del juez que invalida el acto plasmado en esa escritura, si esa decisión no encuentra reflejo adecuado en el registro, pues, el efecto legal y natural de toda declaración judicial de nulidad es, en principio, dejar retroactivamente sin efectos el acto invalidado. Por eso ordena el artículo 1746 del C. Civil que "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho a ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo; (...)", preceptiva legal que no solamente le da coherencia a las resoluciones de anulación y cancelación de la escritura que contiene el acto invalidado, y a la de la inscripción de ésta en el Registro, sino que, dejan ver solo la posibilidad de cumplirse ambas simultáneamente, pues de no procederse a las referidas dos cancelaciones (la de la escritura y su registro), valga repetirlo, el derecho judicial de nulidad de un negocio jurídico solemne quedaría sin efectividad.

Finalmente, ninguna imposibilidad irán a encontrar Notario y Registrador para cumplir la orden judicial de cancelación de la escritura y su registro, que se les dará una vez en firme la sentencia que declara la nulidad absoluta de una donación no insinuada y que fue otorgada por escritura pública, pues desde el punto de vista jurídico esos funcionarios por principio, carecen de competencia para desconocer o dejar de cumplir una decisión judicial que, luego de haberse impugnado por todas las vías legalmente posibles, ha adquirido firmeza y que hace tránsito a cosa juzgada. No es legítima la hipótesis que plantea el censor en el sentido de decir que aquellos no pueden cancelar la escritura que contiene una compraventa con la

orden de cancelar una donación, puesto que a ellos corresponde cancelar el título escriturario abstractación de su contenido, como la de su registro, pues esto y no otra cosa es lo que la jurisdicción les ordena hacer.

Se desestima también, por improcedente, este segundo cargo.

Cargo tercero

Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1443, 1444, 1450, 1457, 1458, 1740, 1741 del C. Civil, 2o de la Ley 50 de 1936, 29 y 85 de la Constitución Nacional, 4o de la Ley 57 de 1887 y 7o de la Ley 153 de 1887; y 6o, 44, 65, 75, 77, 85, 86, 251, 252, 254, 268, 279 del Código de Procedimiento Civil, 123 del Decreto 1260 de 1970, todos estos últimos por falta de aplicación como consecuencia de los errores de hecho manifiestos y yerros de derecho que el recurrente le endilga al Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas que determina y singulariza.

Estima la censura que, contrariamente a lo que en tales dos puntos deduce el Tribunal en su sentencia, no se dan en el presente caso los presupuestos procesales de capacidad para ser parte en los demandantes y demanda en forma, los que erradamente da por existentes el ad-quem para emitir su fallo de mérito, y que la ausencia de tales dos presupuestos reclama el pronunciamiento de una sentencia inhibitoria.

Desarrollando el cargo por el primer aspecto el impugnante, después de enumerar los que, según jurisprudencia, se denominan presupuestos del proceso indispensables para decidir en el fondo y de detenerse en el análisis de "la capacidad para ser parte", indicando que además de las personas la tienen algunos patrimonios autónomos, como la sucesión ilíquida, puntualiza que en el presente litigio y según la demanda inicial los demandantes JAIME ANTONIO FRANCO GARCIA y ANA GRACIELA FRANCO GARCIA VIUDA DE VASQUEZ actúan invocando calidad de herederos en la mortuoria de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA y demandan para esta sucesión. Luego de tal afirmación pasa el impugnador a hacer un recuento histórico de la prueba del estado civil a través del Derecho Positivo, recordando que, según las varias disposiciones que en su tiempo han dictado los legisladores para regular la materia, se ha pasado del sistema de las pruebas principales y supletorias al sistema único que al respec-

to implanta el Decreto 1260 de 1970. A continuación entra el casacionista a analizar, con cita de las normas procesales pertinentes, la prueba de documentos y la necesidad de su autenticación para que pueda tener eficacia demostrativa, reiterado que a su juicio, "las copias de las actas del estado civil de las personas referentes a hechos o actos acaecidos antes de la vigencia de la ley 92 de 1938 expedidas por los Párrocos, perdieron el carácter de documentos auténticos desde el 1o de julio de 1971"; y que, en esas condiciones, "para que tengan el mismo valor probatorio del original (...), se requiere que hayan sido autenticadas por un notario o juez, como lo predicaba el art. 253 del C. de P. C. y lo demanda hoy el numeral 117 del artículo 1o del Decreto 2282 de 1989 que lo reformó". Con apoyo en tal argumentación la censura entra a precisar el primer yerro que le enrostra al sentenciador para dar por estructurada la capacidad para ser parte, por su aspecto activo, y al efecto expresa que los juzgadores de instancia la dieron por establecida plenamente "con base en los documentos que obran a folios 2 a 11 del cuaderno No. 1", o sea, las copias de las actas de origen eclesiástico del matrimonio de PEDRO FRANCO con EDUVIGES GARCIA; bautismo de los hijos procreados en dicha unión; y fallecimiento de la madre de éstos, documentos todos éstos que, dice el impugnante, "carecen de autenticidad, por no haber sido autenticadas por funcionario público alguno (...), y en ausencia de ese carácter no tienen siquiera la calidad de prueba sumaria". Dice el impugnador de la sentencia que "significa lo anterior que en el caso sub judice hay falta de pruebas que acrediten el parentesco con la difunta MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, que en el libelo alegan los actores y que esta falta de pruebas implica la ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte".

A continuación el recurrente, después de afirmar claramente que "hay falta de pruebas del parentesco" de los demandantes con la finada MARIA SANTOS, añade que el Tribunal "incurrió en protuberante error de derecho al otorgarle mérito probatorio" a los documentos indicados "con los cuales los actores pretendieron establecer su carácter de herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, para cuya mortuoria suplica las declaraciones tanto principales como subsidiarias, cuando es lo cierto que tales documentos carecen de eficacia probatoria por no haber establecido legalmente su autenticidad". En su demanda, al sintetizar su pensamiento en este yerro que denuncia, expresa el censor que "Incurrió el Tribunal en error de derecho al otorgarle plena eficacia probatoria a la copia de las actas de origen eclesiástico que por no haber sido autoriza-

das por ninguno de los funcionarios indicados en el num. 1 del artículo 254 del C. de P.C., ni compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de una inspección judicial (num. 3), debían haberse autenticado por notario..."

Desarrollando el cargo por el segundo aspecto en que lo plantea, o sea, en la afirmada falta de presupuesto procesal de demanda en forma que dice está, de un lado, en la ausencia del **ius postulandi** de los demandantes y de otro, en que la demanda introductoria no presenta "claridad ni precisión respecto del objeto de la pretensión", el recurrente inicia refiriéndose a la demanda y a los requisitos que, según la ley, ésta debe observar para que se la pueda calificar de idónea y por ello admisible. Al respecto transcribe los artículos 75, 76, 77, 81, 82 y 83 del C. de Procedimiento Civil.

Enseguida, para tratar de demostrar esta censura por la primera de las dos facetas que le da, el casacionista recuerda que, según el artículo 77 del Código de Procedimiento Civil, a la demanda debe acompañarse "el poder para iniciar el proceso", o sea, agrega, que la demanda debe ser incoada por quien tenga **ius postulandi**, "es decir, por quien ostente un poder que legalmente lo habilite para formular pretensiones a nombre de otro", poder que, según el artículo 65 de la misma codificación, debe determinar el asunto para el cual se confiere, en forma clara y sin posibilidad de confusión con otro. Concretando el yerro de apreciación probatoria que por este primer aspecto denuncia, el casacionista observa que según el escrito contentivo del mandato visible al folio 1 del cuaderno principal, JAIME ANTONIO FRANCO GARCIA y ANA GRACIELA FRANCO GARCIA, los demandantes, le confirieron poder al abogado Fabio José Liévano "para que en nuestro nombre y representación inicie y lleve hasta su terminación un juicio ordinario de mayor cuantía", para obtener que "se declare la simulación de las ventas" contenidas en las mencionadas escrituras números 5103 y 2264 de 1974; y que en el escrito poder que aparece al folio 101 del mismo cuaderno principal, aquéllos confirieron al mismo abogado mandato, ampliándole su extensión para que "en nuestro nombre y representación, inicie (...) para que mediante sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada se declare la simulación o nulidad" de las compraventas contenidas en esas escrituras. Y que sin embargo de la claridad del mandato conferido al apoderado, éste obró en contra del cometido o por fuera de las facultades conferidas, desde luego que en su demanda dijo hablar a nombre de sus dos poderdantes, "quienes son herederos en la sucesión de la señorita

MARIA SANTOS FRANCO GARCIA. (...)" y pidió "para la sucesión" de ésta, sin que en los poderes haya autorización en tal sentido, y de otra parte, pidió como pretensión subsidiaria la nulidad absoluta de una donación, "cuando es evidente que dentro de las autorizaciones conferidas al apoderado no figura la de suplicar la nulidad de alguna donación". De todo lo cual concluye este argumento aseverando que el Tribunal incurrió en manifiestos errores de hecho "en la apreciación probatoria de los documentos que dan cuenta de los sendos poderes que los actores" le otorgaron al abogado Liévano Liévano visibles a los folios 1 y 101 del cuaderno principal, lo mismo que en la demanda incoatoria del proceso, visible a folios 83 y siguientes del mismo cuaderno, yerros que los condujeron a "dar por establecido el **ius postulandi** de la demanda y, por ende, uno de los requisitos de la demanda en forma, y a proferir sentencia de mérito, cuando lo jurídico era la inhibición".

Añade el recurrente que, según exigencia del artículo 75 de la codificación procedimental citada, la demanda debe contener, entre **otros requisitos**, la determinación de lo que se pretenda, o sea su **petitum**, "expresando con precisión y claridad", y, además, los hechos fundamentales, o sea la **causa petendi**, "debidamente determinados, clasificados y numerados", requisitos éstos que, asevera el casacionista, en el presente caso no se dan puesto que "no hay claridad ni precisión respecto del objeto de la pretensión". Para explicar tal afirmación, transcribe algunos hechos de la demanda inicial, sobre los que dice: "Se califica, pues, la cuestionada compraventa principalmente como simulada en forma absoluta y subsidiariamente como simulada relativamente por entrañar una donación nula", para preguntarse, a renglón seguido, "Cuál es el objeto de la pretensión subsidiaria enderezada contra mi mandante?", contestándose que no puede darse respuesta concreta a su interrogación por cuanto añade, "Busca la demanda, directamente, es decir, sin sometimiento a ninguna otra declaración, la nulidad de la escritura No. 2264 de 1974, por dar cuenta formalmente, de una donación no insinuada?", lo que agrega debe negarse porque la escritura relaciona, "en su forma y términos, no una donación, sino una compraventa, que puede resultar simulada absoluta o relativamente, pero que en todo caso demanda una resolución previa en tal sentido". Que tampoco se puede considerar que se demanda la declaración de que la compraventa recogida en esa escritura "no es tal, sino una donación disfrazada", desde luego que en estos casos, jurisprudencialmente, es necesario solicitar "primero de declare que la compraventa es simulada relativamente, por entrañar realmente una donación".

Finaliza la exposición de su tesis el casacionista, concretando la inconformidad en que, según dice, "Incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho en la apreciación de la demanda al dar por sentado que el petitum está expresado con precisión y claridad", cuando existe "una total y absoluta falta de claridad y precisión en el objeto mismo de la pretensión que coloca al juzgador en la imposibilidad de desentrañar el real sentido de lo suplicado o pretendido y, por ende, de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, toco lo cual implica ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma".

Se considera

Como aparece del resumen que de él se ha hecho, el presente cargo, que acusa errores de juzgamiento en cuanto al fondo, lo apoya en dos aspectos el recurrente: 1o. carencia de capacidad para ser parte en los demandantes; y 2°. falta de demanda en forma, puntos estos que la Corte entra a considerar en ese mismo orden.

1. Con relación a la capacidad para ser parte, debe señalarse que es verdad indiscutible que, según los postulados del Derecho Civil, la capacidad de las personas es de dos clases: la capacidad de goce o sustancial y la capacidad legal. El código de la materia hace consistir este primer atributo en la aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; y el segundo, la capacidad de ejercicio o de contratación, en la habilidad que la ley reconoce para intervenir en el comercio jurídico, por sí misma y sin el ministerio o representación de otras personas. Y es verdad igualmente que estas dos nociones se proyectan al Derecho Procesal, en el cual se conocen con las denominaciones de capacidad para ser parte y capacidad procesal (G.J. Tomo CXXXVIII, pág. 97). La primera, que consiste en la capacidad para ser sujeto de una relación procesal, corresponde a toda persona, ya sea natural o jurídica, por el solo hecho de serlo; la segunda, la capacidad para comparecer en juicio o capacidad procesal, que se traduce en la aptitud de la persona para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, se identifica con la capacidad legal o de ejercicio del derecho civil, y como tal sólo la tienen las personas que sean legalmente capaces. Porque así como la capacidad sustancial que tiene toda persona no implica de suyo habilidad para usar de ella en forma personal y directa, así también su capacidad para ser parte en un proceso no implica que siempre pueda intervenir en el proceso

de manera personal y directa, lo que significa que en el campo del derecho adjetivo, imperan por regla general los mismos principios del derecho civil sustancial; sólo es capaz para comparecer en juicio la persona a la que la ley no haya declarado incapaz, y quien sea incapaz procesalmente, comparece en juicio por intermedio de su representante legal (art. 44 C. de P.C.). Ha dicho la Corte, al efecto, que "Comparecer en un proceso es acto de suma importancia que requiere capacidad especial, tanto para el demandante como para el demandado o para los intervinientes. De ahí que no toda persona que tenga capacidad para ser parte de una relación procesal, puede intervenir en ella por sí misma; la capacidad procesal es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio" (G.J. t. CLXVI, pág. 547).

La sucesión no es persona, ni natural ni jurídica; por lo mismo no tiene capacidad para ser parte de un proceso, es decir que no puede demandar ni ser demandada, ni por lo mismo, tiene representante legal, pero el hecho de que la sucesión no sea persona, ni tenga por ende representantes, no significa que no se la pueda demandar, ni demandar para esa comunidad universal. Mediante la teoría del "patrimonio autónomo" ello es posible, pero siempre a través de los herederos, quienes como gestores, a términos de conocidas enseñanzas de doctrina, asumen el debate judicial para proteger intereses en razón a ese oficio de administradores de un patrimonio autónomo para hacerlos valer, sin que en tal caso se pueda decir "ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente), ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras de él un sujeto de quien sea representante). Surge más bien de ahí un ***tertium genus****, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido y en calidad particular de tal" (Enrico Redenti, Derecho Procesal Civil. Ediciones EJEA, T.I., pág. 166). En sentencia de 15 de septiembre de 1983, dijo al respecto la Corte: "Y como la herencia, desde luego que tampoco es persona, no puede ser demandada, mientras la comunidad a título universal que se forma con la muerte de todo ser humano no sea liquidada y radicados en cabeza de los asignatarios por causa de muerte los derechos y obligaciones transmisibles del difunto, quienes están legitimados por activa o por pasiva, durante el estado de indivisión, para actuar en favor de la herencia o responder por sus cargas, son los herederos, no como titulares de derechos singulares sobre las cosas que compone el acervo herencial, que no los tienen, ni como representantes de la herencia, pues ésta no es persona, el presupuesto de capacidad para ser parte demandante o demandada sólo se da cuando se*

aduce la prueba de la calidad de heredero de quien a ese título demanda o es demandado..." (no publicada oficialmente).

*Bien es cierto que cuando falta la prueba de la calidad de heredero de una sucesión, como lo ha dicho insistentemente la Corte Suprema, hay ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte (G.J. t. XCI; CXXXVIII, pág. 821). Y ello porque si la sentencia, por su propia esencia, está orientada a definir y regular una cierta relación jurídica de índole sustancial entre quienes aparecen como partes (sujetos) del proceso en que ellas se emiten, desde el punto de vista jurídico absolutamente incomprensible sería que el juez, no obstante la constatación de la ausencia para ser parte del proceso, le fuera dable calificar de mérito la cuestión debatida, pues si se tiene advertido que falta este presupuesto, no resultaría posible decir que el sujeto cuya existencia procesal no ha quedado fijada, sí lo puede ser, en cambio, de la relación sustancial materia de pronunciamiento jurisdiccional...". Pero no es menos cierto, como también lo predica la jurisprudencia, que la calidad de heredero cuando se invoca para ser parte ha de acreditarse **ab initio**, pues de no hacerlo, la demanda es inadmisible (arts. 75-12, 77-5 y 85-2 del C. de P.C.), o de admitirse, esa ausencia de prueba tipifica una excepción previa o de forma, que el demandado debe proponer al tiempo con la contestación de la demanda, so pena de convalidar la informalidad (arts. 97-6, 98 y 100 ibidem).*

Si la falta de esa prueba de la calidad de herederos en que actúan los demandantes, o su prueba deficiente, es informalidad que los demandados pudieron haber alegado como excepción previa y sin embargo no lo hicieron, habiendo tenido oportunidad para ello, tal cuestión constituye en casación un medio nuevo que no es posible alegar por primera vez en este recurso. No resulta aceptable que los demandados, habiendo tomado la calidad de herederos en la mortuoria de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, al menos implícitamente al no objetarla a través de la ritualidad larga de las dos instancias, vengan ahora a ponerla en tela de juicio únicamente por cuanto en opinión del casacionista las actas del estado civil de origen eclesiástico que trajeron para acreditarla no sean documentos auténticos. Además, la tesis del recurrente, consistente esencialmente en que las copias de las actas del estado civil de origen eclesiástico no tienen ningún valor probatorio por no encontrarse autorizadas por notario, o director de oficina administrativa de policía, o secretario de oficina judicial, ni compulsadas en inspección judicial, es infundada en tanto que tales actas, a pesar de la

vigencia del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, no han perdido su fuerza demostrativa pues el Decreto 2158 del mismo año, modificatorio del inciso tercero de aquél, dice que en caso de falta de los folios del estado civil esa falta puede comprobarse sumariamente con " copias de partidas de origen religioso". Y no puede perderse de vista que tales actas son "fiel copia", como en ellas se dice, de las partidas originales asentadas en la respectiva Parroquia por el Director de esa respectiva entidad, quien las autoriza, luego no se les puede desconocer su carácter de documentos auténticos, aptos en consecuencia para acreditar directamente el estado civil surgido de hechos acontecidos con anterioridad al 15 de junio de 1938 —fecha en que entró a regir la Ley 92 de ese año , a más de que, en el supuesto de que con las actas anexadas a la demanda se pusiere en duda el carácter auténtico de tales documentos, esa duda queda despejada con las visibles a los folios 15 a 18 del cuaderno de la segunda instancia del proceso.

Por todo lo dicho tiene que seguirse que la censura que se le hace a la sentencia, fundada en la falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en los demandantes, ha de ser desechada.

2. El cargo que formula al sostener que hay falta del presupuesto procesal de demanda en forma, que también señala como error de juzgamiento, lo funda el casacionista en dos aspectos: carencia, por parte del apoderado demandante, del ius postulandi; y falta de precisión y claridad en el objeto de la pretensión deducida, críticas ambas sobre las cuales son pertinentes las siguientes observaciones:

a) Frente al derecho de postulación, debe advertirse que fundada esta censura en que el apoderado de los demandantes, sin estar autorizado por sus mandantes al respecto, demanda para la sucesión de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, en primer lugar, y en segundo, ejercitó una acción para obtener la declaración de nulidad de una donación: que en los poderes visibles a los folios 1 y 101 del cuaderno principal, que el sentenciador apreció mal y por eso incurrió en error de hecho evidente, los actores dieron poder en su nombre personal y solamente para obtener la simulación o nulidad de una compraventa, el cargo tiene que rechazarlo la Corte desde luego que la supuesta irregularidad, en caso de existir, no estructuraría un yerro de juzgamiento o in judicando, como se acusa en el presente cargo, sino un error de forma no susceptible de atacarse en casación por la vía de la primera de las causales consagradas en el artículo 368 del Código de

Procedimiento Civil. Al respecto ha dicho la Corte, que "Para calificar de inepta la demanda no dice el casacionista que ésta no cumpla los requisitos de forma exigidos por el artículo 75 del C. de Procedimiento Civil, o que traiga acumulada indebidamente pretensiones, que son las hipótesis en que se da la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma", no dice evidentemente esto el recurrente en esta fase del cargo, sino que para afirmar ineptitud de la demanda en dicha censura, dice que "a la presentada no se acompañó el poder para iniciar el proceso, omisión, que, en caso de existir, configuraría la causal de nulidad prevista en el numeral 7 del artículo 152 ibídem (hoy 7 del art. 140 C.P.C.), o sea 'indebida representación de las partes'. En otras palabras, se trataría en esta hipótesis de un error de actividad procesal y no de un yerro de juzgamiento". (G.J. Tomo CLXXXVI, pág. 46).

La causal de nulidad como motivo alegado en casación por la hipótesis del numeral 5 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se da, entre otros supuestos, cuando se gestiona en la litis "por medio de otra persona que se identifica como procurador judicial, no encontrándose ésta revestida del correspondiente poder o mandato (art. 152 numeral 7 C.P.C.)" (Sent. 12 de mayo de 1977). De lo cual tiene que seguirse que el aspecto del cargo que aquí se analiza, o sea la carencia del ius postulandi, formulado con base en la causal primera de casación ¡y por error de hecho en la apreciación de los poderes conferidos por los demandantes, tiene que desestimarse por falta de técnica en su planteamiento. Porque apoyado como viene en la causal primera, en la sustentación se alega indebida representación, y esa falta de correspondencia entre la causal invocada y fundamentación de la censura no le abre paso. Se impone recordar aquí, por ser pertinente, que, como lo ha dicho la Corte, la técnica del recurso extraordinario requiere que, según lo exige la autonomía e individualidad de los cargos en casación, "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 solo cambiar la nomenclatura del motivo invocado" (G.J. t. CLXXVI, pág. 46).

Pero si todo lo anterior no fuere suficiente para rechazar el cargo por este aspecto de ius postulandi, habría que decir que esa supuesta deficiencia el poder conferido por los demandantes a su abogado, por entrañar una posible indebida representación de aquéllos, solamente serían estos mismos quienes estarían legitimados para invocarla en casación, tal cual con funda-

mento en la preceptiva del artículo 143 -inciso 3- del C. de Procedimiento Civil y como reiteradamente y en oportunidades múltiples lo ha dicho la Corte Suprema (G.J. Tomos CXXXIX, 166; CLI, 303; y G.J. CLXXVI, p. 42). Además de que, *en el supuesto de configurarse error inprocedendo por falta de poder o poder defectuoso en la especie de nulidad procesal, esta presunta irregularidad no podría alegarse en casación, por estar tipificada en ese evento por "hechos que pudiéndose proponer como excepción previa,* no lo fueron" apreciación esta última que ha encontrado fundamento en los artículos 100 y 97 del C de P. Civil.

También por este aspecto, pues, el cargo resulta infundado y debe ser rechazado por la Corte.

b) En el segundo aspecto de la que a su vez es una segunda alternativa de este cargo, el recurrente denuncia falta de precisión y claridad en la determinación del objeto de la demanda inicial del proceso, para deducir, con base en tal argumento, que hay falta del presupuesto procesal de demanda en debida forma por ausencia de requisitos, objeción ésta que debe correr la misma suerte que los puntos de vista anteriores en que se sustenta este cargo tercero.

Para tal rechazo basta la lectura del libelo de demanda inicial del proceso, para advertir que tanto la exposición de lo que pide como en la expresión de las razones de hecho que le asisten para hacerlo, ofrecen precisión y claridad, sin el menor riesgo de que quien intente interpretar dicha demanda encuentre impedimento alguno para conocer con exactitud y certeza qué es lo que con ella se proponen lograr los demandantes. Dicha demanda trae acumuladas, en forma subsidiaria, las pretensiones de simulación absoluta de las compraventas plasmadas en las escrituras Nos. 5103 y 2264 de 5 de septiembre y 22 de noviembre de 1974, ya referidas, y en subsidio de tal suplica que, por falta de insinuación, se declare absolutamente nula, "en cuanto exceda de la suma de dos mil pesos, la donación contenida, en esos documentos escriturarios, contenido de tales pretensiones cuya finalidad no ofrece la menor duda, así se las considere literalmente o desde el punto de vista jurídico. Con tal manera de expresar lo querido por los demandantes, éstos cumplieron cabalmente con la exigencia del artículo 75 numeral 5, del C. de Procedimiento Civil, es decir, que indicaron en su demanda "lo que se pretenda, expresando con precisión y claridad". Cierto que, según exigencia de ese mismo precepto legal (art. 75, num. 6), *la demanda debe*

expresar. "Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados", o sea ordenados y dispuestos en grupos separados según la relación lógica y jurídica que ellos tengan con la correspondiente súplica, o con las súplicas allí acumuladas, a tal punto que en cada uno de los grupos así formados queden excluídas las afirmaciones de hecho que correspondan a situaciones extrañas a las respectiva pretensión.

Es evidente que la demanda que aquí se analiza no trae separadas los hechos atinentes a la pretensión de simulación absoluta de la compraventa, de los referentes a la nulidad absoluta de la donación, para que pueda decirse que vinieron "debidamente determinados, clasificados y numerados", es decir, que tales circunstancias fácticas no se expresaron formando con ellas los referidos grupos por materias, por manera que de ello pueda resultar que la causa para pedir en la *simulación absolua, o en la nulidad absoluta, referentes desde luego a fenómenos jurídicos de naturaleza diferente*, tengan la apariencia de incompatibilidad entre sí, pero ello no quiere decir que el objeto de la pretensión subsidiaria no sea claro, ni preciso, hasta el punto de generar un insuperable impedimento que no permita pasar al estudio del mérito de la causa; con toda nitidez y sin mayor esfuerzo mental se puede saber cuál es la pretensión principal que los demandantes deducen en su demanda, y cuál, en caso de improsperidad de ésta, la subsidiaria, pues la primera alude sin ningún género de duda a un supuesto de simulación absoluta donde quienes fueron contratantes, con su declaración, sólo dieron lugar a la apariencia exterior de un contrato de venta del cual no quisieron en realidad efecto alguno, mientras que la segunda, propuesta de manera eventual o subsidiaria, involucra un supuesto de simulación relativa donde los mismos estipulantes crearon la apariencia exterior de un contrato de compraventa que es distinto de la donación llevada a cabo para justificar una atribución patrimonial gratuita que realmente quisieran efectuar pero sin haber cumplido todas las formalidades requeridas por la ley para su plena validez.

Por lo demás, como lo ha dicho en repetidas ocasiones la jurisprudencia de la Corte, *el defecto que debe presentar una demanda para que se la pueda calificar de inepta o en indebida forma tiene que ser verdaderamente grave, trascendente y no cualquier informalidad superable lógicamente, pues bien se sabe que una demanda "...cuando adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrifi-*

car un derecho y siempre que la interpretación no varíe los capítulos petitorios del libelo..."; "...en la interpretación de una demanda —afirma categóricamente la Corte— existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo..." (G.J. Tomo XLIV, pág. 439).

Por lo tanto el cargo tercero tampoco puede alcanzar prosperidad.

Cargo Cuarto

A través de éste también se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida las mismas normas jurídicas que por igual concepto se señalan como violadas en el cargo inmediatamente precedente, es decir los textos legales sustanciales referentes a la donación y a la nulidad de los actos jurídicos, como consecuencia "de los manifiestos errores de hecho en que incurrió (el Tribunal) al apreciar objetivamente la causa petendi y el petitum de la demanda".

Desarrollándolo, expresa el censor, con citas jurisprudenciales, que no deben confundirse los presupuestos procesales "con los elementos definidores o constitutivos de la pretensión (sujetos, relación jurídica sustancial que se discute, la causa petendi y el petitum), ni con las condiciones que debe llenar la pretensión para que sobrevenga fallo favorable"; y que "la consonancia entre el petitum y la causa petendi es una de las condiciones para el éxito de la pretensión".

Concretando el yerro fáctico que en la apreciación de la demanda le enrostra al tribunal, apunta el impugnante del fallo que en el hecho 8o. de la demanda los demandantes afirman la existencia de un contrato de compraventa contenido en la escritura No. 2264 de 1974, el cual califican de absolutamente simulado y que en el hecho 11o., en cambio, califican esa misma compraventa de simulada relativamente, por entrañar en realidad una donación. Que con base en esas afirmaciones de hecho pidieron la declaración de ser absolutamente nula, "la donación hecha (..., mediante escritura pública No. 2264). Expresa el objetante que de ello se advierte "sin mayor esfuerzo" e inmediatamente, "la falta de congruencia, la inconsonancia entre la causa petendi (ser la compraventa relativamente simulada por haber sido apenas un medio para disfrazar una donación) y el petitum (nulidad absoluta de una donación), pues se ha suplicado la nulidad de un acto que en la causa petendi no se afirma haberse realizado"; que sin

embargo de haberse hablado en el hecho 11o. de estarse, hipotéticamente, "en presencia de una donación absolutamente nula, por falta de insinuación", predicándose así simulación relativa de la compraventa, "no se suplicó la simulación relativa de la compraventa, por haber sido únicamente el disfraz de una donación", lo cual hubiera resultado congruente, por cuanto entre la causa petendi y el petitum existiría entonces una relación jurídica de causa a efecto. Y que, por ello, el Tribunal cometió "manifiesto error de hecho al apreciar la causa petendi y el petitum del libelo y dar por sentado que entre estos dos elementos existía 'una relación jurídica de causa a efecto', una compenetración cierta, cuando es evidente que hay una absoluta inconsonancia, lo cual constituye un impedimento para una resolución favorable a las pretensiones de la parte actora".

Se considera

Comparados los fundamentos que la demanda de casación trae para el cargo primero, formulado por incongruencia, y los que invoca en apoyo de este cargo cuarto, planteado dentro de la órbita de la causa primera por error de hecho en la apreciación de la demanda, observa la Corte que en este cargo cuarto se ataca por la causal primera el mismo aspecto en que se fundó el cargo primero. Por lo anterior, las razones que se expusieron por la Sala para desestimar ese cargo primero por incongruencia son suficientes aquí para desechar este cargo fundado en error de juzgamiento. Como ya está dicho, *dadas la independencia y autonomía de las causales de casación,* no es procedimiento correcto en este recurso que el recurrente acuse con apoyo en dos o tres causales diversas idénticos aspectos, puesto que las causales de casación corresponden a motivos o circunstancias diferentes y, por consiguiente, no es posible combinarlas para formular el mismo cargo.

Pero, no obstante lo anterior, procede advertir, luego de leer la demanda inicial del proceso y de compararla con las motivaciones del fallo que la decidió, que el Tribunal no alteró el contenido objetivo de ese escrito, ni en su causa de pedir ni en sus peticiones, y que, por lo tanto no incurrió al respecto en el manifiesto error de hecho que le endilga el censor. Porque la sentencia declaró, luego de desestimar las excepciones y las pretensiones principales, la nulidad absoluta "en cuanto excede de dos mil pesos ($2.000), la donación contenida en la escritura No. 2264 de 1974 (...), referente a las cuatro quintas partes (4/5), proindiviso que MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, tiene sobre el lote de terreno y la construcción

existente en el mismo..."; disposición que la sentencia tomó al considerar que "al no existir insinuación, la donación será nula (...), más aún cuando no se desvirtuó la presunción legal de donación en los instrumentos impugnados". Y esos fueron precisamente, el **petitum** y la **causa petendi** que los demandantes consignaron con claridad meridiana en su demanda, ya que en ella expresaron estar en presencia "de una donación absolutamente nula", en cuanto sobrepase la suma de dos mil pesos ($2.000), por falta de la insinuación exigida por el artículo 1458 del Código Civil".

Finalmente debe señalarse que el planteamiento de si puede o no declararse la nulidad de una donación contenida en una escritura pública que determina un contrato de compraventa, sin que previamente y en la misma demanda se pida y se resuelva en la sentencia que tal compraventa, es relativamente simulada, por ser este acto "un medio para disfrazar una donación", por referirse al entendimiento en abstracto propiamente dicho de las normas de derecho y no a las pruebas practicadas o al contenido objetivo del escrito de demanda, debe ser atacado en casación por la vía directa y no por la indirecta, luego es preciso también desestimar este cargo por infundado.

Cargo quinto

Con éste también se acusa la sentencia de ser violatoria indirectamente, por los mismos conceptos que se indican en el planteamiento del cargo tercero de las mismas normas legales sustanciales cuya infracción se denuncia en él, pero aquí como consecuencia del error de hecho evidente que habría cometido el **ad-quem** en la apreciación del "contrato recogido en la escritura pública No. 2264 del 22 de noviembre de 1974, otorgada en la Notaría 15 de Bogotá".

Y en orden a desarrollarlo, el recurrente anota que en este proceso y según la demanda con la que se inició se suplica, "como pretensiones principales, se declare la simulación absoluta de unas compraventas; en subsidio piden los actores la declaratoria de nulidad absoluta de unas donaciones"; que el juzgado **a-quo**, en argumentación que el Tribunal acogió, luego de encontrar suficientemente demostrada la simulación de las compraventas cuestionadas, deniega las pretensiones principales motivando tal decisión en que en "acciones de esa naturaleza es necesario precisar si se trata de simulación absoluta o simulación relativa y acumular con la debida

corrección las pretensiones consecuenciales y las referentes a la negociación oculta cuya declaratoria de invalidez y nulidad se desee". Que entonces para los juzgadores de instancia la escritura No. 2264, sobredicha, "no da cuenta de una compraventa sino de una DONACION a la cual había necesidad de aplicarle las normas sustanciales que al comienzo señalo como infrigindas". Pero sostiene que los términos del contrato son inequívocos: "Se trata, dice, de una compraventa, porque así se expresa en el título y además la convención reúne los elementos y requisitos de que tratan los artículos 1849, 1851 y 1857 del C. Civil, y la tradición del dominio sobre la cuota transmitida se ha efectuado como lo manda el art. 756 ibídem"; que, entonces, el Tribunal "distorsionó, alteró, modificó el contenido del contrato recogido en la escritura No. 2264 (...), al calificarlo, no como compraventa, sino como donación".

Concretando el yerro que en este cargo denuncia, dice el censor que el Tribunal, al apreciar la escritura pública referida, incidió en errores de hecho que el impugnador singulariza y determina así: "ver como donación un contrato que según las estipulaciones del citado título es una compraventa"; y dar por establecidos "los supuestos fácticos para que una compraventa se presuma fiscalmente como una donación", por lo que, agrega el demandante en casación, "Hubo, pues, una interpretación de la escritura ostensiblemente contraria a su contenido, que es una de las formas de incurrir en error de hecho".

Se considera

Se ha dicho que el error de hecho evidente, como forma de quebrantar el derecho sustancial por la vía indirecta, tiene que concretarse a establecer y demostrar que el sentenciador ha supuesto un medio de prueba que realmente no existe en los autos o ha ignorado la presencia del que sí obra en el proceso, hipótesis estas dos que comprenden la alteración o desfiguración del contenido objetivo de la prueba, bien sea por adición de su contendido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición). En el presente cargo el impugnador le enrostra a la sentencia que combate error de hecho, por alteración de su contenido, en la apreciación de la indicada escritura pública No. 2264 de 1974, porque, dice la censura, vio en ese título contenido un contrato de donación cuando realmente él alude a uno de compraventa. No obstante lo anterior, si se confronta entre lo que la escritura No. 2264 de 22 de noviembre de 1974 pasada en la Notaría 15 de Santafé

de Bogotá expresa y lo que al respecto indica el Tribunal en su fallo, debe decirse que éste no "distorsionó, alteró, modificó el contenido del contrato", y que, por consiguiente, como se presenta el error de hecho manifiesto que denuncia el casacionista el cargo quinto tiene que considerarse por completo desenfocado, circunstancia que impone igualmente su rechazo.

En la motivación de la sentencia del juzgado, que en la suya acoge el Tribunal de Bogotá, claramente se advierte que, y así lo expone en su fallo, la referida escritura contiene una compraventa por cuya virtud MARIA SANTOS FRANCO GARCIA, por conducto de un sobrino de ésta y a la vez hijo del adquirente, le enajena a ese título a MIGUEL FRANCO GARCIA un derecho proindiviso sobre el inmueble objeto del litigio, insistiendo en que "El hijo del adquirente y hermano de la otra copropietaria titular de la quinta parte, transfiere a su padre el dominio del inmueble y la posesión en la forma indicada.

Antes, tía vende a sobrina, pero recibe el hermano y padre. Ahora, hermana vende a hermano, pero representa a la hermana el sobrino, hijo también del adquirente...", sólo que, al descubrir el verdadero contrato plasmado en esa escritura como compraventa, dijo no corresponder seriamente a dicho pacto, sino a una enajenación fingida para ocultar un acto de traspaso entre vivos y a título gratuito de la propiedad; es decir, y ello no implica error fáctico trascendente alguno, que para llegar a esta conclusión, la cual refleja en la parte dispositiva del fallo, el sentenciador partió necesariamente de la existencia de un negocio jurídico concertado entre las partes y por ellas vertido en la sobredicha escritura No. 2264 de 1974.

Así las cosas, se tiene que los juzgadores de instancia no alteraron o desfiguraron las cláusulas del pacto contenido en dicha escritura pública y por eso tiene que descartarse el error de hecho acusado. Si el Tribunal se hubiera equivocado al determinar la naturaleza jurídica de dicha convención, que no las cláusulas específicas que el documento presenta, ese supuesto error, por implicar error puramente jurídico y no fáctico (ni de hecho ni de derecho), ha debido acusarlo el recurrente en casación como violación directa y no indirecta. Ha dicho la Corte, en efecto, que "... aparece, pues, que en punto de la interpretación de los contratos, es viable un cargo en casación" por error jurídico o violación directa, en estos casos: "a) cuando hay violación directa de la ley del contrato frente a los preceptos que regulan su naturaleza y sus efectos; b) cuando la infracción se produce

por consecuencia del quebranto de las normas de hermenéutica contractual", puesto que cuando el yerro incide en la calificación jurídica del contrato y en la determinación de su régimen legal, constituye un típico error jurídico, que, como tal, debe denunciarse en tales casos por la vía directa..." (G.J. t. XXVIII, pág. 364).

Se rechaza, pues, este cargo.

Cargo sexto

Con este último cargo que contra ella formula el recurrente también acusa la sentencia de ser igualmente violatoria por idénticos conceptos a los que señala en el cargo tercero de su demanda de los mismos preceptos legales cuya infracción denuncia en él, pero aquí como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal "al valorar el mérito probatorio de la escritura pública No. 2264 de 22 de noviembre de 1974, Notaría 15 de Bogotá". El acusador denuncia, como violación medio, la de los artículos 251, 252, 254, 258 y 264 del C. de procedimiento Civil; 12 y 13 del Decreto 960 de 1970 y 2o. 43 y 44 del No. 1250 del mismo año.

El casacionista inicia el desarollo de este cargo observando que, según la demanda, con carácter de subsidiaria se ejercitó la pretensión para obtener la declaración de ser absolutamente nula, en cuanto excede de $2.000.oo, la donación hecha por MARIA SANTOS FRANCO a MIGUEL FRANCO GARCIA, respecto de las 4/5 partes del inmueble atrás determinado, mediante la sobredicha escritura No. 2264, pretensión que el juzgado a-quo, y con él el ad-quem, acogieron favorablemente. Luego de referirse a los artículos del Código Civil referentes al contrato regulativos del documento público, y a algunos de los decretos 960 y 1250 de 1970, expresa el impugnador del fallo del Tribunal: "En virtud de la preceptiva señalada bien puede afirmarse, sin hesitación alguna que la escritura No. 2264, (...), da fe respecto de las partes y sus causahabientes, de la compraventa allí consignada, y no de un acto o contrato diferente".

Concretando el yerro de valoración probatoria que acusa, dice que en él incide la sentencia porque: a) da por demostrado la donación cuya nulidad se suplica, con la escritura 2264, citada, que se refiere o relaciona una compraventa no desvirtuada legalmente, o sea, que da por probado "un acto jurídico (la donación) con una prueba jurídicamente improcedente (la que

acredita una compraventa)"; b) porque no dio a la citada escritura la eficacia que le asigna la ley, o sea la de ser medio probatorio adecuado para constatar la compraventa cuestionada. Y agrega la censura que el acusado error de derecho del Tribunal al apreciar la ya referida escritura 2264 de 1974, que tiene trascendencia porque por tal yerro dio por demostrado la donación, sin estarlo, condujo a ese fallador a infringir, en las especies de quebranto denunciadas, las normas de derecho sustancial que señala en el encabezamiento del cargo.

Se considera

Como aparece del extracto que de él se ha hecho, en este último cargo de su demanda el casacionista denuncia, pero aquí por error de derecho, lo que en el cargo inmediatamente precedente acusa como error de hecho: que la sentencia da por demostrada una donación inexistente, no así la compraventa que sí contiene la escritura No. 2264 de 22 de noviembre de 1974, de la Notaría 15 de Santafé de Bogotá, es decir, que busca, a través de dos cargos de violación indirecta pero, en fases de naturaleza distinta y hasta contradictoria, hace ver que la escritura referida, en su tenor literal, fue tergiversada por los juzgadores de instancia.

No sobra recordar aquí que, según los artículos 368 y 374 del C. de Procedimiento Civil, este recurso también se autoriza cuando en la apreciación de las pruebas el juez incurre en error de derecho que lo haya conducido al quebranto de normas jurídicas de naturaleza sustancial. Pero al contrario de lo que ocurre en el de hecho, en el yerro de derecho incurre el sentenciador en el momento de la contemplación jurídica de la prueba y no cuando la aprecia objetivamente, es decir, cuando luego de darla por existente materialmente en el proceso en todo su real y auténtico contenido, pasa a sopesarla o ponderarla en la balanza de la ley, y en esa actividad dicho fallador interpreta desacertadamente las normas legales reguladoras de la disciplina probatoria. Es decir, que el error de derecho solamente puede darse en el momento en que el juez procede a evaluar la prueba de acuerdo con el sistema legal imperante. Entonces, aunque los errores de apreciación probatoria, el de hecho y el derecho, tienen como punto común el que ambos arrancan del campo probatorio y los dos producen idéntica consecuencia dadas ciertas condiciones, o sea la violación de la norma sustancial, es lo cierto que los dos tienen entidad específica propia, de suerte que por lo mismo no es dable acusarlos simultáneamente en el mismo cargo

y que cuando se acusa error de derecho el recurrente acepta, de antemano, que la prueba sí fue vista y analizada sin alterar en nada su tenor demostrativo. De lo cual se sigue que si bien es posible, como se ve en el procedimiento empleado por el recurrente a través de los cargos 5o. y 6o. de su demanda, acusar sucesivamente frente a la misma prueba error de hecho y error de derecho, no significa ni puede significar que descartado o desechado el primero tenga necesariamente que acogerse el segundo.

En el caso de este proceso el sentenciador apreció y valoró, dándole el mérito probatorio que legalmente le corresponde, la precitada escritura pública No. 2264 de 1974, que se allegó a los autos con los requisitos exigidos por la ley, en la oportunidad requerida: la estimó indiscutiblemente, como prueba "regular y oportunamente allegada" (art. 174 C.P.C.) y por eso la apreció. No infringió el sentenciador ninguna de las normas procesales que el impugnador cita como violación medio, ni desconoció otras de objetivos semejantes, desde luego que atribuyó pertinencia y eficacia a la referida escritura pública para acreditar la existencia del acto jurídico que se impugnó con la demanda, de ser simulado en la petición principal y de ser donación nula en la subsidiaria, relación material que fue la juzgada en el fallo. Sólo que, al evaluar a través de otras pruebas aducidas ese acto o convención, estimó que no era compraventa sino donación; o que aquélla se convino como instrumento para ocultar ésta Y esta interpretación no puede entrañar error de derecho; de existir esa interpretación errada en torno a la naturaleza del acto juzgado, eso sería error puramente jurídico y no fáctico, que, como tal, debió acusarse por la vía directa y no por la indirecta.

En consecuencia, este último cargo también resulta inane y por eso debe ser desestimado.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del quince (15) de junio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por JAIME ANTONIO FRANCO GARCIA y ANA GRACIELA FRANCO GARCIA vda. DE VASQUEZ contra MIGUEL FRANCO GARCIA, MIGUEL EDUARDO FRANCO CASTAÑEDA Y DORIS FRANCO DE GLANDEN.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense por la Secretaría en la oportunidad debida.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE OPORTUNAMENTE.

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.

Héctor Moreno Aldana, secretario

*PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL /TESTIMONIO /RELACIONES SEXUALES

1) Filosofía de legislador de 1936 y el de 1968, en tratándose de la demostración de las causales que sirven para hacer la declaración judicial de hijo extramatrimonial.
Igual sentido: G.J.T. CLXXXVIII, número 2427, 1987, segundo semestre, pág. 54.

2) En la ponderación que el juzgador debe hacer de la prueba testimonial para la demostración de uno cualquiera de los hechos indicadores de la existencia de relaciones sexuales, no debe haber un desmedido rigor.
Igual sentido: Cas. Civ. de 2 de junio de 1958, LXXXVIII, 121; 21 de febrero de 1964, CVI, 141; 21 de marzo de 1980, no publicada; sentencia de casación, 4 de agosto de 1992..

F. F.: LEY Num: 75 Año: 1968 Art: 6; LEY Num: 45; Año: 1936 Art: 4.

*AUTONOMIA DEL JUZGADOR /JUZGADOR DE INSTANCIA /VALORACION PROBATORIA /PRESUNCION DE ACIERTO /ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Autonomía del juzgador de instancia en la misión de valorar las pruebas. Razón ésta que conduce a que por la presunción de acierto en el juzgamiento, la cuestión fáctica, en principio, se halle sustraída de constituir motivo de casación, salvo el caso en que el sentenciador hubiere incurrido en error protuberante en la apreciación de las pruebas, ya de hecho, que sea manifiesto y trascendente; ora de derecho, por el desconocimiento o violación de normas de disciplina probatoria.

Igual sentido: Cas. Civ. 17 de junio de 1964, G.J. tomo CVII, pág. 288, reiterada en sentencia de 6 de julio de 1987, G.J. CLXXX, No. 2427, pág. 56.
FUENTE FORMAL: Arts.: 368 Numral: 1,374 num. 3 del C. de P.C.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casacion Civil - Santafé de Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado Ponente:doctor *Pedro Lafont Pianetta*,

Referencia: Expediente No. 4358. Sentencia No. 099

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja Sala de Familia-, el 12 de enero de 1993, en el proceso ordinario promovido por EMILIANO SEGURA, ANA ELVIA SEGURA, SUSANA MARLENE, SUSANA DORIS, IRMA MARIA Y GUSTAVO DOMINGO SEGURA ORTEGON contra FRANCISCA GOMEZ VIUDA DE SEGURA, cónyuge sobreviviente de Emiliano Páez Segura y contra los herederos de éste, EMILIANO, MARIA Y FRANCISCA PAEZ GOMEZ Y ABIGAIL PAEZ SEGURA y además contra los herederos desconocidos del causante.

I. Antecedentes

Mediante demanda que obra a folios 23 a 24 del cuaderno uno, presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí, Emiliano Segura, Ana Elvia Segura, hijos extramatrimoniales de Emiliano Páez González; y Susana Marlene, Susana Doris, Gustavo Domingo, Irma María Segura Ortegón hijos legítimos de Gustavo Segura, convocaron a un proceso ordinario a Francisca Gómez, cónyuge supérstite de Emiliano Páez González, a sus herederos indeterminados y a los herederos conocidos del causante Emiliano Páez Gómez, María y Francisca Páez Gómez, hijos legítimos de Emiliano Páez González y Abigail Páez Segura, hija reconocida por el de cujus, para que, por la jurisdicción se declarase que los demandantes Emiliano y Ana Elvira Segura son hijos extramatrimoniales de Emiliano

Páez González, así como también lo fue Gustavo Segura, padre este último de Susana Marlén, Susana Doris, Irma María y Gustavo Domingo Segura Ortegon, y para que se declare que los demandantes tienen vocación hereditaria en la sucesión de Emiliano Páez González.

2. Como fundamentos de hecho invocan los actores en resumen, los siguientes:

2.1. Emiliano Páez González, fallecido en Nuevo Colón, departamento de Boyacá, el 9 de abril de 1988, procreó con Custodia Segura, también fallecida, a Emiliano, Ana Elvia y Gustavo Segura, nacidos el 8 de octubre de 1933, el 24 de febrero de 1936 y el 5 de marzo de 1927, respectivamente, en el municipio de Nuevo Colón.

2.2. El señor Gustavo Segura, casado con Cecilia Ortegón, fue el padre de Susana Marlén, Susana Doris, Irma María y Gustavo Domingo Segura Ortegón.

2.3. Emiliano, Ana Elvia y Gustavo Segura, fueron tratados en vida de su padre Emiliano Páez González, como hijos suyos, es decir, que tuvieron la posesión notoria de ese estado civil, y fueron procreados con Custodia Segura, hoy fallecida, quien convivió en unión marital permanente con el de cujus "durante un lapso comprendido entre 1920 y 1940".

2.4. El causante se casó luego con Francisca Gómez, el 22 de abril de 1954.

3. Notificados los demandados del auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de la misma y sus anexos, le dieron contestación como aparece a folios 39 a 42, 62 a 63, 68 a 69 y 71 a 75 del cuaderno uno. En ella, los demandados Emiliano Pérez Gómez y Ana Francisca Gómez de Páez, se opusieron a las pretensiones; Abigail Páez de Gamba manifestó estar a lo que fuere probado, lo mismo que el curador ad-litem de los herederos indeterminados del causante; y las demandadas María Stella y Francisca Páez Gómez se opusieron a las súplicas de la demanda. Respecto de los presupuestos fácticos, quienes se opusieron a la prosperidad de la demanda, negaron los hechos en que ella se apoya y, en general, expresaron no constarles otros y atenerse a lo que en relación a éstos fuere probado en el proceso.

4. Tramitada la primera instancia, a ella se le puso fin mediante fallo pronunciado el 12 de junio de 1991 (folios 121 a 130, C-1), en el cual se denegaron las pretensiones de la parte actora.

5. Apelada la sentencia del a-quo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja —Sala de Familia—, desató el recurso de apelación mediante sentencia proferida el 12 de enero de 1993 (fls. 118 a 146, C-6), que revocó la de primer grado y, en su lugar, acogió favorablemente las pretensiones de la parte demandante.

6. Interpuesto entonces el recurso extraordinario de casación por la parte vencida, de su decisión se ocupa ahora la Corte.

II. Motivacion de la sentencia del tribunal

1. El tribunal inicia la sentencia de segunda instancia, con una síntesis del litigio y de la actuación surtida ante el a-quo, sin reparo alguno sobre la validez de la misma, ni sobre los presupuestos procesales, por lo que ha de dictar sentencia de mérito.

2. A continuación, expresa el tribunal que conforme al texto de la demanda, los actores pretenden la declaración de filiación extramatrimonial respecto del causante Emiliano Páez González cuya herencia reclaman en proporción a su derecho como tales, pretensión que fundan en la existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales entre el de cujus y la madre de Emiliano, Ana Elvia y Gustavo Segura por la época de la concepción de éstos, y por estar acreditada la posesión notoria de ese estado civil.

3. Tras recordar al punto lo dispuesto por la ley 75 de 1968, modificatoria en su artículo 6o. de lo prescrito por el 4o. de la Ley 45 de 1936, y luego de transcribir algunos apartes de jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular, el tribunal recuerda lo que ha de entenderse por posesión notoria del estado civil de hijo respecto al presunto padre, nociones estas a cuyo amparo habrán de analizarse las pruebas decretadas y practicadas en ese proceso.

4. En ese orden de ideas, transcribe apartes y analiza las declaraciones testimoniales de Olimpia de la Concepción Pulido de Hernández, Vicente Nereo Albañil, Abigail Páez Segura, Ana Francisca Gómez de Páez, María

Stella, Francisca y Emiliano Páez y Ana Francisca Gómez de Páez (fls. 136 a 140, C-6).

De ese análisis probatorio, manifiesta el sentenciador que, atendida la edad y cultura de Olimpia de la Concepción Pulido de Hernández y Vicente Nereo Albañil, así como la época y medio en que se desarrollaron los hechos, de sus declaraciones pueden ser inferidas las relaciones sexuales extramatrimoniales entre Emiliano Páez González y Custodia Segura, declaraciones complementadas con lo dicho por Vicente Nereo Albañil Torres, quien manifestó que ellas podrían situarse "por ahí del año veintiocho en adelante" (fl. 141, C-6).

Agrega el tribunal que, la existencia de las aludidas relaciones sexuales del de cujus con Custodia Segura, aparece corroborada con el certificado de nacimiento de Abigail Segura, reconocida por su progenitor, como nacida el 3 de mayo de 1931, es decir, en "el tiempo comprendido desde cuando Emiliano se llevó a Custodia para Armenia, hasta cuando Ana Elvia tenía seis años de edad aproximadamente" (fl. 141, C-6). Así mismo, "es de gran significación -prosigue el tribunal-, la fidelidad guardada por Custodia Segura a Emiliano Páez González, conforme lo relatan unánimemente los testigos y lo confirma la demanda Abigail Páez Segura", quien afirmó no haber sabido de la existencia de ninguna relación de Custodia Segura con otros hombres (fl. 141, C-6).

De otra parte, relieva como indicio procesal el sentenciador para decretar la paternidad extramatrimonial impetrada, "la renuencia sintomática de algunos de los demandados a concurrir al examen antropoheredobiológico" para el cual fueron citados.

De lo dicho, concluye el tribunal que "se deduce fácilmente la existencia de relaciones sexuales entre Emiliano Páez González y Custodia Segura para la época en que se presumen las concepciones de Gustavo, Emiliano y Ana Elvia Segura, por cuanto siendo Custodia aún muy jovencita, salida apenas de la escuela, Emiliano se la llevó para Armenia, de tal manera que luego de permanecer por allá unos veinte días, ya embarazada ella, regresaron a Nuevo Colón, donde no obstante, cada uno vivir en sus respectivas casas, se siguieron tratando, haciendo prácticamente vida marital", producto de la cual nacieron Gustavo, Emiliano y Ana Elvia Segura (fl. 142, C-6).

5. En cuanto hace referencia a la posesión notoria del estado civil de hijos de Gustavo, Emiliano y Ana Elvia Segura respecto del causante Emiliano Páez González, el tribunal expresó que "estudiados uno por uno y de manera conjunta los testimonios recepcionados, como lo impone el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, la certeza que surge en el sublite es que los mismos no la alcanzan a constituir de una forma evidente, precisa e irrefragable puesto que las declaraciones no señalan lo suficientemente que el pretenso padre Emiliano Páez González hubiera proveído a la subsistencia, educación y establecimiento de Gustavo, Emiliano y Ana Elvia, en el modo y durante el tiempo previsto por el legislador, no obstante haberles facilitado la vivienda, que entre otras cosas, sirve de fundamental ingrediente a la demostración de la causal de relaciones sexuales anteriormente analizada" (folio 142, C-6).

6. Por último, el tribunal expresa que, demostrada la relación de parentesco con el causante, es procedente, así mismo, la petición de herencia impetrada en la demanda, razón por la cual los herederos demandados deben ser condenados a restituir in integrum el contenido patrimonial del derecho que dimana de la vocación hereditaria de los demandantes, advirtiendo que conforme al artículo 1323, en concordancia con el 964 del C.C., esa eficacia restitutoria que de suyo le es inherente a la petición de herencia se extiende a los frutos civiles y naturales, que dada la buena fe de los demandados, cuya presunción no fue desvirtuada, ha de ser a partir de la fecha de la contestación de la demanda" (folio 145, C-6).

III. La demanda de casación

Con apoyo en la primera de las causales de casación consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes Francisca Gómez de Páez, María Stella, Francisca y Emiliano Páez Gómez, acusan la sentencia impugnada, "de violar indirectamente los artículos 6o. de la Ley 75 de 1968, modificatorio del artículo 4o. de la Ley 45 de 1936, particularmente en el numeral 4; 7, 15, 16 y 31 de la Ley 75 de 1968; 1321, 1322 y 1323 del Código Civil", como consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación "de las declaraciones de VICENTE NEREO ALBAÑIL TORRES y OLIMPIA DE LA CONCEPCION PULIDO DE HERNANDEZ (por suposición) y de ABIGAIL PAEZ SEGURA (por preterición); el escrito de la demanda presentada por los demandantes (por preterición); de la no asistencia de los demandados al examen antropo-heredobiológico; de la partida de nacimiento

de los demandados; de la demanda y del alegato de los demandantes; del escrito de contestación de la demanda por parte de Abigail Páez Segura, y en fin de todos los hechos y las pruebas que se identifican en el desarrollo del cargo y que evidencian el yerro de juzgador colegiado" (fl. 10, cdno. Corte).

En relación con el testimonio de Vicente Nereo Albañil Torres, manifiestan los recurrentes que, según lo que aparece en el expediente, este testigo rindió declaración en dos oportunidades: la primera ante el juzgado de conocimiento, y la segunda ante el tribunal. De ninguna de las dos, a juicio de la impugnación pueden concluirse las relaciones sexuales entre el de cujus y Custodia Segura para deducir con fundamento en ellas la paternidad extramatrimonial que se le atribuye a aquel respecto de Gustavo, Emiliano y Ana Elvia Segura, pues esa declaración testifical "no solo es inconsistente", sino que además, resulta "contraria a los hechos realmente acontecidos del nacimiento y de la procreación del demandante Gustavo Segura, que le resta toda credibilidad". Tal aserto, lo fundan los recurrentes, en que, conforme a lo expuesto por el declarante, supo porque "le contaron" que Emiliano Páez González, "se llevó" a Custodia "como compañera", por otras regiones del país; y, luego, -situado el declarante en 1930-, asevera que "nació el primer hijo que se llamaba Gustavo" y que la madre de este "vivía con sus padres", lo que pugna con la realidad pues Gustavo "nació el 25 de marzo de 1927", hecho este del cual "no se percató" el Tribunal (folio 11, cdno. Corte). A ello ha de agregarse, que el mismo testigo aseveró que el de cujus convivió con varias mujeres, pero con quien más duró su convivencia, "aunque no permanentemente" fue con Custodia Segura, "por ahí del año veintiocho en adelante", época que para el caso no corresponde a la de la concepción de Gustavo Segura. Es extraño, a criterio de los recurrentes, que no obstante mediar relaciones de vecindad " entre los progenitores de declarante y de Custodia", este ignore los nombres de los hijos de esta y su número exacto, circunstancia que resta credibilidad a ese testimonio.

A continuación, expresa la censura que la versión testifical de Vicente Nereo Albañil Torres ante el tribunal, adolece de los mismos yerros que la rendida ante el a-quo y que, con ella, dado su contenido, no es posible "acreditar relaciones sexuales para la época en que se presume la concepción de cada uno de los demandantes", ni tampoco la posesión notoria del estado civil de hijos del causante, aspecto este último en el cual acertó el tribunal, así como se equivocó en el primero, en lo que "al rompe se advierte, el yerro del sentenciador en la apreciación de esta declaración". (fl. 11, cdno. Corte).

Por lo que hace a la declaración de Olimpia de la Concepción Pulido de Hernández, expresan los recurrentes en casación, que si bien es verdad la deponente afirma que entre el de cujus y Custodia Segura existieron "relaciones amorosas", del contenido mismo de lo declarado ante el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí, primero; y ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, después, no puede concluirse ni por asomo la existencia de relaciones sexuales entre el causante y Custodia Segura por la época de la concepción de Gustavo, Emiliano y Ana Elvia Segura, del hecho de haber reconocido Emiliano Páez González a Abigail Páez Segura (luego de Gamba), como hija suya, nacida el 31 de mayo de 1931, máxime si se tiene en cuenta que en su declaración, la citada señora acepta como hecho cierto el haber vivido con su progenitora hasta la edad de 21 años (1954), y no haber tenido conocimiento durante todo ese tiempo de la existencia de relaciones sexuales sostenidas presuntamente por Custodia Segura con el de cujus, a todo lo cual se añade que "en el escrito de contestación de la demanda (folios 68 y 69 del cuaderno principal) Abigail Páez Segura niega, de manera rotunda, que los demandantes tengan la calidad de hijos extramatrimoniales de Emiliano Páez González" (-folios 12 y 13, cdno. corte). Por tales razones, -continúan los recurrentes-, "igualmente, incurrió en error el juzgador de segunda instancia al tener de presente, para los efectos de las relaciones sexuales, la fidelidad guardada por Custodia Segura a Emiliano Páez", porque si no está demostrado el trato carnal ni el personal ni el social, mucho menos se puede pensar en "fidelidad", que bien puede alcanzar un significado frente a la posibilidad de que se hubiere alegado relaciones de Custodia con otros hombres, y para medir el grado de comportamiento general, mas no para tomarla como punto de referencia de las relaciones -inexistentes por cierto- con Emiliano" (folio 13, cdno. Corte).

Tampoco se dio cuenta el Tribunal -dicen los recurrentes- (fl 13, cdno. Corte), que los testimonios de Vicente Nereo Albañil Torres y Olimpia de la Concepción Pulido de Hernández, según el texto de la demanda inicial, tenían por objeto establecer la existencia de la posesión notoria del estado civil de los hijos de Custodia Segura cuya filiación paterna se impetra declarar, es decir, que la parte actora se propuso con ellos "mostrar una posesión notoria frente a la absoluta falta de medio de convicción de las relaciones sexuales", asunto que corroboró luego en su alegato de conclusión ante el Tribunal el apoderado de los demandantes (folio 104, C-6).

En cuanto a la supuesta negativa de algunos de los demandados a la práctica de la peritación antropoheredobiológica, manifiestan los recurrentes que el tribunal ignoró el contenido del oficio dirigido por el Jefe de la División Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al juez de conocimiento (fl. 7, C-2 de pruebas), "en donde le dice que solo presta el servicio de laboratorio de genética cuando está de por medio la filiación de un menor"; así como tampoco tuvo en cuenta el tribunal que, de todas maneras, esa prueba no se practicó "el día señalado", por inconvenientes presentados en el mismo laboratorio (fl. 91, C-6), hechos ajenos a la voluntad de los demandados (fl. 13, cdno. Corte).

Luego de insistir en que la inferencia de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre extramatrimonial no puede ser arbitraria, la demanda de casación recuerda que, precisamente, para que pueda arribarse a semejante conclusión, se exige por la ley que el indicio apoyado en la prueba testimonial, exige a los declarantes "deponer sobre episodios que ante ellos ocurrieron, claramente indicativos, a juicio del juzgador, de que la pareja tenía relaciones sexuales y señalar con precisión la época en que debieron ocurrir", pues la inferencia de esas relaciones sexuales han de surgir como consecuencia de "un trato social y personal inequívoco", (folio 14, cdno. Corte).

En ese orden de ideas, es claro y el yerro del sentenciador, pues ni en forma separada, ni en conjunto, "los testimonios y demás pruebas tenidas en cuenta por el tribunal sirven para demostrar ni las relaciones sexuales, ni el trato personal y social entre la madre y el pretenso padre para la época de la concepción de cada uno de los demandantes" (folio 14, cdno. Corte), razón por la cual la sentencia adolece de error de hecho evidente y trascendente en la decisión judicial que se combate, por lo que habrá de ser casada por la Corte y absolver a la parte demandada. (folios 15, cdno. Corte).

Consideraciones

1. El legislador colombiano, acorde con el derecho universalmente reconocido a todas las personas para saber quiénes son sus progenitores, consagró, mediante la Ley 45 de 1936, la posibilidad legal de reclamar el estado civil de "hijo natural" (hoy de "hijo extramatrimonial"), para cuyo efecto estableció en el artículo 4o., las circunstancias según las cuales se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales de la madre con el

presunto padre, probadas las cuales hay lugar a declarar la paternidad impetrada.

2. Es igualmente conocido que posteriormente, el artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, modificó el artículo 4o. de la Ley 45 de 1936, de tal suerte que, como hubo de recordarlo esta Corporación, en sentencia de 6 de julio de 1987, "atendiendo los principios renovadores de la Ley 75 de 1968, así como su espíritu la disciplina en estas causas, "no llega hasta consagrar e imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente imposible la demostración de las causales que sirven para hacer la declaración judicial de hijo natural, y por ende, inaplicable el mencionado estatuto. No fue esta última la filosofía que inspiró al legislador de 1968, sino por el contrario, hacer más viable y eficaz la investigación de la paternidad natural, como quiera que la legislación anterior resultaba un tanto irrealizable y había quedado a la zaga de los avances logrados por legislaciones foráneas, y también por las necesidades de la sociedad colombiana que reclamaba un estatuto que tutelara más eficazmente los derechos de los hijos extramatrimoniales (Cas. Civ. de 12 de mayo de 1980, 27 de abril de 1985, aún no publicadas)" (G.J.T. CLXXXVIII, número 2427, 1987, segundo semestre, pág. 54).

3. Precisamente en torno a la apreciación probatoria, la jurisprudencia de esta Corporación, en consonancia con la doctrina universal y habida consideración de que, por regla general, la prueba testifical es el medio de convicción a que con mayor frecuencia se acude por las partes para la demostración de uno cualquiera de los hechos indicadores de la existencia de relaciones sexuales que autoriza la declaración de la paternidad extra matrimonial, tiene por sentado que en la ponderación que el juzgador debe hacer de dicha prueba, "no puede haber un desmedido rigor, por ejemplo, cuando las respuestas no viene asistidas de multiplicidad de detalles y explicaciones, porque suele acontecer que los declarantes por su escasa cultura, su poca locuacidad, su misma discreción, mesura o prudencia, sus limitantes sicológicos, el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y el momento en que declara, sus respuestas resulten ser cortas, pero no del todo inexpresivas. En este mismo orden de ideas, también es factible que se incurra en algunas contradicciones explicables por la lejanía de ocurrencia de los hechos, porque "una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en todos sus detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciа-

ción objetiva hubiera de exigirse en el testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia' (Cas. Civ. de 2 de junio de 1958, LXXXVIII, 121; 21 de febrero de 1964, CVI, 141; 21 de marzo de 1980, no publicada)". (Sentencia de casación, 4 de agosto de 1992, ordinario Trinidad Orjuela de Castañeda contra Luis Antonio Valero Espitia y otros, como herederos de Aristides Valero Espitia).

4. En ejercicio de la función jurisdiccional, la ley asignó a los juzgadores de instancia la compleja y, por demás delicada misión de valorar las pruebas, en la cual, para formar la convicción judicial, los falladores de instancia, han de proceder con "discreta autonomía" para arribar a conclusiones sobre los hechos debatidos en el proceso. Es esa la razón que conduce, necesariamente, a que por la presunción de acierto en el juzgamiento, la cuestión fáctica, en principio, se halle sustraída de constituir motivo de casación, salvo el caso en que el sentenciador hubiere incurrido en error protuberante en la apreciación de las pruebas, ya de hecho, que sea manifiesto y trascendente; ora de derecho, por el desconocimiento o violación de normas de disciplina probatoria, todo conforme a lo preceptuado por los artículos 368, num. 1 y 374, num. 3 del Código de Procedimiento Civil.

5. Aplicadas las nociones precedentes al caso sub-lite, encuentra la Corte que el cargo propuesto no puede prosperar por cuanto:

5.1. A contrario de lo que sostiene la parte recurrente en casación, no existe error evidente de hecho en la apreciación de los testimonios rendidos durante el proceso por Vicente Nereo Albañil Torres y Olimpia de La Concepción Pulido de Hernández, que permita destruir la presunción de legalidad y acierto de que se encuentra investido el fallo impugnado.

5.1.1. En efecto, Vicente Nereo Albañil Torres, agricultor de 73 años de edad, manifiesta en sus declaraciones (fls. 29 a 33, C-2 y fls. 8 a 14, C-7), que conoció tanto a Emiliano Páez como a Custodia Segura, por razones de vecindad en la vereda "La Jabonera" del municipio de Nuevo Colón (fl. 9, C-7); y agregó que, por tal motivo se enteró de que cuando la progenitora de los demandantes tenía "unos doce o quince años", "el difunto Emiliano se llevó a Custodia", anduvo con ella durante algún tiempo por el Valle, Caldas y el Tolima y luego "volvieron a Nuevo Colón", lugar este donde el causante mencionado prácticamente siguió haciendo vida marital con

Custodia" (fl. 9, C-7)_, al punto que, en predio de propiedad de Emiliano Páez "como en el año treinta" (fl. 30, C-2), fue construida una vivienda rústica (primero de una y luego de dos piezas de adobe), lugar a donde acudía, con discreción, el de cujus y era recibido por Custodia, pues ellos "so pretesto de algo se veían" (fl. 11, C-7), razón esta que, según el decir del testigo, le permite afirmar que "el prácticamente siguió haciendo vida marital con Custodia, no permanentemente, pues el seguía viviendo en su casa y Custodia en La Jabonera y la visitaba permanentemente", pues el señor Emiliano Páez "era el único que llegaba a esa casa, como amante, a esa mujer no se le conoció ningún otro hombre" (fl. 32, C-2, pruebas parte demandante). Y agrega que, "las relaciones las empezaron en 1928 a 1930" hasta cuando ella fue desterrada por cuestión política y se fue para Bogotá "digamos en el año cuarenta y ocho" y, lo asevera el declarante por las circunstancias de vecindad y conocimiento. Por lo que afirma que si bien es verdad que de los años 1934 a 1938, primero; y 1946 a 1957, después, estuvo trabajando en Bogotá, no es menos cierto que conoció tanto estas relaciones, efectuadas en la época "a escondidas", así como también "a estos muchachos desde pequeñitos" (fl. 33, C-2, pruebas parte demandante).

5.1.2. Tampoco resulta yerro ostensible de hecho en la apreciación del testimonio de Olimpia de la Concepción Pulido de Hernández (fls. 4 a 8, C-7, fls. 34 a 35, C-2, pruebas parte demandante), persona de 78 años de edad en 1991 (luego nacidas en 1913) casada, dedicada a los oficios del hogar, analfabeta, residente en la vereda "La Jabonera", municipio de Nuevo Colón, quien por esa razón dijo haber conocido a Emiliano Páez González y a Custodia Segura, desde los 12 años, esto es, en 1925, y afirma que para esa época, "el tenía a la señorita Custodia de novia", cuando ella "salió de la escuela" y se fue "con ese señor Emiliano" (folio 34, C-2, pruebas demandante); y, sobre el particular expone en su declaración lo siguiente: que salió de la escuela y se fue con Emiliano Páez, cuando tenía 12 años, esto es, en 1925, que Custodia estaba esperando cuando ella tenía 15 años, esto es, en 1928, que "ella se fue a vivir en el ranchito y allá llegaba don Emiliano todos los días, yo lo veía llegar y por las tardes se iba", lo que sustenta en haberlos visto y en observar la sacada de agua y suministro de alimentos a los niños; que dicho lote era de don Emiliano, donde, con la ayuda del hermano de éste y el apoyo alimenticio de su madre, construyeron dos habitaciones de adobe y los sostuvieron; y que don Emiliano los recibía como hijos hasta cuando se casó, lo cual ocurrió el 22 de abril de 1954. Por ello, sostiene el declarante que durante aquel de la convivencia ella "veía a

don Emiliano allá donde ella" (fl. 34, C-2)_ y que sabe, por tal razón que los hijos habidos por Custodia, lo son también de Emiliano Páez, a quien ella le fue fiel.

5.1.3. Además, las restantes declaraciones y deficiencia en la práctica de la prueba técnica, en nada contradicen las anteriormente mencionadas.

En efecto, en relación a aquellas la Sala advierte que las demandadas María Stella Páez Gómez y Francisca Páez Gómez, de 45 y 38 años de edad respectivamente (nacidas en 1946 y 1953), por motivos de edad (que no habían nacido para la época de los hechos) y de lugar de nacimiento o residencia (diferente a la de los reclamantes), manifestaron no haber conocido a Custodia Segura, ni las relaciones de ésta con Emiliano Páez entre 1920 y 1940, ni a sus supuestos hermano, salvo hasta el proceso de sucesión. Y de otra parte, la demandada Abigail Páez Segura de Gamba, de 60 años de edad y nacida en 1932, hija de Custodia Segura y Emiliano Páez, y hermana de los demandantes dice que no puede saber si Emiliano Páez era el padre de sus hermanos porque "cuando ellos nacieron yo tenía poca edad", pero agrega que cuando el padre la reconoció como hija ellos no le dijeron nada y que por esa misma razón y por pasar en sus negocios, no le consta que su madre tuviera relaciones con otros hombres. Y finaliza indicando las diferencias con tales hermanos como su concepto sobre algunas partes del proceso. Luego aparece clara la imposibilidad física de la declarante de haber podido conocer y percibir directamente lo relativo a las relaciones sexuales alegadas en este proceso, que no solo reconoce directamente, sino que también se abstiene de manifestar algún conocimiento indirecto del mencionado hecho, pues simplemente se limita a plantear la inquietud o el interrogante del no reconocimiento de sus hermanos por su padre, lo que, por ser ajeno al hecho de la prueba, constitutivo de una preocupación y no de un hecho, carece de esa evidencia probatoria. Por consiguiente, tales medios de prueba no desvirtúan los anteriores testimonios.

Y lo mismo hay que decir con relación a la falta de práctica de la prueba antropohereditobiológica decretada en el proceso primero por el juez y luego de oficio por el Tribunal. Porque si pese a la insistencia del fallador de segundo grado (fls. 34 y 91, C-6), la prueba no se llevó a cabo -según el ad-quem- por la ausencia de algunos de los demandados en la fecha y lugar señalado en un comienzo y con base en ello, el tribunal dedujo erróneamen-

te un indicio en su contra (porque los demandantes, por su mayoría de edad, no gozaban del servicio solicitado por el juez al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), no por ello puede decirse que este error en la apreciación probatoria sea capaz de destruir el fallo impugnado por violación indirecta de las normas sustanciales aplicadas por el tribunal para decidir el litigio. Porque hubo un error intrascendente, puesto que de no haberse cometido este yerro el contenido de las anteriores declaraciones de testigos quedaría incólume, porque habiendo sido considerado como indicio corroborante y no excluyente de la prueba de la causal invocada, su eliminación no contraría, ni excluye esta última. Es decir, deja la prueba testimonial tal como se ha recepcionado y apreciado, y, como ello ha sido el fundamento de la sentencia atacada, esta queda entonces intangible. Por lo que, en consecuencia, dicho yerro carece de la virtualidad de quebrar la sentencia de segundo grado.

5.2. De esta suerte, si el tribunal, previo análisis de los registros civiles de nacimiento de Gustavo, Emiliano y Ana Elvia Segura; del texto de la demanda y su contestación por los demandados; y de las especiales circunstancias en que se desenvolvieron las relaciones personales entre el de cujus y la madre de quienes impetran la declaración de su filiación paterna; así como del contenido de la declaración testifical de Vicente Nereo Albañil Torres y Olimpia de la Concepción Pulido de Hernández, mayores de 70 años, campesinos del lugar, de escasa cultura, pruebas todas estas que vistas y apreciadas en conjunto con la declaración de Abigail Páez Segura (fls. 1 y 2, C-2; y 15, C-7), permiten establecer, en principio, los hechos relativos a la existencia del noviazgo entre Emiliano Páez y Custodia Segura por el año de 1925, en que también la sacó del hogar y de la escuela, y se la llevó para el Valle, Caldas y Tolima, para regresar luego a Nuevo Colón, donde continuaron visitándose inicialmente en forma separada (cada uno en su hogar) y luego conjuntamente en el rancho, donde, además de Abigail Páez Segura, hija de la misma madre (quien fuera reconocida), también nacieron los aquí demandantes y que fueron tratados como hijos; todo lo cual se ubica, por lo menos hasta el año 1940 como lo afirma la demanda y lo corroboran los testimonios, siendo intrascendente el exceso de tiempo indicado por Vicente Nereo (hasta 1948), atribuible a su salida temporal del hogar. Pero las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon este fenómeno, lo caracterizan como hechos indicadores de la existencia de unas relaciones sexuales por lo menos entre 1925 y 1940, tal como se desprende de la apreciación lógica y también común de los mismos. Pues, resulta razo-

nable inferir de su conjunto que todos estos hechos no solo se hayan tenido por finalidad sino que; hayan sido efecto de unas relaciones sexuales, ya que ello indica la sacada del hogar y de la escuela de una mujer para trasladarse a vivir a otro sitio, el retorno temporal, al trato marital clandestino y al establecimiento de hogar común separado con las respectivas relaciones privadas y públicas de trato familiar tanto de la pareja como de los hijos habidos por lo menos durante el período (1925-1940), que coincide, conforme al artículo 92 del Código Civil, con aquellos en que debieron ser concebidos los demandantes (nacidos en 1933-1936 y 1927).

Luego, ello permite afirmar que las conclusiones del tribunal sobre la cuestión fáctica materia de debate en este proceso, es razonable y no pugna abiertamente con la realidad procesal, al declarar probada la existencia de relaciones entre el causante y Custodia Segura, por la época de la concepción de Emiliano Ana Elvia y Gustavo Segura, mas cuando las demás declaraciones de testigos si bien no aportan nada adicional a este acervo probatorio de estas relaciones sexuales, por haber manifestado los declarantes su desconocimiento por razones de edad (vgr. no haber nacido o estar muy niños), como lo hiciera la demandada Abigail Páez Segura (hermana reconocida por los demandantes, quien solo tenía cinco o seis años a su nacimiento) o por otras razones (de desconocimiento personal, vecindad diferente, etc.), como lo expresaron otros demandados (María Stella Páez Gómez y Francisca Páez Gómez), no es menos cierto que tampoco los contradicen, ni mucho menos los descartan. De allí que estime la Sala que en el caso sub-examine el tribunal no incurrió en yerro de hecho en la apreciación probatoria de tal protuberancia que, por sí solo, salte a la vista y, por ello, permita aseverar que se produjo, por la vía indirecta y por ese motivo, la violación de las normas sustanciales que se dicen infringidas por el sentenciador, ya que, *como lo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación "para que los juicios del sentenciador de instancia no admitan censura en casación, basta que no generen 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". (Cas. Civ. 17 de junio de 1964, G.J. tomo CVII, pág. 288, reiterada en sentencia de 6 de julio de 1987, G.J. CLXXX, No. 2427, pág. 56).*

Por lo dicho, el cargo no prospera.

IV. decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala de Familia, el 12 de enero de 1993, en el proceso ordinario iniciado por Emiliano y Ana Elvia Segura; Susana Marlene, Susana Doris, Irma María y Gustavo Segura Ortegón, contra Francisca Gómez, cónyuge supérstite de Emiliano Páez González; contra los herederos indeterminados de este y contra sus herederos conocidos, Emilia, María y Francisca Páez Gómez y Abigail Páez Segura.

Condénase en costas a los recurrentes en casación. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro Lafont Pianetta, Eduardo García Sarmiento, Carlos Estéban Jaramillo Schloss, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero —con permiso, —*Rafael Romero Sierra*.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La presente providencia no la suscribe el Magistrado doctor Alberto Ospina Botero, por cuanto no participó en la discusión y aprobación de la misma por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana, secretario

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL/RELACIONES SEXUALES

1). Principios de la prueba requerida para demostrar el trato del cual se infreren las relaciones sexuales.

Igual sentido: fallo del 1o. de diciembre de 1989, sin publicar; G.J.T. CXLVIII, pág 190; G.J.T. CXLIII, pág. 72.
F. F.: Ley Num: 75 año: 1968 Art: 6 Numeral: 4, 92 ibídem.

ERROR DE HECHO-/Modalidades/-Requisitos

La impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis estas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición).
Contraevidencia y trascendencia de esta clase de yerro.
Igual sentido: G.J.t. CLI, pág. 210
F. F.: C. DE P.C. Art: 368 Numral: 1.

PRUEBAS- Valoración en Conjunto/ERROR DE DERECHO/ TESTIMONIO - Valoración en Conjunto

1). El juzgador debe apreciar el conjunto probatorio como lo manda el artículo 187 del C. de P.C. Su inobservancia, no constituiría error de hecho sino de derecho.
F. F.: Art: 187 del C de P.C.

2). Cuando se trata de la prueba testimonial, no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que

debe serlo en su conjunto para deducir su verdadera significación.

TESTIMONIO SOSPECHOSO

El mero vínculo de parentesco no constituye motivo de sospecha, sino cuando esa relación incide en el dicho de manera que conduzca a parcialidad. Dicha relación obliga a un examen más cuidadoso de la exposición mas no descarta de una vez la prueba.
Igual sentido: Sentencia del 25 de julio de 1990, Extractos de Jurisprudencia, T. 3,1990, pág. 82
F. F.: Art: 228 DEL C. DE P.C.
Igual sentido: Cas. Civ. del 21 de febrero de 1964, CVI, 140.

AUTONOMIA DEL JUZGADOR / JUZGADOR DE INSTANCIA / VALORACION PROBATORIA / ERROR DE HECHO/TESTIMONIO -Grupo de Testigos

1). Soberanía del juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, salvo error evidente de hecho.
Igual sentido: Sentencia del 9 de octubre de 1992, no publicada.

2.) Si habiendo dos grupos de testigos el fallador acoge uno de los dos para dar por demostrado un hecho que se discute, sin que la deducción que de esa pobranza a riña con la verdad evidente ni con la lógica no incurre en error de hecho manifiesto.
Igual sentido: Sentencia del 9 de febrero de 1990, no publicada.

DICTAMEN PERICIAL / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. - Causales / ERROR DE DERECHO

1). La probanza a que se contrae el artículo 7o. de la Ley 75 de 1968 —dictamen pericial— es todavía una prueba, no una causal de paternidad.

2). El hecho de no haberse dado oportunidad de controvertir esa prueba se torna totalmente en ineficaz; su valoración constituiría un error de derecho
F. F.: Ley Num: 75 1968 Art: 7.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil - Santafe de Bogotá, D. C., nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado Ponente: *Doctor Eduardo García Sarmiento.*

Ref: Expediente No. 4081. Sentencia No. 100

Se decide el recurso de *casación* interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 19 de junio de 1992, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este proceso ordinario de investigación de la paternidad promovido por la menor LUZ DARY FORERO representada por su madre María Lilia Forero Rativa frente a JOSE ANTONIO ESTUPIÑAN RINCON.

I. Antecedentes

1. Mediante libelo presentado el 14 de febrero de 1989 (fls. 1 a 3, c 1), que por repartimiento correspondió al entonces Juzgado Primero Promiscuo de Menores de Tunja, la defensoría de Menores en representación de los intereses de la menor LUZ DARY FORERO hija de María Lilia Forero Rativa, demandó a JOSE ESTUPIÑAN RINCON para que se profirieran las siguientes declaraciones:

"1. Que el señor JOSE ANTONIO ESTUPIÑAN RINCON, es el padre de la menor LUZ DARY, a quien se refiere el presente proceso.

"2. Que como consecuencia de la anterior declaración, el demandado sea obligado al pago de cuotas alimentarias para el sostenimiento de la menor".

2. Como apoyo de las pretensiones se expusieron los hechos que sintetizan, así:

2.1. María Lilia Forero el 23 de noviembre de 1963 contrajo matrimonio con Gratiniano Riaño, no tuvo hijos "pero que ella con su difunto esposo reconoció a la menor María Elizabeth Riaño".

2.2. María Lilia Forero se separó de su esposo en enero de 1976, se radicó en Duitama "y desde esa fecha no volvió a tener ninguna clase de relación con él".

2.3. María Lilia Forero "inició demanda de Impugnación de la Legitimidad presunta... que cursó en el Juzgado Primero Promiscuo de Menores de esta ciudad... y terminó con sentencia declarando la ilegitimidad de la menor LUZ DARY".

2.4. María Lilia Forero "se conoció con su demandado en el año de 1975".

2.5. En febrero de 1976 inició relaciones amorosas en Duitama "ya que el demandado trabajaba en el Campamento del arenal y ella tenía una tienda donde llegaba el demandado".

2.6. En el mismo mes iniciaron relaciones sexuales con el demandado, "que el llegaba a la casa de ella y se quedaba".

2.7. Continuaron las relaciones sexuales "con mucha frecuencia" hasta cuando LUZ DARY "contaba con (sic) un año de edad".

2.8. Convivieron en Duitama y en Villa de Leyva, "en casa de las señoras ROSA TORRES, PETRA DE VELASCO".

2.9. Como consecuencia de las relaciones sexuales "sostenidas con el demandado ella presento (sic) embarazo en el mes de 1976".

2.10 "el demandado le colaboraba con mercados".

2.11. "como fruto del embarazo... nació la menor LUZ DARY el 20 de noviembre de 1976".

2.12. El demandado pagó los gastos de hospital cuando nació la niña en Villa de Leyva.

2.13. En la audiencia de conciliación "efectuada ante el Defensor de Menores el demandado negó (sic) ser el padre de la menor LUZ DARY".

3. Admitida la demanda por el entonces Juzgado Primero Promiscuo de Menores de Tunja por auto del 18 de febrero de 1989, ordenó correrla en traslado al demandado (fl. 7, c. 1 Juzgado). Oportunamente éste se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos admitió como ciertos algunos, no constarle y no ser ciertos otros (fls. 8 a 15).

4. Del proceso de investigación de la paternidad, de acuerdo con las constancias visibles en el folio 92 del cuaderno 1 del juzgado, avocó el conocimiento el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Tunja quien puso fin a la primera instancia por sentencia de 10 de julio de 1991 (fls. 124 a 131), mediante la cual resolvió.

"*Primero:* Declarar que la menor LUZ DARY FORERO nacida el 20 de noviembre de 1976 en el Municipio de Villa de Leyva, es hija extramatrimonial de JOSE ANTONIO ESTUPIÑAN RINCON y MARIA LILIA FORERO RATIVA, en razón de lo dicho en esta providencia.

"*Segundo*: Imponer al señor JOSE ANTONIO ESTUPIÑAN RINCON... en calidad de padre de la menor LUZ DARY FORERO, la obligación de suministrarle alimentos de acuerdo a lo establecido por el Código del Menor.

"*Tercero:* Disponer que la madre de la menor LUZ DARY FORERO continué con el cuidado personal y ejerciendo la Patria Potestad de la misma.

"*Cuarto:* En firme esta sentencia, ofíciese al señor Notario Unico del Municipio de Villa de Leyva a fin de que se sirva proceder a complementar el Registro Civil de nacimiento de la menor LUZ DARY FORERO como hija extramatrimonial de JOSE ANTONIO ESTUPIÑAN RINCON y MARIA LILIA FORERO RIATIVA".

5. Interpuesto el recurso de apelación por el demando (fls. 133 a 139), la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, luego de recaudar pruebas (cdo. 4 Tribunal) que decretó de oficio (fl. 16. c. 3 Tribunal), en fallo del 19 de junio de 1992 confirmó la decisión del a quo (fls. 39 a 52. c. 3 Tribunal).

II. Fundamento de la sentencia impugnada

6. El Tribunal luego de historiar el proceso, no encontrar reparo a los presupuestos procesales y establecer la legitimación en la causa de los protagonistas del litigio, entra al estudio del estado civil de las personas y al análisis de los artículos 3o. y 6o., numeral 4o., de la Ley 75 de 1968 acompañado con jurisprudencia de la Corporación, para considerar que la sentencia impugnada "tiene asidero en la prueba documental, pericial y testimonial...".

6.1. Dice el Tribunal que el acta de registro civil es prueba del nacimiento de la menor Luz Dary, ocurrido el 20 de noviembre de 1976, hija de María Lilia Forero; que la menor no es hija de José Gratiniano Riaño, esposo de María Lilia Forero, como lo prueban la sentencia del 18 de junio de 1987 proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Menores de Tunja "cuyas copias reposan en el expediente..." y el dictamen pericial del Director Técnico del Laboratorio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que dio resultado compatible con la paternidad reclamada, probanza que "corresponde —anota el Tribunal— a un dictamen rendido por un funcionario público de una entidad oficial que por la función que cumple, es hoy acatada por el alto nivel científico de sus investigaciones... Es por tales razones, que dichos peritazgos constituyen indicios graves que denotan la paternidad natural de una persona..." (fl. 47, c. 3 Tribunal).

6.1.1. Respalda el ad quem el examen antropoheredobiológico en doctrina de esta Corporación, que transcribe, para puntualizar que los "informes provienen de un órgano oficial impersonal provisto por la ley, por o sin encargo de un funcionario judicial, que por la naturaleza del objeto que cumple son idóneos constituyéndose en peritaciones sui generis de altísimo valor probatorio".

6.2. Se refiere luego el Tribunal a los testimonios que de oficio recepcionó a María Elizabet Riaño Forero, María Gladys Velázquez de Castellanos y Rosa María Torres Avila (fls. 2 al 14, c. 4 Tribunal), de los cuales hace una síntesis. Por otro lado alude a los testimonios de Desiderio Carvajal Balaguera, Hernando Neftalí Carvajal Balaguera y Arcángel Salamanca Vargas (fls. 41 a 48 y 88 a 88v., c. 1 Juzgado), citados por la parte demandada, quienes "coinciden en afirmar no constarles nada acerca del trato amoroso que pudieran tener José Antonio Estupiñán y María Lilia

Forero, ni que hayan convivido juntos, por cuanto a ésta última la conocieron viviendo con su esposo Gratiniano Riaño...

Al analizar la prueba testimonial recepcionada por él, precisa que "Estudiados los tres primero testimonios, uno por uno y en conjunto, o sea de la forma como lo dispone el artículo 187 del C. de P. C., fácilmente en el sub-lite se deduce el trato personal y social entre la madre y el presunto padre, trato del cual se infieren las relaciones sexuales invocadas..." (fl. 50, c. 3 Tribunal). Apoyado en Jurisprudencia de la Corte que transcribe, descarta el sentenciador la tacha de sospecha contra el testimonio de María Elizabeth Riaño formulada por la parte demandada en razón del parentesco de la testigo con la parte demandante.

7. Concluye el Tribunal que "apareciendo de la prueba testimonial demostrado un episodio, claramente indicativo, de la existencia de relaciones sexuales entre José Antonio estupiñan y María Lilia Forero, para la época en que se presume la concepción de la menor Luz Dary, y sumándole la compatibilidad obtenida con el examen antrophoheredobiológico practicado, inexorablemente resulta soporte requerido para la declaración de paternidad pretendida..." (fls. 39 a 52, c. 3 Tribunal).

III. La demanda de casación

Dos cargos formula el censor a la sentencia recurrida, ambos por la causal primera de casación establecida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que, por merecer consideraciones comunes, serán despachados en forma conjunta (fls. 6 a 16, c. Corte).

Cargo primero

Se acusa la sentencia por ser violatoria "de una norma de derecho sustancial, en forma indirecta, generada por error de hecho manifiesto en la apreciación de varias pruebas testimoniales".

8. En el desarrollo de la fundamentación del cargo sostiene que el Tribunal violó indirectamente el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil por interpretación errónea, el 187 por falta de aplicación, y en consecuencia violó indirectamente el artículo 6o., numeral 4, de la Ley 75 de 1968.

Desconoció el ad quem —dice la censura— el verdadero sentido del artículo 174 en cuanto esta norma dispone que la decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas, "lo que significa que el juzgador debe acometer el estudio de la totalidad de las pruebas allegadas... y no contentarse, como ocurrió en el presente caso, con estudiar, para acoger sin reparos, únicamente aquellas pruebas que conducen a acoger las pretensiones de la demanda...".

El Tribunal estudió "pormenorizadamente" los testimonios de María Elizabeth Riaño Forero, María Gladys Velázques vda. de Castellanos y Rosa María Torres "señalando varias razones que, en su sentir, ameritan creerlas". Y frente a las declaraciones de Desiderio Carvajal Balaguera, Hernando Neftalí Carvajal Balaguera y Arcángel Salamanca Vargas, se limita a indicar que éstos dicen no constarles nada acerca del trato amoroso dado por el demandado a María Lilia Forero, "sin detenerse a analizar precisamente, que dichos testimonios desestiman los hechos fundamentales de la demanda es decir, desvirtúan que para la época de la concepción de la menor LUZ DARY, existiera relaciones íntimas o siquiera deferentes hacia la madre de la menor, por parte de JOSE ANTONIO ESTUPIÑAN".

De esta forma el Tribunal dejó de aplicar el artículo 187 que ordena apreciar las pruebas en conjunto. El sentenciador no "coteja las versiones de los diferentes testigos, para concluir razonadamente a cuáles da credibilidad y a cuáles no, la razón de tal actitud y, en fin, explicar por qué concluye de dichos testimonios, la decisión que adopta (sic)...".

Estima la censura que "no basta mencionar los nombres de los testigos... es necesario explicar con claridad, de qué manera, con base en tales testimonios llega a un particular convencimiento".

Anota que estos errores "técnicos" llevan al yerro de dar aplicación indebida al artículo 6o., numeral 4, de la Ley 75 de 1968, norma sustancial, violada indirectamente, "pues al no haberse probado debidamente el supuesto de hecho de dicha norma, mal podría aplicarse".

Concluye el cargo estimando que de no haber cometido el Tribunal los errores de hecho, la decisión habría sido contraria a la que tomó, es decir, absolver al demandado de los cargos que se le endilgan. (fls. 11 a 13, c. Corte).

Cargo segundo

Con invocación de la causal 1a. del artículo 368 del estatuto de procedimiento civil, acusa el censor la sentencia por "ser violatoria en forma indirecta, de una norma de derecho sustancial, generada en error de derecho, por falso juicio de legalidad en la apreciación de un dictamen pericial".

El Tribunal —dice la censura— "violó en forma indirecta, los artículos 174, 187 y 238 del C. de P.C., todos por falta de apreciación, y, como consecuencia, violó también en forma indirecto; el art. 6. numeral 4, de la Ley 75 de 1968, esta norma por aplicación indebida".

9. En desarrollo del cargo asevera el censor que la sentencia llega al convencimiento que la menor Luz Dary es hija extramatrimonial de José Antonio Estupiñán Rincón, "básicamente sobre la base de tres testimonios... y del dictamen pericial, denominado prueba genética...".

Dicho examen genético —observa la censura— es un dictamen pericial por lo cual "debe ser puesto a disposición de las partes, en traslado... para que puedan ejercer el derecho de contradicción...". "Como puede observarse, en la tramitación del proceso, se inobservó totalmente dar cumplimiento a dicha obligación contenida en forma perentoria e imperativa en el art. 238 del C. de P. C., con lo cual se produjo su violación indirecta por inaplicación...".

Precisa la censura que dada esta circunstancia procesal "era deber del juzgador, en atención a que ninguna norma faculta al Juez a aplicar a voluntad el art. 238 citado, no tener en cuenta dicho dictamen pericial... porque el artículo 174 ordena que toda decisión judicial se funde en pruebas regular y oportunamente allegadas y, cuando señala 'regular' se refiere precisamente a la observancia de las formalidades que la ley prescribe en torno a determinado medio de prueba siendo una fundamental formalidad, correr el traslado del dictamen pericial...".

Así las cosas, el concepto del perito no puede ser fundamento de la sentencia desatendiendo el artículo 187 que ordena apreciar las pruebas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que permite al juzgador gran amplitud en el análisis de las pruebas legal y regularmente aportadas, "no podía el Tribunal sin violar esta disposición, considerar en conjunto ni

separadamente el dictamen pericial de que se ha venido tratando, como no fuera para señalar los vicios que lo rodean y desecharlo como prueba..."

Como consecuencia del error manifiesto —continua el censor— el Tribunal llegó al convencimiento de que Estupiñán Rincón es el padre extramatrimonial de Luz Dary, "convencimiento al que no podía llegar válidamente, con base en la prueba pericial aludida. Aplicó indebidamente el art. 6-4 de la Ley 75 de 1968...".

Puntualiza y concreta el recurrente que "no bastan los testimonios de las tres damas... para llegar en derecho al convencimiento necesario para adoptar la determinación que finalmente fue adoptada; era menester que dicha prueba buscara soporte en el dictamen pericial —la prueba genética— ...". Y como tal prueba "no podía apreciarse por la ilegalidad que la rodea, y, en consecuencia, a falta de dicho medio probatorio, aún en el evento, que no comparto, de que se dé credibilidad plena a los testigos, tales testimonios no permiten conformar plena prueba y en tal caso, la sentencia a no dudarlo ha debido ser desestimatoria de las pretensiones...".

Termina el recurrente solicitando se case la sentencia (fls. 14 a 16, c. Corte).

IV. Consideraciones de la corte

1o. El artículo 6o. de la Ley 75 de 1968 establece las causas por las cuales se presume la paternidad extramatrimonial, entre ellas, "en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción", relaciones que 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 antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

En relación con la prueba requerida para demostrar el trato del cual se infieran las relaciones sexuales, esta Corporación en fallo del 1o. de diciembre de 1989, sin publicar, acotando lo dicho en otras providencias dedujo, entre otros, los siguientes principios.

"...b) No es requisito indispensable que esas relaciones hayan tenido continuidad, ni menos aún que hayan sido regulares y frecuentes o real-

izadas de modo tal que de las mismas resulte una cierta apariencia de fidelidad entre los amantes; ...la declaración de paternidad puede demandarse hoy con apoyo en la existencia de relaciones sexuales,, ya sean estables mas no ostensibles; ora notorias, mas no estables y, finalmente, aunque no sean lo uno ni lo otro... (G.J. T. CXLVIII, pág. 190).

"c) Tampoco es condición obligatorio para la configuración de los hechos indicadores sobre los cuales puede cimentarse la presunción examinada, el que esa relación amorosa entre el varón y la mujer se haya extendido por todo el tiempo en que por ministerio de la ley se presume que pudo suceder la concepción del hijo cuya filiación se pretende sea declarada. Cosa diferente es la necesaria ubicación temporal de los indicios que han de servir para inferir la existencia de ese trato sexual a los cuales se refiere, en su segundo inciso, el num. 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, habida cuenta que cuando falta la prueba directa de las relaciones carnales estas no pueden ser deducidas sino del trato personal y social entre los amantes, obviamente dotado de cierta objetividad, perceptible por los terceros, durante el tiempo en que ha de entenderse ocurrió la gestación..." (G. J., T. CXLIII, pág. 72).

II. El error de hecho manifiesto que se endilga al Tribunal, significa afirmar desacierto del sentenciador en la contemplación objetiva de la prueba. El yerro así formulado tiene que encontrar relación con la existencia o la inexistencia de determinada prueba en el proceso, o con su contenido, dando el juzgador por demostrado un hecho sin existir la prueba, o cuando no da por acreditado un hecho a pesar de existir en el proceso la prueba idónea, o cuando altera el contenido del medio de convicción suponiendo lo que no dice, o cercenando su contenido.

"Exhaustivamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que *la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis estas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición);* y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.

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

12.En el sub-lite el Tribunal dio por probada la existencia de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre de la demandante, por la época "en que se presume la concepción de la menor Luz Dary", con las declaraciones de María Elizabeth Riaño Forero, María Gladys Velázques de Castellanos y Rosa María Torres Avila, quienes depusieron sobre los hechos indicadores de las relaciones sexuales. Pues bien. Ciertamente la acusación no ataca estos testimonios, como que sus argumentos se encaminan a centrar el error que le achaca al ad quem, en que pasó por alto los testimonios que incorporados a petición del demandado afirman que no les consta las relaciones sexuales, cuando *el juzgador debe apreciar el conjunto probatorio como lo manda el artículo 187 del C. de P. C. Luego al no actuar así, sino pretiriendo estos últimos, incurrió en error de hecho. Ese yerro, de cometerse, no sería de hecho sino de derecho por no valorarse la integridad de los medios de convicción oportuna y regularmente incorporados*. Pero lo cierto es que el Tribunal no ignoró los testimonios, sino que frente a dos grupos de testigos encontró creíbles los que apuntan a los hechos de la causal alegada, mientras que desechó los otros. Proceder de esa manera no conforma en modo alguno error de hecho, puesto que no se incurrió en ninguna de sus manifestaciones, toda vez que no se ignoran, ni se recorta, ni adiciona su contenido. Mas lo esencial es que no se demuestra ni por asomo que hubiera la falencia en relación con la prueba que es el soporte de la conclusión.

En efecto. De los tres testimonios —dice el juzgador— "fácilmente en el sub-lite se deduce el trato personal y social entre la madre y el presunto padre, trato del cual se infieren las relaciones sexuales invocadas...".

Exponen las testigos en la audiencia celebrada por el Tribunal el 21 de enero de 1992:

MARIA ELIZABETH RIAÑO FORERO (fls. 2 a 8, c. 4 Tribunal), de 26 años de edad, hija de María Lilia Forero madre de la menor demandante, dijo conocer aproximadamente hace 16 años a José Antonio Estupiñán Rincón "porque es el padre de mi hermana Luz Dary Estupiñán Forero y convivió con mi mamá aproximadamente dos años...". Se le solicitó hacer "un relato pormenorizado de todo cuanto sepa y le conste sobre la paternidad de la menor Luz Dary en cabeza de José Antonio Estupiñán Rincón" y expuso que ellos (José Antonio y María Lilia) se conocieron en el pueblito El arenal donde José Antonio trabajaba en el Ministerio de Obras Públicas, "después el señor José Antonio Estupiñán nos trajo a mi mamá y a mí a vivir a Duitama, yo tenía como diez u once años, eso hace aproximadamente unos dieciséis años y medio, allí duró viviendo con mi mamá aproximadamente un año, luego nos llevó a vivir a Villa de Leiva, cuando llegamos... mi mamá estaba embarazada de la niña tenía como seis meses de embarazo, allí en villa de Leiva él iba a visitarla cada ocho días cada quince días, vivíamos en la casa de la señora Rosa de Torres, después de que nació la niña él siguió yendo a visitar a mi mamá aproximadamente un año, y después de ese año ya no volvió a ir ni le siguió ayudando con nada. .". Adelante agregó que en el caserío El Arenal vivían con su madre, después en Socha y José Antonio iba a la casa "y ahí se hicieron novios y después fue cuando él trajo a mi mamá y a mí para Duitama y entonces ya estaban para vivir juntos... vivían como marido y mujer...". A otra pregunta del Tribunal acerca del padre de la testigo, Gratiniano Riaño, respondió: "Mi padre convivía con nosotros en el Arenal pero mi mamá lo dejó ahí para venirse con el señor José Antonio, a la ciudad de Duitama y mi padre nunca volvió a visitarnos ni a la ciudad de Duitama ni a la ciudad de Villa de Leiva...". Luego anotó que su madre quedó embarazada cuatro meses después de vivir en Duitama y al conocer del embarazo la actitud de José Antonio Estupiñán fue negativa, "puesto que discutían constantemente" y éste le "pidió a mi mamá que abortara la niña, a lo cual ella no accedió". Precisó que José Antonio "estuvo pendiente de mi mamá hasta que la niña nació, pagó en el hospital, asumió la alimentación y la ropa de la nena durante un año...". Tras referirse a los pagos de arriendo y al trabajo de la madre de la menor para el sostenimiento del hogar, aludió a la conducta del padre hacia la hija, y dijo: "El sí era cariñoso con la niña, y siempre que iba le llevaba ropa, esto sucedió hasta la edad de un año, sí él le manifestaba su cariño puesto que la alzaba como cualquier papá a su hijo, la acariciaba...". A otro interrogante ratificó: "Durante el tiempo que vivieron en Duitama ellos (María Lilia y José Antonio) compartían la

misma habitación casi toda las noches, excepto que el señor tuviera que viajar o por motivos de trabajo y durante el tiempo que vivieron en Villa de Leiva él la visitaba los fines de semana y también compartían la misma habitación...".

Este testimonio, rendido por pariente muy cercano a la madre de la menor demandante, no refleja parcialidad para descartarlo de plano, pues la testigo estaba al tanto de conocer mejor los detalles que rodeaban su vida familiar y si esta testigo explica, como lo hace, convincentemente los hechos que son materia de investigación, con arreglo a las reglas del procedimiento (artículo 228), no se puede prescindir de su estimación por la circunstancia de hallarse ligado por parentesco con una de las partes, como que se advierte responsiva, exacta y completa. A este respecto puntualizó la Corporación en sentencia del 24 de marzo de 1981, "Que no se puede subestimar que en estas causas son los parientes de los cónyuges los que generalmente se encuentran más cerca del desenvolvimiento de la vida conyugal y los que, por tanto, pueden percibir mejor los hechos tal como ocurrieron" (Sentencia del 25 de julio de 1990. Extractos de jurisprudencia, Tomo 3 1990 pág. 82). *El mero vínculo de parentesco no constituye motivo de sospecha, sino cuando esa relación incide en el dicho de manera que conduzca a parcialidad. Dicha relación obliga a un examen más cuidadoso de la exposición mas no descarta de una vez la prueba.*

La testigo MARIA GLADYS VELAZQUEZ DE CASTELLANOS (fls. 8 a 11) de 36 años de edad, de profesión educadora, sin parentesco con las partes, dijo conocer a María Lilia, a José Antonio y a la menor Luz Dary aproximadamente hace 16 años "porque para esa fecha mi esposo y yo vivíamos en la casa de Rosa María Pérez, una casa de inquilinato, los dos llegaron a vivir ahí, la señora iba embarazada, por eso compartimos inclusive después que nos salimos de ahí la señora Lilia también llegó a vivir a la misma casa en que yo vivía y el señor más o menos cada semana llegaba ahí, la casa es de la señora Petra Vda. de Velasco". Al interrogarla sobre el padre de la menor Luz Dary dijo que ella (María Lilia Forero) "llegó embarazada y decía que el señor Estupiñán era el papá, cuando la señora dio a luz la niña, no estaba el señor y mi esposo la llevó al hospital, presto la plata para los gastos y el señor la devolvió, el señor José el que decía que era el esposo de la señora, le devolvió a mi esposo la plata y el señor también le trajo ropa a la niñita y se supone que mantenía la casa porque para la época a (sic) señora no trabajaba en ninguna parte". Al ser interrogada "al

cuánto tiempo de haber llegado María Lilia Forero a Villa de Leiva nació la menor Luz Dary", contestó: "Yo creo que ella tenía como unos cuatro meses de embarazo más o menos, porque ya el tiempo ha pasado y uno no tiene tan fresco las cosas". Enseguida expuso acerca del pago del arrendamiento en Villa de Leiva, "Realmente eso yo no lo tengo muy claro, lo cierto si era que el señor cuando venía le dejaba dinero a la señora, le traía mercado y ella cancelaba los arriendos, porque la segunda vez nosotros fuimos los que le subarrendamos la pieza, porque ella esperaba que él llegara para cancelar lo del arriendo...". Más adelante al ser interrogada sobre el trato de pareja y, de padre a hija, expuso "Era un trato aparentemente de esposos, porque yo pensé en un principio que eran casados, él era un señor serio, y llevaban una relación de armonía y cuando la niña nació pues la trataba como su hija, le traía ropita, la alzaba, la acariciaba, inclusive era diferente el trato que tenía con la niña María Elizabeth, era más amoroso con la niña pequeñita...".

La testigo ROSA MARIA TORRES AVILA (fls. 11 a 14, c. 4 Tribunal) de 60 años de edad, sin parentesco con las partes, dijo conocer a los protagonistas de esta investigación desde hace 15 años "porque Lilia llegó a la casa a solicitar una pieza en arrendamiento y vivió ahí un período de tiempo no recuerdo cuánto... ella llegó en embarazo a la casa, y de vez en cuando ese señor Estupiñán llegaba ahí a la casa, y ahí no sé nada más porque es decir ahí vivieron un período de tiempo y después se fueron para donde otra familia y no sé, además hace tiempos también me llamaron a declarar en el Juzgado de Villa y lo que declaré en esa ocasión eso mismo debe existir ahí, pues eso hace tiempo y ya no recuerdo nada". Preguntada " en qué calidad llegaba el señor José Antonio Estupiñán Rincón a su casa, donde vivía María Lilia Forero, contestó: Pues él siempre llegaba ahí a la pieza de ella, llegaba uno o dos días y regresaba, no sé mas...";

más adelante precisó: "Pues bueno ella se enfermó ahí en la casa y esta señora de la declaración anterior la llevó al hospital., ella se llama Gladys Velázquez de Castellanos, poco más o menos haya vivido de cuatro a cinco meses, porque ella le faltarían como unos tres meses, y tuvo la niña y luego se fueron de ahí de la casa, pues la verdad que de lo que me haya dado cuenta, pues antes de nacer la niña lo vía por ahí algunas veces, pero después si no sé si fue o no, bueno por ahí cada ocho días o cada quince días, pues como uno así casi no habla con las personas que viven en la casa, yo le dije a ella que ese señor quien era y ella me contestó que era su esposo, el padre de lo que tenía, pero no más porque las dos no teníamos mucha confianza...".

13. Estos testimonios que le sirvieron de base al Tribunal para pronunciar la sentencia que ahora se impugna, tienen los derroteros inherentes para acogerlos como prueba suficiente para inferir del trato personal y social de José Antonio y María Lilia, dado en las poblaciones El Arenal, Duitama y Villa de Leiva, las relaciones sexuales del presunto padre y la madre de Luz Dary de conformidad con el numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968 modificatorio del 4o. de la Ley 45 de 1936 que da lugar a la declaratoria de paternidad extramatrimonial, puesto que relatan hechos relativos al trato dado por el demandado a la madre de la demandante antes del embarazo y durante éste, lo cual permite inferir con certeza las relaciones sexuales.

La prueba testimonial, como la que ahora ocupa la atención de la Sala, tiene de vieja data que pasar por el rigor del análisis y valoración persuasiva y convincente, acorde con la finalidad que persigue el legislador.

Tiene dicho la Corte:

"Desde antaño, y más exactamente bajo el imperio de la ley 45 de 1936, empezó la Corte a sentar, en materia probatoria, derroteros como estos: 'a) Una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipadas y precisa en todos sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiere de exigirse al testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia'. 'b) Si el testigo ha de dar la razón de su dicho y si, en principio esta razón ha de ser explícita o sea formalmente referida, no repugna que ella esté implícita en los términos de la exposición mínima, tomada en su conjunto; y si tratándose de una declaración cuyos varios puntos, en razón de la materia, están íntimamente enlazados entre sí, la razón de una de las respuestas podría encontrarse en la contestación dada a otro de los puntos de la misma exposición. Como lo enseña la doctrina, cuando se trata de la prueba testimonial, no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que debe serlo en su conjunto para deducir su verdadera significación' (Cas. Civ. del 21 de febrero de 1964, CVI, 140).

"Y tal apreciación dijo la Corte recientemente-- queda bajo la reserva del Juzgador de instancia, a quien se le ha entregado la soberanía estimativa en los procesos, la que se mantiene siempre salvo error evidente de hecho, esto es, cuando contraría la realidad objetiva de la prueba, que, en materia de apreciación, se daría cuando la estimación hecho por el Tribunal

resulta absurda e ilógica, quedando la del recurrente como la única posible y razonable. Pues siendo ambas razonables y lógicas, desaparecería toda evidencia de yerro, lo que dejaría en firme la decisión impugnada" (Sentencia del 9 de octubre de 1992, no publicada).

14. Regresando al sub-lite, el error de hecho que se imputa a la sentencia del ad quem en la apreciación probatoria y la consecuente violación de las normas sustanciales que en él se denuncian como infringidas, en realidad no se presenta como se dijo, pues el Tribunal ni supuso ni pretermitió la prueba. La valoró y analizó para formar su convencimiento. Así lo hizo luego de transcribir parcialmente los testimonios recaudados en la segunda instancia manifestando, luego de indicar el haz probatorio tenido en cuenta, que apreciados en conjunto se encuentra probado el elemento estructural de la causal 4a. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, cuya existencia se alegó como causal para pretender la filiación extramatrimonial de la demadante respecto del demandado, lo que conlleva a significar que visto en conjunto el haz probatorio, sí se observó lo dispuesto en el artículo 187 del C. de P. C., de cuya aplicación se duele el recurrente y, en consecuencia no resulta contraria a la realidad procesal sino, al contrario, compatible con ella.

Por lo demás, como se observó, el Tribunal por razón de la discreta soberanía de que goza para apreciar las pruebas, perfectamente podía formar grupo de testigos para descubrir la verdad basado en unas, con prescidencia de otros que les restarían eficacia a los primeros.

A propósito dijo la Corte: "...Luego por ese aspecto, en el que centra su ataque la impugnación, carece de base la censura, puesto que el Tribunal, dentro de su autonomía para valorar las pruebas, dio mayor credibilidad al grupo de testigos no tachados.

"De otra parte, si habiendo dos grupos de testigos el fallador acoge uno de los dos para dar por demostrado un hecho que se discute, sin que la deducción que de esa probanza saca riña con la verdad evidente ni con la lógica, no incurre en error de hecho manifiesto..." (Sentencia del 9 de febrero de 1990, no publicada).

15. En relación con el segundo de los cargos formulados, y concretamente al "error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación

de un dictamen pericial" en virtud de violar indirectamente el artículo 238 del C. de P. C. por falta de aplicación, porque el "examen genético es un dictamen pericial, no obstante ser perito oficial, y como tal debe ser puesto a disposición de las partes, en traslado..." actividad procesal que no se observó en el proceso y por lo tanto el Tribunal debió "desecharlo como prueba" (fl. 15, c. Corte), sería transgresión sin trascendencia, como quiera que la sola prueba testimonial estudiada es suficiente para sostener la decisión, puesto que el pronunciamiento tomó dicha prueba científica como corroborante de la testimonial y no al contrario. Estimó que el concepto de compatibilidad daba base para deducir con más seguridad la paternidad deprecada que se desprendía de lo narrado por los testigos. Dijo en efecto el Tribunal: "...En conclusión, apareciendo de la prueba testimonial demostrado un episodio, claramente indicativo, de la existencia de las relaciones sexuales entre José Antonio Estupiñán y María Lilia Forero, para la época en que se presume la concepción de la menor Luz Dary, y sumándole la compatibilidad obtenida con el examen antropoheredobiológico practicado, inexorablemente resulta soporte requerido para la declaración de paternidad pretendida..." (fls. 51 y 52, c. 3 Tribunal).

La probanza a que se contrae el artículo 7o. de la Ley 75 de 1968 es, pues, todavía una prueba, no una causal de paternidad. Luego la decisión así la valoró, pero si por no haberse dado oportunidad de controvertirla es totalmente ineficaz, su valoración constituiría un error de derecho más intrascendente porque no fue el soporte único, sino un elemento que aun mal valorado, no le quita al fallo el real estribo.

16. De otro lado, por la transcripción que se ha hecho de los testimonios recaudados en la segunda instancia, observa la Corte que aun en el evento de prosperar el segundo cargo, no podría ser casada la sentencia, como quiera que en sede de instancia, se arribaría a resolución judicial idéntica a la del fallo impugnado por encontrarse demostrado que el trato que a la madre de la demandante le dio el aquí demandado durante el embarazo que culminó con el nacimiento de la actora, es hecho que da pie para deducir las relaciones sexuales, prescindiendo de la prueba pericial.

Deviene de lo expuesto, que los cargos no prosperan.

Decisión

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 19 de junio de 1992 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este proceso ordinario de investigación de la paternidad adelantado por la menor LUZ DARY FORERO, representada por su madre María Lilia Forero Rativa, frente a JOSE ANTONIO ESTUPIÑAN RINCON.

Costas a cargo del recurrente-demandado. Liquídense.

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

*ERROR DE HECHO/TESTIMONIO

1). Eventos en que el juzgador incurre en error de hecho.

2). Cuándo se comete esta clase de yerro en tratándose de la prueba testimonial.

3). Evidencia del yerro fáctico.
F.F.: C de P.C. art.: 368 Numral.: 1.

* PRUEBAS —
Valoración en conjunto/INDICIO

La prueba en general y los indicios en particular, deben ser apreciados en conjunto. La indiciaria, es la prueba indirecta por excelencia. Si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser contraevidente cuando se dá por establecido en hecho indicado con base en un hecho indicador carente de prueba.
Igual sentido: Cas. Civ. 12 de marzo de 1992.
F.F.: art. 248 del C. de P.C.

* SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA
/ANIMUS SOCIETATIS

1).- En Colombia, si bien se le han reconocido a la concubina, en la calidad detal, ciertos y determinados derechos —sobre todo en el campo de la seguridad social—, esos derechos, en lo que respecta a una sociedad de bienes creando surgida de la sola convivencia more uxorio extramatrimonial, no existe.

2). En qué consiste la affectio o ánumis societatis entre concubinos.
Igual sentido: Sentencia del 7 de febrero de 1990.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Santafé de Bogotá D. C., once (11) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo*

Rad. — Expediente No. 3790 Sentencia No. 102

Decide la Corte el recurso de casación propuesto por la parte demandada contra la sentencia de junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario adelantado por MARIA ISABEL FRANCO frente a JOSE NOE PARADA.

Antecedentes:

Correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali conocer de la demanda en la cual la parte demandante pretende que se hagan las siguientes declaratorias:

"A. Que entre la demandante María Isabel Franco, mayor de edad, residente y domiciliada en Cali y el señor José Noe Parada, también mayor de edad, residente y domiciliado en Cali, existe sociedad de hecho con vigencia desde enero de 1975 y hasta el año de 1986, inclusive.

"B. Se ordene en consecuencia (sic) la disolución y posterior liquidación de la sociedad creada por los hechos entre María Isabel Franco y el señor José Noe Parada, de condiciones civiles ya anotadas.

"C. Se declare que los bienes inmuebles relacionados en este libelo son de la sociedad que por los hechos (sic), incluido el establecimiento de comercio denominado PREMARMOL, con todos sus muebles y enseres.

"D. Se condene en costas a la parte demandada...".

Fundamentó la actora las anteriores peticiones en los hechos que así se resumen:

Que la demandante conoció en los primeros meses de 1974 al demandado y después de un año de trato y comunicación decidió formalizar unión

libre. Por esta época, ella se dedicaba a la construcción y él a la venta de materiales de construcción.

"...Por mutuo acuerdo, amén de la relación concubinaria establecida, acordaron unir sus esfuerzos laborales, fundando una pequeña fábrica productora de pisos, para lo cual mi poderdante contribuyó con su propio peculio, sirviendo además como garante de obligaciones contraídas para el feliz ejercicio de la incipiente empresa. — Los mismos socios tomaron en arrendamiento un lote de terreno y procedieron a levantar una ramada..."

Que con los aportes en dinero y trabajo y gracias a la explotación conjunta y coordinada de los socios, lograron adquirir tres lotes de terreno, en último de ellos en 1979, ubicados en el Barrio Atanasio Girardot de Cali y distinguidos con los números 38-14 de la carrera 23; 39-21 de la misma carrera y 39-14 de la carrera 22, los cuales aparecen debidamente alindados en el libelo introductivo.

Sobre estos lotes construyeron las partes la fábrica de pisos, colaborándose armoniosamente en el desarrollo de la empresa, mientras la demandante transportaba en su vehículo los materiales y supervisaba la construcción.

En el año de 1986, optaron por adquirir el lote de terreno número 6 de la manzana P de la Urbanización El Ingenio II.

Que todos los anteriores predios, a pesar de aparecer a nombre del demandado, no le pertenecen por cuanto para su adquisición se aportaron dineros de la sociedad creada por los hechos en la cual intervino la demandante.

Que desde 1975 y hasta finales de 1986, la conducta de las partes denotó su mutuo interés de asociarse, explotando los negocios y transacciones con el ánimo de obtener dividendos que se destinaron a la obtención de inmuebles, muebles y enseres. "...Es decir, una verdadera empresa que siempre buscó beneficios para distribución equitativa entre los mismos, afrontando los riesgos o pérdidas que en un momento pudieran presentarse. Además, el respaldo económico fue siempre de mi poderdante, tal como se demostrará en desarrollo de la litis...".

Una vez notificado el demandado del auto admisorio de la demanda, se opuso a sus pretensiones, negó los hechos que la fundamentan y propuso una excepción de mérito.

El *a-quo* definió la instancia mediante sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa, estimatoria de las pretensiones de la demandante.

Del recurso de apelación propuesto por el demandado conoció la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, la cual, mediante sentencia de junio 28 de 1991, revocó la de primera instancia para, en su lugar, negar las peticiones de la demanda y condenar en costas a la demandante.

La sentencia del tribunal

Luego de resumir los hechos y peticiones de la demanda, la sentencia de primera instancia y los fundamentos de la impugnación del apelante, pasa el Tribunal a sentar sus propias reflexiones en torno al litigio sometido a su conocimiento.

Destaca, entonces, que para el reconocimiento de una sociedad de hecho entre concubinos es indispensable que aparezca prueba que permita diferenciar entre su actividad conjunta en una sociedad tendiente a obtener beneficios y lo que es la vivienda en común y vida íntima prolongada en la administración de sus propios bienes.

Reclama por lo tanto, citando jurisprudencia de la Corte, la prueba de los elementos del contrato de sociedad, tales como la capacidad y el consentimiento de las partes, la existencia de una causa y un objeto lícitos y la presencia de aportes, "affectio societatis", ánimo de perseguir beneficios y la intención de repartirse las utilidades o pérdidas de la especulación. Pero, además, que se acredite que la finalidad de los implicados no sea fomentar el concubinato y que aparezca con nitidez la explotación empresarial distinguida de la común cohabitación de los amantes y el manejo de los bienes.

Pone de relieve, a continuación, la importancia del testimonio en la demostración de los supuestos antes mencionados y se adentra, entonces, en el análisis de las declaraciones recibidas a petición de la demandante.

En este orden de ideas, luego de resaltar lo que considera como trascendente en cada una de ellas y de enjuiciarlas particularmente, pasa a registrar sus conclusiones al respecto. Conclusiones que, por lo demás, se caracterizan por restarles mérito probatorio y asignarles escaso poder de convicción.

Así, de la declaración del señor JOSE DOMINGO SANCHEZ, dice que no permite concluir en forma ineludible el deseo de los concubinos de formar la sociedad que se anuncia en la demanda, además de que muchos de los aspectos los conoció por manifestaciones de la demandante y de que se refiere a un negocio de construcción y no a una fábrica de pisos, como lo advierte la demanda, como la actividad conjunta de los concubinos.

Del relato de la testigo MARIA EULALIA LONDOÑO GIRALDO, afirma que no es necesario extenderse en su análisis por cuanto que nada sabe sobre la existencia de la pretendida sociedad de hecho entre las partes del proceso. Aun cuando, previamente, resalta la vaguedad de sus manifestaciones en torno a la ubicación de los lotes que menciona y no encuentra significación alguna a la justificación consistente en no aparecer la demandante en las escrituras de adquisición de los mismos por tratar de ocultar a sus hijos, siendo que su actividad era la construcción y por lo tanto sería una más de sus inversiones.

Agrega que el testigo FABIO RUIZ GIL está lejos de decir la verdad cuando señala que para 1974 ya eran conocidas las actividades de los concubinos pues, según la demanda, estos sólo se conocieron en el año de 1975, restándole credibilidad a causa de que la fecha de su matrimonio es un punto de referencia fácil de tener en cuenta porque según su dicho, los litigantes fueron sus padrinos. De todas formas, concluye el Tribunal, la declaración no determina la existencia de la sociedad de hecho, especialmente en lo atinente a los aportes, amén de no brindar, como los anteriores, hechos y detalles que permitan inferirla.

Del testimonio de JUANA ELENA DIAZ AYALA expresa que solo evidencia un ánimo de mutua colaboración entre las partes, pues la misma demandante le confesó a la testigo que su intención era figurar como fiadora del demandado y no como su socia, sin que mediara razón para no poner de manifiesto ante quienes la rodeaban su real intención de asociarse.

La versión de EUGENIO GUALTERO BOCANEGRA está desprovista de fuerza probatoria en el punto de los aportes por presentar tres versio-

nes distintas sobre los mismos; agrega que el deponente negó conocer si la intención que llevó a los señores Parada-Franco a unirse fue la vida en común o el propósito de formar una sociedad, con la cual queda establecida su total ineficacia para acreditar los elementos que configuran la sociedad de hecho entre concubinos.

Así mismo, evidencia las imprecisiones del relato de OTONIEL FIGUEROA JAMBUEL para concluir que no prueba la existencia de la sociedad de hecho mencionada en la demanda.

De la declaración de DILA JUDITH PATIÑO dice que el conocimiento de sus dichos lo obtuvo en gran medida de la demandante, además de dubitar sobre ellos o desconocer los detalles indispensables para demostrar los requisitos que configuran la sociedad por los hechos.

Destaca las imprecisiones y contradicciones del testimonio de CARLOS EMILIO GARCIA PEÑA para concluír que no ofrece certeza para establecer el deseo de los contendientes en orden a asociarse y repartirse las resultantes utilidades o pérdidas.

Señala a continuación la contraevidencia en que incurre la testigo AURA MARIA TEJADA VDA. DE LASPRILLA al aseverar que la demandante figura como dueña de los lotes sobre los cuales se edificó la fábrica, mientras que en la demanda se afirma que es el demandado quien figura como propietario de los mismos. Aparte de lo anterior, agrega que en lo concerniente a la intención de asociarse se refiere a las manifestaciones de la demandante, sin que conozca si tal intención fue compartida por el demandado.

Concluye el sentenciador ese análisis individualizado de los testimonios solicitados por la actora con la declaración de MARIA FANNY GARZON DE JARAMILLO, de la cual dice que no presenta una versión que favorezca las pretensiones de aquella en el punto del aporte del demandado puesto que en ningún aparte de la demanda se le presentó únicamente como socio industrial.

A manera de comentario final, extraña el que ningún deponente hablara sobre la distribución de las pérdidas o ganancias de la supuesta sociedad y que conocieran de la intención expresa o tácita del demandado de forma-

lizarla, sin que tampoco mencionen los aportes de él. Advierte que los testimonios recibidos a petición del demandado lo consideran como dueño exclusivo de la fábrica, sin sociedad con la demandante, a quien apenas algunos conocen.

"En consecuencia, —remata el Tribunal— como no se demostraron algunos de los requisitos indispensables para establecer la existencia de la pretendida sociedad de hecho entre los concubinos, la sentencia que, por el contrario se refiere a la existencia de la misma, debe ser revocada...".

La demanda de casación:

En un único cargo, se denuncia en ella la sentencia del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia de error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial que condujo a la aplicación indebida del artículo 2.083 del Código Civil y a la no aplicación de los artículos 505 y 506 del Código de Comercio.

Para demostrar la infracción, el recurrente empieza por individualizar cada testimonio con transcripción de aquellos apartes que considera importantes, cotejándolos con las apreciaciones del Tribunal y formulando su propio juicio al respecto, para pasar a enrostrar el yerro de valoración del *ad-quem*.

Así, dice que el Tribunal exageró en sus afirmaciones sobre el testimonio del señor JOSE DOMINGO SANCHEZ porque este afirmó una sola vez que la demandante le contó lo que narraba y dos veces que a él le consta porque pasaba por el frente del negocio y entraba a saludar a doña MARIA ISABEL. Es errado exigir que el deponente declara más de lo que le conste. Y por lo tanto se trata de una mala apreciación del contenido de la declaración en forma protuberante y por lo mismo, evidente. Aplicando las más elementales reglas de la sana crítica se infiere que el testigo conoció a las partes porque estuvieron juntos en su residencia; que conoció a la demandante por ser cliente de su restaurante, y que conoció la fábrica por frecuentarla. Que la afirmación de pasar por un negocio de construcción es propia de una persona no conocedora del ramo.

Igualmente, destaca que se incurrió en error grave y evidente en la apreciación del testimonio de la señora MARIA EULALIA LONDOÑO

GIRALDO, porque no se le podía exigir que desde el primer instante identificara los predios, lo cual podía obtenerse por otros medios. Que el ocultamiento a los hijos es circunstancia irrelevante en el proceso, que no se le puede pedir conceptos al declarante, quien informa sobre hechos que el Juzgador le corresponde valorar. Que por eso su respuesta fue tajante en cuanto no podía afirmar si existía sociedad de hecho.

Remata diciendo que si se hubieran seguido las más elementales reglas de la sana crítica no se hubiese conducido a hacerle decir a los testigos todo lo contrario que de su contenido aparece hasta hacerle caer en contradicciones.

Se queja del clarísimo error de valoración del relato del señor FABIO RUIZ GIL, porque el Tribunal desecha la importancia de su dicho porque no concuerda la fecha del matrimonio del declarante con la de constitución de la sociedad, por no caer en cuenta que en materia de fechas la memoria es muy frágil.

Anota, así mismo, que existió un "...protuberante, clarísimo y por tanto evidente..." error al pretender sacrificar la versión de JUANA ELENA DIAZ AYALA, por el deseo de declarar que no aparecen acreditados los elementos de constitución de la sociedad. El testigo narra hechos que el Juez debe calificar, sin tener por qué contener su dicho todos los elementos de constitución de lo que se pretende demostrar. Que por eso, deben complementarse unos con otros.

Del relato de EUGENIO GUALTERO BOCANEGRA infiere que si el Tribunal hubiese aplicado las más elementales reglas de la sana crítica no habría desconocido de "semejante manera" su importancia. No es posible que por el hecho de afirmar que desconocía el monto de los aportes y de las utilidades se le reste eficacia. Se incurrió, entonces, en error evidente al sacrificar todo el contenido de la declaración por el deseo de no reconocer, por lo menos indiciariamente, la presencia de un "...elemento constitutivo de la sociedad como puede ser el ánimo societatis...".

Se duele, también, del error del Tribunal en la tasación del testimonio del señor OTONIEL FIGUEROA JAMBUEL, porque, incurriendo en un grave error de apreciación, sacrifica todo su contenido, sin advertir la existencia, por lo menos indiciaria, de un elemento constitutivo de la sociedad

como puede ser el comportamiento de socios entre demandante y demandado.

Denuncia el "...protuberante, clarísimo y por tanto evidente..." error en que cayó el sentenciador al desconocer todo el contenido de la declaración de señora DILA JUDITH PATIÑO, al parcelarla con el fin de no admitir la existencia, "...por lo menos indiciaria, de un elemento constitutivo de la sociedad como pudo ser el que se desprende de la adquisición del dinero con la venta del inmueble de la señora, reflejado en la pronta puesta en marcha de operaciones de la fábrica con el abandono que ella hizo de su antiguo oficio por el del nuevo establecimiento, al sumarle lo que viene de las declaraciones ya analizadas...".

Advierte que de la declaración del señor CARLOS EMILIO GARCIA PEÑA se infiere, aplicando las reglas de la sana crítica, por lo menos la posesión conjunta de ambos concubinos sobre el predio y la fábrica y, en consecuencia, el Tribunal incurrió en error evidente por sacrificar todo el contenido de la declaración por su fraccionamiento para no reconocer actos posesorios conjuntos que indican que sí había sociedad.

Con respecto a la declaración de la señora AURA MARIA TEJADA VDA. DE LASPRILLA, afirma que el yerro consistió en que se descartó su declaración por la equivocación en que incurre al expresar que la demandante figura como dueña de los lotes, sin acudir a las reglas de la sana crítica que permiten rescatar el resto de su deposición. Agrega que a la demandante solo le incumbe probar su intención de asociarse, pero no la del demandado como lo indica la sentencia impugnada.

En torno al testimonio de MARIA FANNY GARZON DE JARAMILLO, no concibe que el Juzgador exija total identidad entre lo depuesto y lo que no se dijo en la demanda en torno a la presentación del señor Parada, por cuanto en esta, de buena fe, la demandante reconoce que la construcción del lote y la explotación de la fábrica son el fruto de la colaboración armónica, de donde se intuye la intención de hacer homenaje al aporte de trabajo del demandado.

Termina diciendo que el Tribunal no tuvo en cuenta el interrogatorio de parte rendido por el demandado, del cual se deduce que los contendientes eran concubinos y que junto con los testimonios analizados, permite llegar

a la existencia de la sociedad de hecho entre ellos, en la cual la señora ISABEL FRANCO era la socia capitalista y el señor PARADA el socio industrial.

Añade finalmente, que no trata de la misma manera los testimonios recibidos a petición del demandado porque no influyeron en la decisión, atendiendo entonces, la jurisprudencia sobre la trascendencia del error de hecho.

Consideraciones de la Corte.

Incurre en error de hecho el juzgador, cuando da por existente una prueba que en realidad no obra o, por el contrario la ignora cuando realmente sí existe en el proceso. Así mismo, cuando, reparando en su existencia, altera su contenido, ya sea adicionándolo o cercenándolo

Comete, igualmente, esta clase de yerro, cuando se equivoca en la apreciación objetiva del testimonio, por desaciertos en la aplicación de las reglas de la sana crítica en torno a la personalidad del testigo o en el contenido de su declaración.

Ha sostenido al respecto la Corte, conforme a doctrina reiterada, que "...la calificación que de las condiciones de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes, contradictorios, o por el contrario, responsivos, exactos y completos; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica, es cuestión de hecho y 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..." (Casación de 25 de febrero de 1988).

El impugnante hace recaer los errores de apreciación objetiva de los testimonios por parte del *ad-quem*, en equivocaciones en la aplicación de las reglas de la sana crítica, ora en torno a la personalidad del testigo, ora en lo relativo al contenido de sus declaraciones.

En consecuencia, con el ánimo de sopesar la seriedad de la censura, estima la Sala que es oportuno volver sobre los testimonios tenidos como erradamente apreciados, no sin antes advertir que el Tribunal en un juicio

sobre el conjunto de los mismos afirmó que: "...Es también significativo el hecho de que los declarantes no habían de distribución de utilidades o de pérdidas entre los concubinos Parada-Franco, o por lo menos, de que él le entregara a ella dineros en razón de la sociedad, o que, como mínimo, hubieran conocido la intención expresa o tácita del señor Parada de formalizar con la señora Franco la pretendida sociedad de hecho. Los testigos se limitaron a hablar de los aportes de ella, pero en parte alguna mencionan los de él, pues es indudable que, de acuerdo con la mutua colaboración que hubo entre ellos, según la demanda, él también hizo aportaciones, y si los testigos no las refieren en forma detallada, o por lo menos con alguna precisión, no solo falta la prueba de ese hecho, sino que se hace evidente que la sociedad no se demostró. De ese modo, las actividades que desarrolló la demandante en la fábrica Premármol Pisos, cuando más, determinan un aspecto de la común vivienda con el señor Parada extendida al manejo de los bienes suyos...", juicio este que el censor no combate expresamente.

a). DECLARACION DE JOSE DOMINGO SANCHEZ. —Acertó el Tribunal cuando le restó eficacia probatoria a este testigo por ser de oídas e inexacto. Cuando fue interrogado sobre el negocio que vinculara a las partes, el tiempo y la razón de su dicho, contestó que "...Cuando ellos se juntaron, María Isabel tenía un negocio de restaurante, después se conoció con el señor Parada y se juntaron a vivir, entonces ella como tenía sus centavitos, resolvieron a (sic) trabajar en compañía, o sea doña María Isabel y el señor Parada, doña María vendió el negocio del restaurante y con ese dinero puso en compañía con el señor Parada, un negocio de construcción ubicado en el barrio Atanasio Girardot. Eso me consta porque yo pasaba por allí por el frente del negocio de construcción y me doy cuenta que ese negocio era de los dos, porque doña Isabel me contó que habían puesto ese negocio de construcción en compañía...".

Como se ve, en lo medular, el deponente obtuvo el conocimiento de lo que declaraba por comunicación de la demandante, lo que pone de presente su escaso poder de convicción. Además, es inexacto ya que se refiere a la construcción como la actividad desplegada por los socios en el establecimiento comercial, cuando las demás pruebas y la demanda señalan que lo era una fábrica de pisos. No sería importante esa imprecisión si no fuera porque la actividad a que se dedicaba la demandante era precisamente esa,

llamando a duda si el testigo quiere referirse a que en torno a esta era que giraba la compañía de los contendientes, en lugar de la explotación de la susodicha fábrica.

b). DECLARACION DE MARIA EULALIA LONDOÑO GIRALDO. Según la censura, el sentenciador hizo decir a la testigo todo lo contrario de lo que se observa en el contenido de su declaración hasta mostrarla como contradictoria. Se refiere a que este encontró que la deponente nada sabía sobre la sociedad de hecho entre los concubinos por la cual fue preguntada y que no encuentra suficiente razón a la justificación que aduce la testigo para que no hubiese aparecido la demandante como propietaria de los lotes que menciona, además de no determinar con claridad su ubicación.

Pues bien, ciertamente la testigo, cuando fue interrogada sobre si conocía la existencia de la sociedad de hecho entre el señor Parada y doña Isabel Franco, contestó que: "esa parte no la podría precisar, pues consideraba que era más bien una cuestión personal, cuando se hacían aportes en dinero para gastos, o por alguna razón necesité de doña Isabel en la empresa, yo los tenía vinculados como una relación de ellos de marido y mujer, pues me pagaba él o me pagaba ella...".

Luego, entendió el Juzgador tales aseveraciones en la más obvia de las interpretaciones posibles, por lo que no incidió en el error que se le achaca. Igualmente, es comprensible la incertidumbre que deja la justificación que se ofrece sobre la negativa de la demandante a figurar en la escrituras, porque estando dedicada a la construcción y, como la misma testigo lo afirma, siendo numerosos los instrumentos públicos que suscribe, no se entiende cuál pueda ser el afán de ocultar esas nuevas adquisiciones a sus hijos. Finalmente, la acotación sobre su falta de precisión en la ubicación de los lotes que menciona es marginal e irrelevante en el juicio que del testimonio hace el *ad-quem*

c). DECLARACION DE FABIO RUIZ GIL. Denuncia el impugnante el yerro de apreciación de este testimonio en que no debió desconocerse en la sentencia acusada por el mero hecho de equivocarse en materia de fechas debido a la fragilidad de la memoria en esta materia.

Sin embargo, no obstante ser nítidamente perceptible la inconsistencia de su versión sobre la fecha en que conoció a las partes, pues para el año de

1974, cuando fueron sus padrinos de matrimonio, ya los relaciona como unidos en actividades comerciales, mientras que en la demanda se señala que ellos se conocieron en el año de 1975, es palmar que no por ese solo hecho la descartó el Tribunal. Por el contrario, examinó lo atestiguado y concluyó que "... En definitiva, el testimonio no es determinante en sus afirmaciones, por lo menos en lo que concierne a la existencia de una sociedad de hecho, especialmente a lo relativo a los aportes de bienes, sobre los cuales se limita a manifestar que era la señora MARIA ISABEL FRANCO quien conseguía dinero a crédito para comprar material para la fábrica o para sus fastos personales, pero en ninguna parte manifiesta cuales fueron los aportes que hicieron los concubinos a la referida sociedad de hecho para incrementar su patrimonio. Este testigo, como los anteriores no brinda hechos y detalles que permitan inferir la existencia de la sociedad mencionada...".

Sobre esta apreciación de la versión del testigo el recurrente guarda silencio.

d). DECLARACION DE JUANA ELENA DIAZ AYALA. En el punto, la enrostra la censura al Tribunal error por falta de aplicación de las reglas de la sana crítica por no haber advertido que si "... la empleada habla de su buen trato recibido de ambos durante los tres años que estuvo con ellos, sin que su dicho haya sido tachado de falso o de sospechoso, que la señora Isabel ejerciera el control de la fábrica en lo administrativo y en lo económico, del buen trato que se daba la pareja por entonces y todo a ciencia y paciencia del señor Parada, y sin embargo se concluya que ello es producto de una colaboración entre concubinos, por lo que no se puede inferir la existencia de la sociedad reclamada...".

Pues bien, como el mismo casacionista lo anota, el sentenciador sí reparó en todas las circunstancias qué contiene el relato, solo que de ellas infirió un ánimo de colaboración inherente a la convivencia de los concubinos y no de asociación debido a que no encontró prueba de la *affectio societatis*, puesto que la misma testigo narra lo que la demandante le manifestó, manifestación a la cual aluden otros declarantes, que su deseo era el de figurar como fiadora y no como socia, no encontrándole razón a tal revelación si se trataba de una allegada a quien bien podía confesarle su verdadera calidad, inferencia que, no solo no desquicia la lógica, sino que se presenta como posible y adecuada a lo relatado.

Y aun cuando pudiera parecer como razonable una conclusión diferente, *tampoco se ha de perder de vista que el error de hecho solo se configura cuando la apreciación del Juzgador es evidentemente equivocada, no cuando se vea como una de las varias interpretaciones que a la prueba pueda brindársele.*

Ha sostenido la Corte al respecto que, *"...la estimación fáctica de la mayor o menor credibilidad que produzca el Juzgador una prueba en particular, o todas ellas en conjunto, en cualquier acervo probatorio, o el de la credibilidad del dictamen (en cuanto a su firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y competencia de los peritos) y demás elementos probatorios, suficiente o no para dar por demostrados determinados hechos, queda bajo la discreta autonomía y soberanía probatoria del juzgador de instancia, siendo solamente atacable en casación en caso de error manifiesto o evidente de hecho, lo que no se presenta cuando entre varias conclusiones posibles y lógicas el sal-quem escoge una de ellas que resulta razonable frente a la igualmente bien elaborada por el censor, quedando entonces incólume la presunción de acierto con que llega la sentencia a la Corte..." (Casación de mayo 6 de 1991).*

e). DECLARACION DE EUGENIO GUALTERO BOCANEGRA. Se pregunta el censor sobre "...Cómo es posible que el Tribunal deduzca que por el hecho de informar que no conocía el monto de los aportes ni el de las utilidades, quede establecida la total ineficacia de las manifestaciones del testigo con respecto a los elementos para configurar la sociedad de hecho reclamada...". Para luego concluir que, por lo menos, acredita en forma indiciaria el elemento del ánimo de asociarse.

Si en gracia de discusión se reconociera el yerro de apreciación endilgado, el mismo resultaría intrascendente como quiera que, y así lo señala el censor, de tal declaración solo se deduciría un indicio sobre el ánimo societario de los amantes, mientras que el sentenciador extraña la prueba de los aportes efectuados por ellos.

En efecto, dijo el Tribunal que "...En síntesis, el testigo presenta tres versiones sobre los mencionados aportes que no permiten deducir con certeza una conclusión lógica, esto es, si hubo o no tales aportes a la pretendida sociedad de hecho que invoca la parte demandante. De ahí pues, la razón por la cual el testimonio quedó desprovisto de fuerza probatoria sobre este punto específico...".

De todas formas, fue meticuloso el juzgador al descartar el indicio echado de menos por el casacionista, debido a que al valorar la respuesta del testigo sobre cuál fue el propósito de las partes al unirse, esto es, si la vida en común o asociarse, aquél contestó que no lo podía saber.

f). DECLARACIONES DE OTONIEL FIGUEROA JAMBUEL Y DILA JUDITH PATIÑO.

Después de destacar, como en las anteriores, los apartes que considera más importantes de sus relatos, concluye para la primera que es un nuevo testimonio de que la señora construía y vendía casas; pero que permanecía en la fábrica que según el testigo, era del señor Parada. Y agrega que debió reconocerse por lo menos un indicio del comportamiento de socios entre el actor y la demandada, aunque no indica los hechos que le permiten tal deducción.

De la segunda, relieva que no es posible que se le exija que pruebe la existencia de la sociedad y que la demandante no debía comentarle nada. Remata diciendo que de su declaración, por lo menos indiciariamente, la existencia de un elemento de la sociedad como puede ser el que se "...desprende de la adquisición del dinero con la venta del inmueble de la señora, reflejado en la pronta puesta en marcha de las operaciones de la fábrica con el abandono que ella hizo de su antiguo oficio con el nuevo establecimiento, al sumarle lo que viene de las declaraciones ya analizadas...".

Observa la Sala que el Tribunal advirtió las imprecisiones del testimonio del señor Figueroa y en ese punto, como lógica consecuencia, les restó credibilidad.

Ahora bien en lo referente a los indicios supuestamente preteridos por el Tribunal, no debe olvidarse que por mandato del artículo 248 del C. de P.C., estos deben estar debidamente probados en el proceso, postulado que resulta ser de su esencia puesto que, por consistir en una prueba indirecta en la cual, mediante una deducción lógica se admite la existencia de un hecho no conocido de otro conocido, para la inferencia no sea contraevidente, este último debe estar debidamente demostrado dentro del proceso.

Tiene dicho la Corte, al respecto, que "...las pruebas en general, y los indicios en particular, deben ser apreciados en conjunto, armonizando o

entretejiendo unos con otros. Más, en lo que a los indicios concierne, para que esta tarea pueda ser cumplida de manera correcta, la existencia del hecho indiciario no le debe ofrecer ningún género de dudas al fallador, condición que, exigida en el artículo 248 del C. de P.C., tiene obvia razón de ser: La indiciaria es la prueba indirecta por excelencia, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida". (Cas. civ. del 12 de marzo de 1992). Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser contraevidente cuando se da por establecido el hecho indicado con base en un hecho indicador carente de prueba.

Aunque no precisa los hechos indiciarios de los cuales deriva sus conclusiones, lo que de por sí sería suficiente para desestimar la censura, advierte el impugnante que de lo narrado por el testigo debía inferirse un indicio del ánimo societario de las partes. Al respecto, observa la Sala, que el deponente en reiteradas ocasiones manifestó que el dueño de la fábrica era el señor Parada. Así por ejemplo, al contestar la pregunta sobre la actividad de las partes, dice que "...ella construía para vender casas y el tenía una fábrica de mármol procesado, pisos y obra de aluminio, cuando yo fui a trabajar donde el era el dueño...".

Por lo tanto, ni por asomo aparece probado el indicio que revele la intención de las partes de asociarse. Al contrario, lo que brota es la propiedad exclusiva del demandado sobre la mencionada empresa.

De otro lado, no se requiere de un esforzado análisis para encontrar que, en lo fundamental, incluyendo lo atinente a la adquisición del lote, la versión de la señora Dila Judith Patiño tiene su fuente en los dichos de la actora, lo cual de por sí le resta eficacia probatoria.

La venta de "Los Cámbutos", no es indicio de que hubiese aportado el precio a la sociedad toda vez, que dentro del giro ordinario de los negocios de la demandante se encontraba el de vender finca raíz, a lo cual bien pudo destinarse el mismo. La declarante relaciona el producto de la venta con el supuesto aporte porque así se lo comentó la demandante, punto en el cual, por tal razón, no ofrece credibilidad.

Tampoco está debidamente probado el abandono total de la actividad de constructora de la actora para colegir el hipotético elemento constitutivo de la sociedad, por cuanto que, si bien es cierto que así lo afirma abiertamente en

una de sus respuestas, en otra expresa que "...Si Isabel vendía una casa José la acompañaba, incluso para escoger los colores para las casas, José la acompañaba...", dando a entender que continuó con la gestión de sus negocios propios.

También es de oídas el testimonio del señor CARLOS EMILIA GARCIA PEÑA, quien reitera durante toda su declaración que lo que narra, "porque ella todo se lo contaba", se lo había comentado la demandante. Amén de que el indicio reclamado por el casacionista no es trascendente para lo que interesa a la parte actora en este litigio.

g). DECLARACION DE AURA MARIA TEJADA VDA. DE LASPRILLA E INTERROGATORIO DE PARTE DEL DEMANDADO.

Sindica la censura la apreciación que de esta deposición hizo el *Ad-quem*, porque si encuentra referencia a lo esencial que aquí se averigua "...esto es, a la unión marital con el señora Parada desde 1975, a la instalación de la fábrica por doce años con dineros aportados por ella, lo cual concuerda con todos los demás testimonios analizados hasta ahora".

Del interrogatorio de parte dice que no se tuvo en cuenta que conllevaba una confesión de la unión libre, la que aunada a los demás indicios, permite concluir la existencia de la sociedad de hecho demandada.

Pues bien, *con anterioridad a la Ley 54 de 1990, norma que no es aplicable a este asunto, en forma permanente sostuvo la Corte que por el solo hecho del concubinato no se forma sociedad alguna entre los amantes, pero que puede acontecer que entre ellos surgiera en forma paralela y con identidad propia una sociedad de hecho, caso en el cual debía reunir, además de los requisitos de toda sociedad, otros que la jurisprudencia halló necesarios.*

Así, en sentencia del 7 de febrero de 1990 sostuvo la Corte que en Colombia "...si bien se le han reconocido a la concubina, en la calidad de tal, ciertos y determinados derechos —sobre todo en el campo de la seguridad social—, esos derechos, en lo que respecta a una sociedad de bienes creada o surgida de la sola convivencia more uxorio extramatrimonial, no existe.

"No olvida la Sala que un respetable sector de la doctrina se ha esforzado por extender, analógicamente, la sociedad de bienes que por el hecho del matrimonio se crea entre los cónyuges a la relación de concubinato.

Mas, en la medida en que aquella sociedad es excepcional, no solo por su creación legal sino también —y por sobre todo por su carácter marcadamente universal; esos esfuerzos son vanos, entre otras cosas porque chocan con perentoria disposición legal. En efecto, el artículo 2082 del C. C. es del siguiente tenor:

"Se prohibe toda sociedad a título universal sea de bienes presentes y venideros o de unos y otros.

"Se prohibe, así mismo, toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges.

"Podrán, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos.

"Todo ello, sin embargo, no ha sido óbice para que la jurisprudencia, consciente de la realidad y presta a enmendar situaciones inequitativas le haya abierto el paso desde vieja data a un cierto tipo de sociedad que bien puede desarrollarse entre quienes viven en amancebamiento. Se trataría, según la jurisprudencia, de una sociedad surgida de los hechos o por los hechos. Pero, como también ha dicho, la evaluación de su realidad se debe llevar a cabo con prescindencia del concubinato para lo cual es indispensable que se tengan en cuenta los siguientes aspectos cuya preterición, de otro modo, crearía confusión y, por ende, podría conducir a la admisión a una sociedad conyugal de bienes de carácter irregular:

a) La convivencia entre los amantes no genera, por sí sola, comunidad de bienes, incluso por mas prolongada que fuere aquella.

b) Por lo tanto, la razón de ser de la sociedad, no se halla en la mera cohabitación, sino en el aporte de bienes o, mas generalmente, en la recíproca colaboración de la pareja en una actividad económica con miras al logro de un propósito común.

c) Si el concubinato, por sí solo, carece de la aptitud legal para forjar una sociedad de bienes, tampoco la tiene para hacer presumir su existencia, lo que a su vez no quiere decir que, paralelamente a la relación netamente personal o afectiva entre el concubinario y su concubina, no puede apuntar otra de una neta significación patrimonial.

d) En fin, si el concubinato no tiene por que proyectar ninguna influencia sobre la sociedad, ella solo lo es en la medida en que esta no haya surgido, justamente, con el propósito de mantener aquel, pues si es así, viene a ser palmaria la ilicitud de la causa en la sociedad.

Luego, si en gracia de discusión se admite que el Tribunal no dedujo de aquellas probanzas la existencia del concubinato, tal yerro sería intrascendente por cuanto que, por ese mero hecho no surge ni se presume la pregonada sociedad de hecho.

De otro lado, con justeza le restó credibilidad a la testigo porque reiteradamente insistió en la mentira de haber presenciado la adquisición de los lotes por la demandante, en contraevidencia con otras pruebas y con la propia demanda.

Finalmente, se deduce este otro corolario: Que, contrariamente a lo que estima el recurrente, si le incumbe a la actora demostrar la ***affectio o animus societatis****, es decir, la voluntad concreta de los concubinos asociarse y obtener ganancias o pérdidas de la especulación, y no solo el deseo de uno de ellos de obtener tal fin porque no está implícito en la relación concubinaria. Es más, es este elemento el que permite diferenciarlo de la coluboración mutua que suele presentarse entre los amantes.*

H) DECLARACION DE MARIA FANNY GARZON DE JARAMI I.I.O.

Se trata también de un testimonio que tiene como fuente lo que escuchó la deponente de otras personas y de las partes, En lo atinente a los aportes manifiesta que la demandante era la socia capitalista porque ella se lo contó y era lo que se comentaba en el círculo de sus amistades. Aunque menciona que en algunas de esas conversaciones estuvo presente el demandado y hacia comentarios al respecto, no puede pensarse siquiera en una confesión extrajudicial por cuanto que no es expresa como lo exige el artículo 195 del C. de P.C.

Por lo tanto, la denuncia del censor sobre este punto no tiene fundamento.

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 junio 28 de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario instaurado por MARIA ISABEL FRANCO frente a JOSE NOE PARADA.

Costas en el recurso de casación a cargo del recurrente.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase.

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

*CASACIÓN-Carga Procesal-Copias-Deserción.

Recae en el Tribunal la obligación de ordenar en el auto que concede el recurso de casación, que se suministre lo necesario para la expedición de copias, señalando las que considere indispensables para la ejecución de la sentencia. Pero, si el Tribunal no las ordena, al recurrente corresponde solicitar la expedición de copias cuando la sentencia sea susceptible de ejecutarse, sin pretexto de que la omisión o negativa del Tribunal lo libera de la carga procesal que también le corresponde. En el caso sub-judice, se declara desierto el recurso de casación por no haberse cumplido tal carga procesal.
Igual sentido: Autos del 25 de enero y 11 de febrero de 1994.

Fuente formal: C. de P.C. Art.: 373 Inciso: 3.
Ext. 137.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Santafé de Bogotá D. C., dieciséis (16) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra*

Rad. — Expediente No. 5108 Auto No. 258

Decídese sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el demandado Raúl Roberto Ramos Pérez contra la sentencia de 20 de junio del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el proceso de investigación de paternidad extramatrimonial iniciado por el menor Eduardo Luis Monzón, representado por su madre Maritza Isabel Monzón, contra el recurrente.

I. Antecedentes

1. El Juzgado Sexto Promiscuo de Familia de Cartagena dictó en el mencionado proceso la sentencia de 16 de diciembre de 1993, en la que además de acceder a las pretensiones de la parte actora, dispuso.

"Fíjese como cuota de alimentos que deberá suministrar el señor Raúl Roberto Ramos Pérez a su menor hijo, el 25% del salario mínimo legal vigente en Colombia, presumiéndose que del ejercicio de su profesión devenga al menos éste".

2. De la determinación adoptada por el Juzgado, el demandado apeló, recibiendo confirmación del Tribunal Superior de Cartagena mediante sentencia de 20 de junio de 1994.

3. Inconforme con esta decisión, el demandado interpuso, entonces, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal por auto de 8 de julio del presente año.

4. Como consecuencia de la concesión del recurso extraordinario de casación, fue remitido a esta Corporación el expediente.

II. Consideraciones

1. Dentro de los postulados que estructuran el recurso de casación, es de vital importancia para el caso que ocupa la atención de la Sala, el relacionado con la ejecución provisional de la sentencia, no obstante la concesión del recurso, principio que consagra el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil cuando al establecer los efectos del recurso, determina que "la concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo en los siguientes casos: cuando verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas; cuando se trate de sentencia meramente declarativa; y cuando haya sido recurrida por ambas partes".

2. Dispone también la norma citada que para dar cumplimiento al postulado aludido. "En el auto que conceda el recurso se ordenará que el recurrente suministre, en el término de tres días a partir de la ejecutoria, lo necesario para que se expidan las copias que el Tribunal determina y que deban enviarse al Juez de primera instancia para que proceda al cumplimiento de

la sentencia, so pena de que el Tribunal declare desierto el recurso". Agregando que: "Si el Tribunal no ordenó las copias y el recurrente las considera necesarias, éste deberá solicitar su expedición para lo cual suministrará lo indispensable".

3. Aflora de dicho precepto y especialmente de los últimos incisos que, en primer término, recae en el Tribunal la obligación de ordenar en el auto que concede el recurso de casación, que suministre lo necesario para la expedición de copias, señalando las que considere indispensables para la ejecución de la sentencia. Pero, si el Tribunal no las ordena, al recurrente corresponde solicitar la expedición de copias cuando la sentencia sea susceptible de ejecutarse, sin pretexto de que la omisión o negativa del Tribunal lo libere de la carga procesal que también le corresponde.

4. Al discernir sobre el tema, esta Corporación precisó en autos de 25 de enero y 11 de febrero de 1994, que: "...cuando el Tribunal es omisivo y no ordena por cualquier caso el cumplimiento de la carga, el recurrente de todas maneras ha de estar presto a recabar que se ordene la expedición de las copias con tal fin, desde luego cuando sea de rigor por tratarse de una sentencia susceptible de ejecutarse. Dicho de otro modo, el casacionista no puede exonerarse de la carga vista con solo pretextar que el Tribunal no se la ordenó cumplir, dado que la teleología de la norma está encausada a que la concesión del recurso no envuelva efectos suspensivos, y por ello mismo la exhorta a que esté atento a suplir la omisión del juzgador".

5. Por lo dicho anteriormente, esta Corporación ha concluído en el punto que "...es pues la necesidad de ejecutar el fallo creada por la ley y la propia naturaleza de éste, los factores llamados a mover en definitiva al recurrente en orden a asumir la carga de solicitar la expedición de copias y sufragar las expensas, mas no así la conducta asumida al respecto por el Tribunal; de donde se sigue, obviamente, que si dicho sentenciador omite esa carga o exonera de ella sin razón al casacionista, no por eso queda éste liberado de la misma, porque el comportamiento a él reclamado le viene de la misma ley, que ha previsto como regla general, según se vio, el cumplimiento de la sentencia" (Auto de 15 de enero de 1994).

6. Se advierte, entonces, que la sentencia recurrida en casación confirmatoria de la de primera instancia, que impuso al demandado la obligación de pagar periódicamente una cuota alimentaria en favor del menor deman-

dante, corresponde a una sentencia de condena en contra de quien fue declarado padre extramatrimonial y, por tanto, no participa de las circunstancias de excepción consagradas por la ley. Frente a la sentencia dictada en esas condiciones, y no obstante haber sido interpuesto el recurso extraordinario de casación, el Tribunal debió ordenar con destino al juez de primera instancia la expedición de las copias necesarias para que el fallo se cumpliera y, como hizo caso omiso a ese mandato legal, correspondía entonces al recurrente la obligación de solicitar la expedición de copias para dar cumplimiento al fallo impugnado, y no guardar silencio como en efecto ocurrió, marginándose de la obligación que la ley le imponía para estar a derecho en el trámite de la concesión del recurso.

Por tanto, debe declararse desierto el recurso de casación interpuesto por el demandado, por no haberse cumplido la carga procesal relacionada con la expedición de copias para la ejecución de la sentencia (artículo 371, inciso 3o.).

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, declara inadmisible y, en consecuencia, DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

Notifíquese.

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

*CASACIÓN-Características

El carácter eminentemente dispositivo del recurso de casación, le impide a la Corte actuar oficiosamente para adicionar, recrear o modificar aquellos cargos que no se ajusten al derrotero trazado por la propia sentencia cuya impugnación se busca mediante ella.

*CARGA DE LA PRUEBA/PRESUNCIÓN DE PATERNIDA/RELACIONES SEXUALES

Carga de la prueba, en tratándose de la presunción de paternidad, en caso de relaciones sexuales, de que trata el art. 6 num. 4 de la ley 75/68.
F.F: LEY : 75 de 1968

*TESTIMONIO/VALORACIÓN PROBATORIA

1). Con miras a valorar la prueba testimonial, el Juzgador debe reparar, entre otros factores, la versosimilitud y la conciencia de la declaración. Lo primero implica un cálculo de probabilidades en el camino a la certeza. Y lo segundo atañe a la armonía del relato, y en tal sentido, debe estar desprovisto de contradicciones sobre los hechos relevantes.

2). El testigo debe declarar sobre hechos, sin que tengan connotación alguna sus propias deducciones, las cuales competen exclusivamente al Juez.

*CONFESIÓN

Cuándo una confesión es expresa.

***ERROR DE DERECHO/DICTAMEN PERICIAL/PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLÓGICA**

1). Error de derecho en tratándose de la notificación personal para la práctica de la peritación antropoheredobiológica, como requisito del indicio por inasistencia de o los demandados.

2). Cuándo se incurre por el fallador en error de derecho.
Igual sentido: Cas. Marzo 16 de 1992; G.J. XCI, 62.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil Santafé de Bogotá Distrito Capital, ventidos de agosto de mil novicientos noventa y cuatro

Magistrado ponente: *Dr. Héctor Marín Naranjo*

Rad.- Expediente No. 3890.-

Decide la Corte el recurso de casación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia dentro del proceso ordinario adelantado por ARGEMIRO GOMEZ frente a ROBERTO, ANIBAL, MARIA DEL SOCORRO, MARIA JOSEFINA, CARMEN, JAIRO Y EDELMIRA GOMEZ GIRALDO y herederos indeterminados de LUIS CARLOS GOMEZ GIRALDO.

Antecedentes

1.- El mencionado demandante presentó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Ceja (Ant.) demanda en la cual pretende la declaratoria de ser hijo extramatrimonial de LUIS CARLOS GOMEZ GIRALDO y BENILDA GOMEZ; que en consecuencia, tiene mejor derecho que los demandados, quienes carecen de vocación hereditaria en la sucesión de GOMEZ GIRALDO; que se ordene la restitución de los bienes al acervo hereditario de este, junto con los frutos que hayan podido obtenerse con mediana inteligencia y cuidado y, finalmente, que se les condene al pago de las costas del proceso.

2.- Tales peticiones se fundamentan en los hechos que así pueden compendiarse:

BENILDA GOMEZ era, para el año de 1967, la novia de LUIS CARLOS GOMEZ GIRALDO, pues desde 4 años antes mantenían un trato afectivo que transcurría en la Vereda "Mazorcal" del Municipio del Carmen de Viboral y que apuntaba al enlace matrimonial, como era conocido en el entorno social y familiar.

A raíz de ese compromiso, los novios sostuvieron, entre el 19 de marzo y el 19 de julio, relaciones sexuales que se desarrollaron en la casa donde vivía la novia, fruto de las cuales nació el 19 de diciembre de 1967 el demandante.

A pesar de verse frustrado el matrimonio por tal acontecimiento, GOMEZ GIRALDO, reconoció al hijo de BENILDA como suyo, realizando donaciones en dinero, acordes con su escaso jornal. Mientras tanto, en el medio social de la vereda ARGEMIRO es tenido como hijo de aquellos dos, además de que sus características antropoheredobiológicas son compatibles con las de GOMEZ GIRALDO y sus hermanos, los aquí demandados.

Finalmente, después de relacionar el activo de la sucesión, concluye el demandante, con que tiene vocación hereditaria prevalente y excluyente de los demandados.

3.- Aunque inicialmente no se demandó a EDELMIRA, con posterioridad el actor adicionó la demanda para incluirla y como, una vez emplazada no compareció, se le designó curador ad-litem, junto con los herederos indeterminados.

Los demás demandados comparecieron al proceso y contestaron la demanda por intermedio de apoderado, negando todos los hechos que la soportan, salvo el que tiene que ver con el vínculo de parentesco que los une con el causante GOMEZ GIRALDO.

4.- Surtido el trámite de instancia pertinente, el *a-quo* profirió sentencia mediante la cual declaró la filiación extramatrimonial que le fue deprecada, pero negó las demás pretensiones del demandante.

Correspondió al Tribunal Superior de Antioquia conocer de la apelación propuesta por los demandados y la consulta de rigor, instancia que fue definida por la providencia de 27 de febrero de 1992, revocatoria de la impugnada y denegatoria de las pretensiones del actor, a quien condenó al pago de las costas de ambas instancias.

La sentencia del tribunal

1.- Después de transcribir la parte resolutiva de la sentencia apelada y de relatar los hechos de la demanda y los más importantes aspectos del proceso, concreta el *ad-quem*, los siguientes razonamientos:

Contrariamente a lo decidido en primera instancia, son perfectamente acumulables las pretensiones de filiación natural y petición de herencia, razón por la cual se encuentra cabalmente satisfecho el presupuesto procesal de demanda en forma, como también los demás.

2.- Juzga que las causales invocadas se refieren al trato carnal entre BENILDA Y LUIS CARLOS y a la posesión notoria del demandante del estado de hijo extramatrimonial de aquellos dos.

Expone enseguida, que incumbe al actor demostrar que las relaciones sexuales se dieron en cualquiera de los días comprendidos dentro de la época en que de acuerdo con el artículo 92 del C.C., debió ocurrir la concepción. Y advierte que, siendo imposible la prueba directa de tales hechos, debe inferirse del trato personal prodigado a la madre por el presunto padre, analizando, para tal efecto, con flexibilidad la prueba testimonial a la cual se suele acudir. Y que, en lo referente a la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, deben probarse fehacientemente el trato, la fama y el tiempo, que son los tres factores vertebrales de la causal.

Debe, pues, demostrarse, anota el fallador, que el presunto padre en una "... forma efectiva, constante y regular contribuyó al sostenimiento, a la educación y al establecimiento del presunto hijo..", y que por sus actos positivos se tenga ante amigos y vecinos como tal. Todo lo cual, debió acontecer en un lapso no menor de cinco años.

Destaca luego las más importantes motivaciones de la impugnación para iniciar entonces su propia valoración. Así, primeramente afirma que, habiendo nacido el demandante el 19 de diciembre de 1967, su concepción debió ocurrir entre el 18 de febrero y el 19 de Junio de ese mismo año, período dentro del cual tenía que quedar fijada la existencia de las relaciones sexuales sobre las cuales edifica sus peticiones. Y, en lo que atañe a la posesión notoria, la prueba testimonial debe encaminarse a establecer que durante cinco años, por hechos inequívocos, LUIS CARLOS trató al actor como su hijo.

4.- Sentadas tales premisas, concluye que, revisada la prueba allegada, no pueden inferirse las relaciones sexuales alegadas, como tampoco existe un solo testimonio que permita afirmar que ARGEMIRO GOMEZ ostenta la posesión notoria de hijo extramatrimonial de LUIS CARLOS GOMEZ.

Para corroborar ese aserto, se detiene en el examen particularizado de cada testimonio, extractando lo que considera trascendente y fijando su criterio al respecto.

Señala, para finalizar, que los demandados no fueron notificados personalmente de las citaciones a los interrogatorios de parte y a la peritación antropoheredobiológica decretada, motivo por el cual no pueden deducirse indicios en su contra por su inasistencia. Que del parecido físico que algunos testigos encuentran entre el demandante y su presunto padre no puede derivarse un indicio porque suele ser común el parecido entre personas de una misma región, para ratificar su apreciación sobre la ausencia de prueba de los hechos invocados por el demandante, lo que lo conduce a la revocatoria del fallo apelado.

La demanda de casación:

1.- En un único cargo se acusa a la sentencia del Tribunal de violación indirecta, por indebida aplicación, de los numerales 4 y 6 del artículo 6 de la ley 75 de 1968 y por inaplicación del artículo 1o. de la ley 45 de 1936 como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba.

2.- Para demostrar el cargo, el recurrente empieza por indicar que se alegó la presunción establecida en el numeral 4, complementado por el 5, de la ley 75 de 1968 y le enrostra al *ad-quem* evidentes errores de hecho al no encontrar configurados los supuestos fácticos demostrativos de la presunción establecida en los preceptos citados, a pesar de obrar en el expediente prueba de los mismos y desconocer, además, la existencia de un indicio como lo es la inasistencia a la práctica de la prueba pericial heredobiológica. Resalta que la prueba de la posesión notoria del estado civil, elevado a presunción el numeral 6 *ejusdem*, es mas exigente.

3.- No sin antes manifestar que por no existir la prueba testimonial "depurada y perfecta" de las relaciones sexuales debe morigerarse su análisis, expone su propia apreciación del conjunto de la prueba recaudada,

según la cual, se concluye inequívocamente que: 1) LUIS CARLOS GOMEZ Y BENILDA GOMEZ mantuvieron relaciones afectivas que condujeron a un compromiso matrimonial; 2) que a raíz de tal compromiso iniciaron relaciones sexuales que se mantuvieron durante el período de presunción legal previsto en el artículo 92 del C.C. 3) que el conjunto testimonial acepta sin requiebros que LUIS CARLOS es el padre de ARGEMIRO, de quien este último es "un vivo retrato" y, finalmente, 4) que no se formula duda sobre la conducta intachable de BENILDA GOMEZ, de quien se dice que LUIS CARLOS fue su único hombre. Los testigos, continua, son uniformes en señalar a LUIS CARLOS GOMEZ como padre del demandante, quien aceptó el fruto de BENILDA "su compañera, novia y amante", lo cual es significativo en una región, como la paisa, marcadamente machista, en donde no debe aparecer ni ".. el más mínimo asomo de duda..." para asumir este comportamiento.

4.- Así pues, pasa a examinar testimonio por testimonio, con los siguientes resultados, en su entender:

4.1.- ELOISA GALLO, AURA GALLO E INES GALLO, saben del noviazgo y son coherentes en afirmar que LUIS CARLOS era el único varón en la vida de BENILDA.

4.1.- ANA FELIZ BOTERO resulta ser una testigo excepcional, según el censor, porque sabe ubicarse en el tiempo y en el espacio, la razón de su dicho se apoya en que tiene un hijo contemporáneo del actor y que su testimonio es completo, responsivo y exacto y no fue valorado por el Tribunal. Que un error mecanográfico no puede tomarse como una contradicción como se pretende al valorar una de sus respuestas. Por el contrario, se infiere de su declaración que el embarazo se produjo en la época indicada en el artículo 92 del C.C., que del trato personal se deduce la paternidad, esto es, la preocupación por el hijo, el mantenimiento de la relación durante el embarazo y después el pago de los gastos del parto.

4.3.- MARIA LONDOÑO Y MARIA MERCEDES GARCIA. La primera escuchó rumores de la paternidad del causante y la segunda, a pesar de no tener un recuerdo preciso, está convencida de aquella.

4.4.- TERESA PATIÑO afirma que aquel le hizo conocer su complacencia por la existencia de su hijo Argemiro.

4.5.- LUIS EDUARDO GIRALDO DUQUE, es un "testigo excepcional", en el sentir del censor, con un conocimiento directo de los hechos, reiterativo en su convicción de la paternidad de LUIS CARLOS. Empero el fallador lo desechó por contradictorio e impreciso en el tiempo, si bien el testimonio reúne los requisitos previstos en los art. 227 y 228 de. C. de P.C.

No es contradictorio, dice el recurrente, pues su ubicación en el tiempo es clara y precisa, habita la misma casa de BENILDA y cuando narra su retiro de allí diciendo que fue "...despuecito..." usa una expresión regional de connotación temporal de mediano alcance. Su relato del momento de la relación sexual y el seguimiento del embarazo le permiten concluir la paternidad pretendida y de él se puede inferir que el trato íntimo existió por la época en que se produjo la concepción de ARGEMIRO GOMEZ.

4.6. FRANCISCO JAVIER, JOSE GREGORIO Y JESUS HERNANDO NARVAEZ, RAMON ANTONIO Y JESUS ARTURO ALVAREZ Y LISANDRO GALLO, nada saben, aunque dos de ellos escucharon a la gente el comentario de que ARGEMIRO era hijo de LUIS CARLOS.

4.7.- Añade que, aunque tales medios no conducen a la prueba "irrefregable" de la posesión notoria del estado civil, otra hubiera sido la decisión si la "...búsqueda se orienta hacia la aplicación debida del numeral cuarto complementado con el numeral quinto del art. sexto de la ley 75 de 1968...", lo que hubiera conducido a la aplicación del artículo 1 de la ley 45 de 1936.

5.- Para finalizar, denuncia el desconocimiento del indicio derivado de la inasistencia de los demandados a la práctica de la prueba pericial hereodobiológica, puesto que no requiere notificación distinta del estado, porque así lo concibe el decreto 2282 de 1989 que gobierna tal actuación.

Y concluye diciendo que "...La apreciación de las pruebas en la forma como lo hizo el Tribunal lo llevó a infringir las normas de derecho sustancial ya que al orientarlas a una diferente presunción, equivocó su visión objetiva y estando presente, no le reconoció su valor objetivo..."

Consideraciones

1.- Empieza la Corte por observar que el censor acusa a la sentencia recurrida por cuanto "...La apreciación de las pruebas en la forma como lo hizo el Tribunal lo llevó a infringir las normas de derecho sustancial, ya que al orien-

tarlas a una diferente presunción, equivocó su visión objetiva y estando presente no les reconoció su valor objetivo...", esto es, que encaminó su juicio a la búsqueda de la prueba de la posesión notoria del estado civil, y precisa, en otro aparte, que la causal realmente alegada fue la prevista en el numeral 4, complementada por el numeral 5 del artículo 6 de la ley 75 de 1968.

No obstante, el recurrente omitió atacar la decisión del *ad-quem*, por supuesto errores en la apreciación de la demanda, puesto que no había visto la invocación de la causal del ordinal 5o. del citado artículo 6o., como complementaria de la del ordinal 4o., descuido que, de por sí, sería suficiente para despachar negativamente el cargo, si se tiene en cuenta *el carácter eminentemente dispositivo del recurso que le impide a la Corte actuar oficiosamente para adicionar, recrear o modificar aquellos cargos que no se ajusten al derrotero trazado por la propia sentencia cuya impugnación se busca mediante ellos.*

2.- Pero, aún si se obviara tan grave defecto tampoco el ataque llegaría a un desenlace feliz porque el Tribunal, como a simple vista es palpable, advirtió y analizó las pruebas allegadas, y con base en ello denegó la filiación deprecada sobre las supuestas relaciones sexuales entre la BENILDA y LUIS CARLOS, lo cual, entonces, lo exoneraba de ver, como causal autónoma, la del ordinal 5 siguiente.

2.1.- De conformidad con el artículo 6. numeral 4 de la ley 75 de 1968, puede declararse la filiación paterna extramatrimonial "...en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción...". Entendida en su recto sentido, no obstante su amplitud en relación con la norma que la precedía, esta regla legal sigue haciendo pesar sobre el demandante la carga de probar los supuestos de hecho sobre los cuales, en el caso específico, se ha estructurado la presunción de paternidad, carga que podrá satisfacerse incluso con el establecimiento de los datos factuales que legalmente permiten inferir la ocurrencia de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre. Y en este orden de ideas, no se advierte ningún yerro en la decisión adoptada por el Tribunal, toda vez que no existe la prueba del trato carnal ente la madre del demandante y el supuesto padre durante la época en que, según mandato imperativo e incuestionable de la ley, debió producirse su concepción, para lo cual estableció como tal, el

período comprendido entre el 18 de febrero y el 19 de junio, inclusive en cada caso, de 1.967.

2.1.a) En efecto, del supuesto noviazgo, que no pocos testigos solo conocieron de oídas, de las visitas periódicas, de las frecuentes conversaciones, a lo cual se refieren los testimonios, analizados en conjunto, no puede, ni por asomo, deducirse un trato íntimo de la pareja.

2.1.b.) Sobre las declaraciones de LUIS EDUARDO GIRALDO DUQUE y ANA FELIX BOTERO, finca con especial énfasis el impugnante la prosperidad del recurso, razón por la cual, resulta de primordial importancia particularizar su examen.

2.1.b') Dijo el primero de los citados, hombre de avanzada edad, ofuscado e irascible, que BENILDA Y LUIS CARLOS "...conversaban mucho y tenían palabra de matrimonio...", lo que le consta por habitar la misma casa con ella, su cuñada. Que se enteró de las relaciones sexuales "...cuando resultó embarazada de él..."; que aquel no amanecía en dicha casa y agregó posteriormente, que se supo del embarazo ahí en la casa cuando lo mencionaron la hermana y la madre de ella. Que Carlos "...se retitó (sic) desde que la fregó..." y no sabría responder si él reconoció al demandante.

Preguntando sobre el desarrollo de las visitas entre los novios, contestó que "...conversaban, luego iba a la casa de noche...", e interrogado sobre la época en que se retiró CARLOS, *antes de saberse el estado de embarazo* de BENILDA, afirmó que "*...un año se retiró...*" (se subraya). Al contestar sobre la época en que tuvieron lugar las relaciones sexuales alegadas expresó que "...Si me enteré, me enteré por lo que hablaban Luis Carlos y ella (se deja constancia que respondió con grosería)" y, luego añadió, para narrar el contenido de tal conversación, "...el tema de amores, y luego ella le dijo a él que tenía ganas de más o que había quedado con ganas eso lo oí esa noche..." Y explica que pudo escuchar el diálogo porque todos estaban acostados y él despierto, habiendo sucedido lo relatado entre las diez y once de la noche. Que al rato "...ella le dijo saciarse más y luego se despidió despuecito y listo...".

Más adelante agrega que una semana después el testigo y su familia salieron de esa casa y a los pocos meses se enteraron del embarazo de BENILDA.

Pues bien, *con miras a valora la prueba testimonial, el Juzgador debe reparar, entre otros factores, en la verosimilitud y la consistencia de la declaración. Lo primero implica un cálculo de probabilidades en el camino a la certeza. Y lo segundo, atañe a la armonía del relato, y en tal sentido, debe estar desprovisto de contradicciones sobre los hechos relevantes.*

Acaece que el testimonio de GIRALDO DUQUE, es inverosímil, inconsistente e impreciso en el tiempo, razón por la cual carece de eficacia probatoria. De un lado, si se revisa la prueba allegada, inclusive su propia versión, se advierte al rompe que el trato entre BENILDA y LUIS CARLOS era notoriamente recatado, pues ningún testigo va mas allá de aludir a las conversaciones como las manifestaciones externas propias de su relación. contexto dentro del cual no encuadra la conversación, contexto dentro del cual no encuadra la conversación, que por el contenido descrito por el deponente, pertenece a la más reserva intimidad, aquella que precisamente, por insondable se mantiene al abrigo de terceros.

Es así, entonces, como no resulta comprensible que el testigo hubiese aquellas expresiones, máxime cuando no indicó las circunstancias en que se encontraba, especialmente el lugar desde donde las oyó.

Y es contradictorio, puesto que, interrogado sobre cómo supo de las relaciones sexuales alegadas, contestó que cuando BENILDA resultó embarazada. Pero si escuchó la conversación de aquella noche en el sentido que él le dio, pues fue allí donde debió enterarse del trato carnal, no cuando se hizo notorio el embarazo. Así mismo, no hay consistencia en su deposición cuando afirma que a la semana siguiente de la conversación se mudó de la casa, pero fue allí donde meses después supo de la preñez de su cuñada.

Además, refiere que un año antes del embarazo de BENILDA, el presunto autor de los días del actor se había alejado de esta.

Finalmente, si se hiciera abastracción de la anterior crítica, seguiría siendo intrascendente el testimonio para los fines que interesan al recurrente, porque la prosperidad de sus peticiones exige la prueba de que las relaciones se dieron dentro de la época prevista por el artículo 92 del C.C., aspecto este que no es identificable en la declaración del testigo.

2.1.b") ANA FELIX BOTERO contestó, al ser indagada sobre los hechos que podrían evidenciar el trato sexual entre los presuntos novios, que "...Pues lo único era que cuando los encontraba juntos los veía conversando muy juntos pero no más..." Entonces, no aparece como contraevidente decir que de esas pláticas no es posible inferir la existencia de un trato carnal.

Y si, de otro lado, se recuerda que *el testigo debe declarar sobre hechos, sin que tengan connotación alguno sus propias deducciones, las cuales competen exclusivamente al Juez*, carece de eficacia su manifestación, ya que al ser preguntada si supo de las relaciones sexuales achacadas a tal pareja, respondió que "...Pues que claro cuando resultó Argemiro...". Semejante afirmación de la testigo no viene apoyada en ningún hecho que, de modo previo al embarazo, hubiese sido conocido por ella.

Además de no existir otra prueba que la corrobore, comoquiera que solo la escuchó, al parecer, esta deponente, la supuesta intención de GOMEZ GIRALDO de darles el apellido al demandante no puede entenderse como una confesión porque no es expresa, entendiendo por tal, aquella que no requiere juicios de razón para pretender decantarla de las expresiones que la contienen. Es decir, como lo afirma la doctrina, no pude estar implícita, oculta a la espera de las lucubraciones del juzgador que intenten desentrañarla.

2.1.c) Y la supuesta complacencia con "su hijo", que pretende deducirse de la declaración de TERESA PATIÑO, peca del mismo defecto, ya que esta simplemente se limita a decir que "...en alguna oportunidad le comentaba yo del niño y me decía que estaba muy contento con ese niño y le pregunté muy contento usted de niño (sic) y me dijo que si estaba contento con ese niño, y no más, tal vez fué una sola vez...". De esta narración no puede inferirse objetivamente que hubiese reconocido al demandante como su hijo.

3.- No está demostrado, por "hechos fidedignos" que LUIS CARLOS se comportó, durante el embarazo y el parto, frente a BENILDA y al entorno social, como el padre del actor. Es de oídas la versión de AURA GALLO, según la cual LUIS CARLOS GOMEZ le envió a BENILDA un vestido, porque al final reconoce que fue esta última quien se lo contó. Y

aunque resulta sospechoso, como lo anota el *ad-quem*, que un pequeño agricultor, "...mas bien pobre..."; dispusiera de dos mil pesos en el año de 1967 para atender los gastos de parto de la madre del demandante, si se admite este hecho, en gracia de discusión, resulta ser aislado, por lo que no alcanza a reflejar inequívocamente un "comportamiento" paternal. Con otras palabras, siendo un hecho insular, racionalmente puede ser atribuido a las más diversas causas, pero no básica o preponderantemente a la paternidad.

4.- Finalmente, se duele el censor de que el Tribunal no apreció como indicio en contra de los demandados, su inasistencia a la práctica de los exámenes necesarios para la peritación heredobiológica, a pesar de que fue debidamente ordenada y comunicada, aduciendo que no fueron notificados en forma personal. Sin embargo, agrega el casacionista, no reparó que el decreto 2282 de 1989 solo exige la notificación personal para determinados actos, dentro de los cuales no se encuentra la práctica de pruebas.

Del relato de la acusación se infiere, sin duda alguna, que la misma debía plantearse como un error de derecho, puesto que atañe a equivocaciones en la valoración probatoria, más concretamente, en cuanto que el *ad-quem* exigió la notificación personal de la fecha para la realización del mencionado examen como requisito para que operara como indicio en su contra, la inasistencia de los demandados. Si el Tribunal, para otorgarle eficacia al medio, exigió la presencia de una condición no pedida por la ley, cual era la notificación personal del auto antedicho, de ese modo lo ha debido enjuiciar el recurrente, quien, por tanto, tenía que situar la cuestión en el entorno propio del error de derecho.

Ha sostenido la Corte al respecto, que se incurre en error de derecho cuando el fallador "...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 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 le 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..." (Cas. Marzo 16 de 1992; G.J.XCI. 62).

Empero, el recurrente no abandonó la órbita de la censura por errores de hecho sobre los cuales estructura el cargo, incurriendo por ello en falencia técnica que impide cualquier otra consideración al respecto.

En conclusión, el cargo no prospera.

Decisión

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sal de Casación de Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de febrero 27 de 1992, proferida por el Tribunal Superior de Antioquia.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

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

* PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / MINISTERIO PUBLICO / SUJETO PROCESAL / PARTE

1) Las tres personas que menciona el art. 12 de la Ley 45 de 1936 nunca pueden intervenir simultáneamente en los juicios sobre filiación natural.

2). Hay casos en que el ministerio público inicia los juicios, y hay casos en que no. En los casos en que los inicia y sigue, es naturalmente parte. En los demás no.
Igual sentido: Cas. Civ. 12 de septiembre de 1958, G.J. t. LXXXIX, p. 84.

FF: LEY Num.: 45 Año: 1936 Art.: 12; LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 13.

* ERROR DE DERECHO / PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLOGICA / PRUEBA -Valoración en Conjunto / INDICIO

Error de derecho en tratándose de la no valoración de la prueba antropohereditobiológica en conjunto con los demás indicios.
FF.: C. de P.C. Art.: 250

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Magistrado ponente: Santafé de Bogotá, D.C., 22 agosto, 1994
Magistrado ponente: *Dr. Héctor Marín Naranjo*

Ref. Expediente No. 3959 Sentencia No. 106

Despacha la Corte el recurso de casación que la Defensora de Familia del I.C.B.F., Centro Zonal No. 1, San Gil, interpusiera en contra de la sen-

tencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que data del cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida dentro del proceso ordinario que aquella, en representación del menor ANDRES FELIPE RUEDA NARANJO, instaurara en frente de EDGAR VILLANUEVA OLIVIERI.

Antecedentes:

1. Al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de San Gil le correspondió asumir por reparto el conocimiento de la demanda que la citada funcionaria presentara a nombre del menor Rueda Naranjo, para que el demandado Villanueva Olivieri fuera declarado padre extramatrimonial del mismo.

2. Esa pretensión la apoyó en los hechos que se resume de la siguiente manera:

Yacid Rueda Naranjo y Edgar Villanueva, quienes por razones de trabajo se conocieron en el mes de julio de 1989, pues ambos laboraban en el Hospital San Juan de Dios de San Gil, mantuvieron su primera relación extramatrimonial el 24 de diciembre de 1989, en el sitio denominado "El Refugio" del Hospital. Luego las repitieron con frecuencia por un lapso de seis meses en el mismo sitio.

En el mes de mayo de 1990 la peticionaria viajó a Bogotá, de donde, al darse cuenta de su estado de embarazo, una de sus hermanas la hizo regresar y habló con el demandado, "quien se rehusó a hacerse cargo del embarazo".

Yacid y el demandado no se volvieron a tratar, sin que, además, este hubiera colaborado para los gastos de embarazo y parto.

Fruto de la relación fue el menor Andrés Felipe, quien nació el 24 de septiembre de 1990 en Socorro (S.).

En la diligencia de reconocimiento hecha ante Notario, el demandado no aceptó ser el padre del menor, para lo cual adujo que el color de este no le permitía creer que lo fuera él por no ser negro y de cabello rizado, con lo cual sí aceptó que hubo relaciones extramatrimoniales con la peticionaria.

3. Admitida la demanda anterior y corrida en traslado al demandado, este la contestó para oponerse a la pretensión allí deducida, en orden a lo cual negó los hechos en los que se apoya, aun cuando consintió haber conocido a la señora Yacid Rueda Naranjo, lo que sucedió "por intermedio del doctor... Francisco Moreno Ortiz..., quien para ese entonces se encontraba en San Gil, y la ocasión para conocer a dicha señora lo motivó el hecho de "uretritis inespecífica" adquirida por transmisión sexual de la tan citada señora y que el doctor Francisco Moreno Ortiz estaba tratando y que mi mandante también medicó o trató".

Precisó, además, que por fuera de ser médico, pertenecía a una orquesta que el 24 de diciembre de 1989 (sic) estuvo tocando hasta altas horas de la noche en la plaza principal de San Gil, en donde Yacid Rueda departía con Alirio Muñoz, Francisco Moreno y Nélson Vargas, habiéndose trasladado luego al sitio "El Refugio" junto con los dos primeros, con quienes mantuvo relaciones sexuales hasta la madrugada del 24 de diciembre de 1989. Ello, mientras que el demandado, una vez terminada la intervención de la orquesta, se dirigió con Gilberto Ortiz a otro sitio de la ciudad, y de allí fueron a la finca de Hernando Ordoñez, donde terminaron el día.

Propuso, además, la excepción de "plurium" constupratorum" y la que denominó "in genere".

4. Surtido el trámite propio de la instancia, el Juzgado le puso fin con decisión estimatoria de la pretensión del actor, la cual revocó el Tribunal al desatar la apelación del demandado.

La Sentencia de Segunda Instancia:

1. Empieza el Tribunal advirtiendo que están presentes los presupuestos procesales y la legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva.

Identifica la acción ejercitada y señala que de conformidad con los hechos narrados, encaje en el numeral 4 del artículo 6 de la ley 75 de 1968, para formular una serie de comentarios de carácter general en torno al mismo precepto, tras lo cual dice que entra a analizar los elementos de persuasión allegados al proceso, siguiendo el mismo orden del Juzgado.

2. Respecto de los exámenes de grupo y factor sanguíneo de madre, hijo y supuesto padre, así como la prueba antropohereodobiológica, anuncia que se referirá más adelante a su poder "probatorio-demostrativo".

Cita la constancia dejada por el demandado en el acta complementaria del registro de nacimiento del menor, de la cual el Juzgado infirió que aquel estaba enterado de los rasgos físicos de Andrés Felipe para expresar que el punto no tiene mayor importancia, porque de lo que relata Belssy Rueda se colige que el demandado sí había conocido previamente al niño, y de lo que expone Martha López se infiere que, habiendo nacido el niño en el hospital, sus rasgos despertaron curiosidad, pues ella lo comentó entre sus compañeras de trabajo, por lo que no era un misterio que "el demandado como médico del mismo hospital... se hubiera enterado de tal acontecimiento y de las características difundidas del mismo".

3. En relación con que cuando Yacid estuvo alfabetizando en el Hospital durante el segundo semestre de 1989 inició su amistad con el demandado, lo que admite el Tribunal, incluso testimonian Clara Inés Carreño C. y Martha López R., pues que la primera la vio " "entusiasmada" " con el doctor, ello, objeta el sentenciador, no sería más que un decir sin ninguna fuerza demostrativa de trato sexual...".

Destaca, en este mismo punto, lo informado por Martha López quien afirma "que nunca se enteró de la relación de ellos, que nunca los vio saliendo y que tampoco los vio en relación de pareja ni de novios y que solamente los observó hablando frente al Hospital". Y que, en cuanto al dicho de Belssy, "hermana de la demandante" (sic), es insular y carece de respaldo probatorio alguno", por lo que en tales testimonios no puede cimentarse un indicio.

4. Respecto de que entre julio de 1989 y julio de 1990, Edgar Villanueva O. hubiese estado haciendo el año de internado en el hospital local, y de que como médico hubiese tenido su dormitorio en el sitio denominado "El Refugio", dice el ad-quem que si bien ello está probado, allí no hay nada "indicador de la existencia de relaciones sexuales entre demandante y demandado; y, por ende, no constituye indicio en contra de este último".

5. El que Yacid Rueda Naranjo hubiese sido atendida por causa de una "uretritis inespecífica" por el Dr. Francisco Moreno O., y que en este trata-

miento también hubiese intervenido el demandado, tampoco le merece al Tribunal la virtualidad de un indicio, porque no hay prueba que corrobore lo dicho por Villanueva Olivieri, "maxime -objeta- cuando la credibilidad del testimonio de Moreno Ortiz se ve menguada, dado el número de contracciones en que incurrió...".

6. El Tribunal también le sustrae la condición de indicio que el Juzgado le había dado al hecho consistente en que el demandado hubiese estado enterado de las actividades cumplidas por Yacid durante casi un año, sin admitir mayor amistad, en razón de que "pierde toda trascendencia la circunstancia reseñada luego de leer la extensa declaración de Belssy Rueda naranjo describiendo dos charlas con el demandado y haciendo el recuento de las actividades de su hermana, donde afirma que Villanueva estuvo hablando con Yacid. Se explica así -manifiesta el Tribunal- que con anterioridad a la instauración de la demanda, Edgar se hubiera enterado de las actividades y desplazamientos de su eventual contradictora...".

7. En torno a que la testigo Clara Inés Carreño hubiese visto a Yacid "entusiasmada con el Dr, o sea que existía un simple atractivo de ella para con él", otro de los indicios advertidos por el a-quo, el Tribunal destaca que es la misma declarante quien minimiza la expresión "porque con anelación había sostenido que dos veces observó que hablaron como amigos y que Yacid 'en eso sí era muy reservada', comentario traído para responder la pregunta sobre qué constaba respecto de la relación del doctor Villanueva y la preseñalada mujer, desconociendo, como lo afirma, que existiera noviazgo...".

Fuera de lo anterior, expresa que se debe destacar "cómo la testigo trata de ocultar el grado de amistad que la liga con la demandante, toda vez que es la misma hermana de ésta quien en su declaración nos revela que Clara Inés era la mejor amiga de Yacid".

8. El indicio proveniente de no haber comparecido el demandado a una audiencia, sin haber aducido excusa o justificación por su inasistencia, lo desvirtúa el Tribunal observando que "por la forma como fue concebido el auto de citación al demandado... (f. 21, cdno. p. oficio), en la condición anotada no es factible calificar la trascendencia de esas inasistencia ante la ambigüedad de que adolece el proveído respecto de esclarecimiento pretendido, al no poderse saber si lo era respecto de los cargos formulados o sobre la excusa aplaneada".

9. De todo el análisis precedente, el ad-quem concluye que solamente puede tenerse como indicios la prueba antropoheredobiológica, y la no comparecencia del demandado a la audiencia, según referencia precedente.

9.1. Trae a cuento los requisitos de gravedad, precisión y concordancia, que deben reunir los indicios, y mirando la prueba antropoheredobiológica a la luz del primero dice que esta, "...per se, no implica la constitución de prueba inconclusa de la paternidad que se reclama". Y después de reproducir jurisprudencias atinentes al mérito demostrativo de la misma dice que debe ser desechada la convicción que se reclama porque, como indicio, "no conduce -como necesaria consecuencia- a algo inequívoco que de allí pudiera desprenderse, como lo serían las relaciones sexuales entre demandante y demandado durante el lapso del art. 92 del C.C.".

Aludiendo a "los elementos de conexidad y de concordancia (sic), expresa que "no surgen en modo alguno al pretender valorar el segundo indicio deducido acorde con lo previsto por el art.202 del C. de P. Civil, pues la no asistencia a la audiencia sumado al que tiene la prueba de genética, no implica de suyo la inferencia buscada, cual es la pregonada existencia de relaciones sexuales por la época en que debió producirse la concepción. Los indicios, ni aún unidos -concluye- sirven para que el Tribunal adquiera certeza mínima de tan vitales hechos, es decir, los que demanda probar la causal invocada que hoy se analiza, para que pueda ser declarada".

De ahí que esos dos indicios no puedan ser calificados de graves, ni de precisos, ni de conexos.

10. En otro aparte aborda el Tribunal el examen de la "confesión extrajudicial" vista por el Juzgado en la declaración de Belssy Rueda Naranjo, con cierto respaldo en el testimonio de Martha López Ríos.

Recuerda entonces los requisitos que deben estar presentes para que haya confesión extrajudicial, siendo uno relativo a lo que el demandado le hubiese expresado clara y categóricamente a Belssy en el sentido de ser el padre del menor hijo de Yacid, y de otro establecer si esa expresión de parte configura o no una confesión.

Después de reproducir lo testimoniado por Belssy acerca de la conversación por ella tenida con el demandado, anuncia que allí no se puede con-

cretar la confesión extrajudicial. Se pregunta si "está probado en el proceso que efectivamente el demandado le dijo a Belssy Rueda Naranjo todo cuanto ella dice en su declaración? para decir que no.

Tras reproducir jurisprudencia de la Corte atinente a la prueba de la confesión extrajudicial, sostiene que "no aparece demostrado que la confesión extrajudicial se produjo, porque solitaria al respecto únicamente aparece la versión de Belssy", lo que analiza con cierto detenimiento, confrontando lo dicho por esta con otros deponentes, al cabo de lo cual concluye que la credibilidad de la testigo "se ha minimizado con sus contradicciones y con la refutación que se le enfrenta de parte de quienes asomó en apoyo de sus asertos. Se trata -agrega- de un dicho insular que suscita indiscutibles reservas por provenir de una persona ligada por cercanos vínculos de parentesco con quien tiene interés en el proceso; y porque al final es un testimonio de oídas, amén de que a la postre su dicho está signado de sentimientos de animadversión hacia el demandado".

11. Trae a cuento el principio de la apreciación en conjunto de las pruebas a efectos de volver sobre los indicios antes mencionados, para decir que "mutuamente no fortalecen la conjetura que individualmente cada uno aporta".

Y luego, a manera de conclusión general, dice que "ni confesión extrajudicial valedera, ni indicios graves, concluyentes y contundentes se encuentran en autos, para que la sentencia del juez de instancia pueda mantenerse".

La Demanda de Casación:

Dos cargos se enfilan en ella en contra de la sentencia acabada de compendiar, el segundo con apoyo en la causal 5 del artículo 368 del C. de P.C., y el primero con base en la causal 1 del mismo precepto. La Sala los despachará siguiendo el orden que lógicamente les corresponde.

Cargo Segundo:

1. Afírmase en él que en el proceso se incurrió en la causal de nulidad del numeral 9 del artículo 140 del C. de P.C., puesto que no se citó en debida forma al Ministerio Público.

2. A efectos de demostrar su aserto, la parte recurrente transcribe el artículo 12 de la ley 45 de 1936, de acuerdo con el cual "Son parte en los juicios sobre filiación: el hijo por sí mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público.

3. Tras observar que la norma anterior no fue derogada por la ley 75 de 1968, ni tampoco contradice el espíritu del Decreto 2272 de 1989 en su artículo 11, deduce que la falta de notificación o intervención del Ministerio Público a partir del auto admisorio de la demanda es de gran trascendencia, visto lo que prescribe el artículo 43 del C. de P.C. Intervención que era tanto mas importante cuanto que la madre del menor, para la época de la notificación personal del auto admisorio de la demanda, era menor de edad, y que esa notificación se realizó sin representante legal.

De allí, pues, infiere que el proceso adolece de "nulidad absoluta" (sic).

Se considera:

1. Ciertamente, el artículo 12 de la ley 45 de 1936 decía, en su primer inciso, lo que la recurrente señala. Empero, el alcance que pretende brindarle no era cabal ni siquiera antes de que entrara en vigor la ley 75 de 1968, la cual, como un poco después se advertirá, si es cierto que no lo modificó, sí atemperó su sentido a lo que con anterioridad venía siendo predicado por la jurisprudencia.

En efecto, esta sostuvo lo siguiente respecto de la intervención y presencia simultánea dentro de los procesos de investigación de paternidad natural, de las personas que se citan en la susodicha regla legal:

"Es errada la opinión consistente en afirmar que el ministerio público es siempre parte en todos los juicios sobre filiación natural, pues cada una de las tres personas que menciona el art. 12 puede intervenir en esa clase de juicios, pero nunca sucede que tomen parte simultáneamente. Si la acción se ejerce por quien ejerce la patria potestad, no puede tomar parte entidad o persona que haya cuidado de la crianza o de la educación del menor o viceversa, pues las primeras excluyen a las segundas, como excluyen al ministerio público. No se explica la presencia de dos representantes de una persona

en un juicio y menos aún de tres. El inc. 2 confirma esta interpretación puesto que exige que sea un abogado titulado quien instaure las demandas, menos cuando las siga el ministerio público. Esto demuestra que hay casos en que el ministerio público inicia los juicios, y casos en que no. En los casos en que los inicia y sigue, es naturalmente parte. En los demás no" (Cas. civ. 12 de septiembre de 1958, G.J. t. LXXXIX, p. 84, entre muchas).

2. A más de disponer la intervención del en ese entonces denominado defensor de menores, la ley 75 de 1968 en su artículo 13, acogió la anterior interpretación del precepto, pues allí estableció:

"En los juicios de filiación ante el juez de menores tienen derecho a promover la respectiva acción y podrán intervenir: la persona que ejerza sobre el menor patria potestad o guarda, la persona natural o jurídica que haya tenido o tenga el cuidado de su crianza o educación, el defensor de menores y el ministerio público. En todo caso, el defensor de menores será citado al juicio".

De lo anterior, entonces, se infiere que en el presente caso no existe la causal de nulidad alegada pues no era indispensable la comparecencia del Ministerio Público para el adelantamiento válido del proceso. Habiéndose este promovido por persona legitimada extraordinariamente para el efecto, en refuerzo de la defensa de los intereses del menor no tenía por qué ser llamado nadie más, ni siquiera aquél en su condición de defensor de incapaces, pues a términos de la norma anterior esos intereses también podían quedar debidamente prohijados por quien, de hecho, asumió la representación del menor Andrés Felipe Rueda Naranjo.

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

Cargo Primero:

1. En él se acusa la sentencia por la transgresión de los artículos 6, numeral 4, de la ley 75 de 1968, 92 del C.C., 175, 176, 187, 248, 249 y 250 del C. de P.C., como consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

2. La parte demostrativa la inicia la recurrente aseverando que el Tribunal "desechó el testimonio de Belrsy ante todo por el vínculo de parentesco cuando en esta clase de procesos, el sólo parentesco no es

motivo de sospecha, en el caso de relaciones familiares los hechos son concebidos (sic) por sus íntimos y familiares más cercanos y por lo cual no se pueden desestimar". Que aquel tomó el testimonio "a medias" porque "cercenó y desechó apreciaciones directas de la testigo", algunas de las cuales cita.

3. Cita a continuación lo testimoniado por Martha López R., para entonces expresar que el Tribunal lo tomó parcialmente "por cuanto es un testimonio directo y ¡no de oídas, comprueba la testigo Martha López que sí existió el diálogo entre Beltsy y Edgar". Que el Tribunal, comenta luego de insertar otros apartes de la declaración, desconoce el contenido total de la misma y analizó en forma parcial restándole objetividad y veracidad.

4. De la prueba pericial afirma que el Tribunal no la desconoció, pero que no la valoró en conjunto con los demás indicios, con lo que violó el artículo 250 del C. de P.C.

5. Que otro indicio a favor de la paternidad es lo que el demandado dijo en el acta complementaria de la partida de nacimiento del menor, pues este "no acepta ni niega las relaciones sexuales, sino que hace un comentario irónico respecto a las características fenotípicas del menor y a la falta de educación sexual de la madre". Que en esa acta el demandado "acepta tácitamente las relaciones sexuales porque se limita a hacer un comentario negativo del resultado de tales relaciones sexuales, olvidándose como médico de las leyes de la genética.

6. Dice que la no comparecencia de Edgar Villanueva al interrogatorio ordenado en auto notificado por estado, es un indicio en contra el mismo, de conformidad con los artículos 202 y 248 del C. de P.C. Que, sin embargo, "es del caso señalar, que de conformidad con el artículo 14 de la ley 75 de 1968 el juramento que se debe exigir al demandado conforme al artículo 1 ordinal 4 de esta misma ley se omitió y no se hizo citación personal que exige esta clase de procesos".

Se considera:

1. Respecto del testimonio de Beissy Rueda Naranjo, la parte recurrente señala que el Tribunal lo desestimó por haberlo reputado como un "dicho insular" proveniente de quien tiene cercanos vínculos de parentesco con quien está interesado en el proceso, por fuera de que es de oídas y de que pro-

viene de quien siente animadversión hacia el demandado, tratando entonces de mostrar a continuación cómo en la intervención de aquella se encuentran apartes -que no habrían sido vistos por el Tribunal- de los cuales se inferiría que sí fue cierto el diálogo con el demandado.

Aun cuando los reproches que la recurrente le lanza al Tribunal se tuvieran como ciertos en su generalidad, no por ello la censura saldría victoriosa pues la verdad es que de la materia de la conversación habida entre la testigo y el demandado no existe otra prueba que la versión suministrada por aquella. Ninguna otra persona participó en la entrevista y, por consiguiente, nadie más supo lo que realmente le comunicó el demandado a la declarante. Es en este punto en el que la testigo Martha López es de oídas pues lo que al respecto expone lo apoya, no en su percepción directa, sino en lo que le contó Belssy.

Siendo, pues la acabada de mencionar una declarante aislada, y, además, gravitando sobre ella los motivos de sospecha provenientes de ser hermana de la madre del menor demandante, y de sentir antipatía -conforme ella mismo lo admitió- hacia el demandado, circunstancias ambas cuya apreciación por el Tribunal la recurrente no enjuicia como errónea, no es posible decir que aquel se hubiera equivocado cuando no vio en la misma la prueba de la confesión extrajudicial de la paternidad del demandado.

2. En lo atañedero a la declaración de Martha López, desestimada por el Tribunal, como se acaba de anotar, por ser de oídas, su juicio tampoco puede ser tildado de contraevidente, puesto que es la propia deponente quien manifiesta lo que a continuación se reproduce:

"" Lo que sí recuerdo que recién Yacid quedó en embarazo la hermana de Yacid es decir Belssy Rueda, estuvo hablando con Edgar, ella llamó a Edgar para hablar del embarazo de Yacid. Edgar le dijo que sí que tranquila que ese hijo era de él y que él respondería esto lo sé porque Belssy me lo contó...".

3. Como se ha visto, la recurrente le achaca al Tribunal la no valoración de la prueba antropoheredobiológica en conjunto con los demás indicios, con lo que habría violado el artículo 250 del C. de P.C.

Desde tal perspectiva, y como quiera que la conclusión del Tribunal no ha sido tildada de contraevidente por la falta de apreciación en conjunto de la prueba sobredicha con los restantes indicios sino que la cues-

ción ha quedado circunscrita a una supuesta falta de acatamiento a la citada regla legal, es necesario poner de presente que, entonces, el error no sería de hecho sino de derecho. Y, seguidamente, que aquel no lo cometió, porque lo palpable en la sentencia es todo lo contrario, o sea, como en su momento se vio, que relacionó ese indicio con el proveniente de la comparecencia del demandado a la audiencia, para concluir que "mutuamente no fortalecen la conjetura que individualmente cada uno aporta", y que, en tal virtud, "no son prueba que implique como irrecusable conclusión la paternidad extramatrimonial que se le endilga a Edgar Villanueva Olivieri...".

4. La recurrente omite precisar qué error pudo haber cometido el sentenciador en relación con la constancia dejada por el demandado en el acta complementaria del registro de nacimiento del menor demandante, lo cual, sin embargo, no es óbice para decir que sí tuvo presente la constancia y que le negó la condición de indicio que al a-quo le había atribuido por estimar que, dada su condición de médico, el demandado pudo haberse enterado de diversas maneras del nacimiento del niño y de sus rasgos físicos.

5. En lo tocante con la no comparecencia de Edgar Villanueva a la audiencia de interrogatorio, se tiene que aun cuando la recurrente manifiesta que es constitutiva de un indicio en contra del demandado, con sujeción a los artículos 202 y 248 del C. de P.C., la verdad es que deja el asunto a la mitad del camino puesto que se abstiene de denunciar al Tribunal por la transgresión de los mismos; o sea, no precisa ni demuestra que este hubiera caído en un error de derecho, lo que era tanto mas pertinente cuanto que el sentenciador sí estuvo al tanto de esa incomparecencia, a la cual, no obstante, no la reputó como indicio en vista de la ambigüedad del proveído que dispuso la citación del demandado.

En síntesis y conclusión, la no demostración de los yerros de apreciación atribuidos al Tribunal en relación con algunos de los medios probatorios y los defectos técnicos en el planteamiento respecto de otros, son obstáculos insuperables para la prosperidad del cargo.

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 la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que data del cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por LA DEFENSORA DE FAMILIA DE SAN GIL, en representación del menor ANDRES FELIPE RUEDA NARANJO, contra EDGAR VILLANUEVA OLIVIERI.

Costas en el recurso de casación a cargo del menor recurrente. 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

* JURISDICCION DE FAMILIA / ACCION DE REVISION

A los jueces de familia no puede atribuírsele el conocimiento de los procesos ordinarios en que se ejerció la "acción de revisión" consagrada por las leyes 83 de 1946 y 75 de 1968, puesto que ella desapareció del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989.

F. F.: LEY Num. 83 Año: 1946; LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 18; DECRETO Num.: 2272 Año: 1989 Art: 5 Numral.: 2.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado ponente: *Dr. Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente No. 5001 Auto No. 265

Se decide por la Corte sobre el conflicto suscitado entre los Juzgados Segundo Civil del Circuito y Segundo Promiscuo de Familia de Sincelejo (Sucre), en el proceso ordinario promovido por EDUARDO SEGUNDO LOPEZ MARTINEZ, en acción de revisión contra la sentencia proferida por el Juzgado Unico Promiscuo de Menores de Sincelejo, el 12 de septiembre de 1988, en el proceso de investigación de la paternidad extramatrimonial promovido contra el actor por el menor EDUARDO ENRIQUE ROMERO, representado por su progenitora, GLADYS MANUELA ROMERO CARRASCAL.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda que obra a folios 14 a 19 del cuaderno de la actuación, EDUARDO SEGUNDO LOPEZ MARTINEZ promovió un pro-

ceso ordinario contra el menor EDUARDO ENRIQUE ROMERO, representado por su progenitora GLADYS MANUELA ROMERO CARRASCAL, con el objeto de que se revise la sentencia dictada por el Juzgado Unico Promiscuo de Menores de Sincelejo el 12 de septiembre de 1988, en el proceso de investigación de la paternidad extramatrimonial, en el que el ahora demandante fue declarado padre del menor ya mencionado.

2. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, al que correspondió por reparto este proceso, luego de haberlo tramitado, en auto de 13 de diciembre de 1993, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del 8 de marzo de 1991, fecha en la cual se puso en funcionamiento en el Distrito Judicial de Sincelejo la Jurisdicción de Familia conforme a lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989, por considerar que de allí en adelante ha debido tramitarse por esa jurisdicción y no por la Civil y, en consecuencia, en la misma providencia, ordenó remitir el expediente para su reparto a los Juzgados Promiscuos de Familia de Sincelejo (fl. 99, cdno. actuación).

3. El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Sincelejo, en auto que obra a folios 103 a 107 del cuaderno citado, declaró que carece de jurisdicción para conocer de este proceso y ordenó remitir la actuación ante la Corte Suprema de Justicia, para dirimir el conflicto así planteado.

Consideraciones

1. Como es suficientemente conocido, la Ley 83 de 1946, "orgánica de la defensa del niño", asignó competencia a los Jueces Civiles de Menores para conocer de los procesos de investigación de la paternidad extramatrimonial, en vida del presunto padre y, por tratarse de un proceso especial, dispuso que contra la sentencia respectiva podría intentarse la "acción de revisión" ante los Jueces Civiles del Circuito correspondiente, a cuya decisión sobre el estado civil en cuestión habría de estarse por las partes.

2. La Ley 75 de 1968, en su artículo 18, conservó la aludida acción de revisión contra las sentencias referidas en proceso de esta índole por los Jueces Civiles de Menores, la que fue suprimida con la expedición del Decreto 2272 de 1989, en cuyo artículo 5o., parágrafo 1o., numeral 2o., asignó a los Jueces de Familia el conocimiento, en primera instancia, de los procesos de investigación de la paternidad extramatrimonial.

3. Siendo ello así, por imperativo lógico necesariamente ha de concluirse que a los Jueces de Familia no puede atribuírseles el conocimiento de los procesos ordinarios en que se ejerció la "acción de revisión" consagrada por las leyes 83 de 1946 y 75 de 1968, puesto que ella desapareció del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989.

4. Así las cosas, es evidente que el proceso a que se refiere esta providencia, por haber sido iniciado antes de la desaparición jurídica de la "acción de revisión" contra las sentencias dictadas por los Jueces Civiles de Menores en procesos de investigación de la paternidad extramatrimonial, necesariamente ha de ser decidido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, que venía conociendo del mismo, como quiera que, por sustracción de materia, resulta inexistente el conflicto suscitado, a última hora, con el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de la misma ciudad, en desmedro de la prontitud en la administración de justicia.

Decisión

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

ABSTENERSE de decidir el supuesto conflicto de jurisdicción suscitado entre los Juzgados Segundo Civil del Circuito y Segundo Promiscuo de Familia de Sincelejo (Sucre), en el proceso ordinario promovido por EDUARDO SEGUNDO LOPEZ MARTINEZ, en acción de revisión contra la sentencia proferida por el Juzgado Unico Promiscuo de Menores de Sincelejo, el 12 de septiembre de 1988, en el proceso de investigación de la paternidad extramatrimonial promovido contra el actor por el menor EDUARDO ENRIQUE ROMERO, representado por su progenitora GLADYS MANUELA ROMERO CARRASCAL.

Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, envíese el expediente al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo para que continúe tramitando el proceso mencionado, y, comuníquese lo aquí decidido al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de la misma ciudad, para lo pertinente.

Notifíquese.

Pedro Lafont Pianetta, Eduardo García Sarmiento, con salvamento de voto, *Fernando Hinestrosa Forero*, Conjuez, *Carlos Estéban Jaramillo Schloss, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero*, con salvamento de voto, *Rafael Romero Sierra*, con salvamento de voto.

SALVAMENTO DE VOTO:

***Norma constitucional /Norma legal /Hermenéutica jurídica**

Las normas constitucionales y legales atinentes a las competencias, facultades o atribuciones de los funcionarios públicos son de derecho estricto, y por ello no le es dado a los juzgadores hacer interpretaciones bondadosas, extensivas o analógicas.
F. F.: C.N. Art.: 121.

***Competencia /Consejo superior de la judicatura /Conflicto de jurisdicción/Jurisdicción-Clasificación/Jurisdicción ordinaria/Conflicto de competencia/Tribunal superior/Bien agrario.**

1). Competencia del Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Disciplinaria, para conocer de los conflictos de jurisdicción.

2). Clasificación, conformación y atribución de las distintas jurisdicciones.
Igual sentido: Providencia de la Corte Constitucional del 10 de diciembre de 1992.

3). Los conflictos que se susciten entre un juzgador civil y uno de familia, ambos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, no exterioriza una colisión de jurisdicción sino de competencia, y cuando dicho conflicto ocurre, como aquí acontece, entre dos juzgados pertenecientes a un mismo Tribunal, de éste debe conocer dicha Corporación y no la Corte en su Sala de Casación Civil, como aquí ha sucedido.
Igual sentido: Auto del 7 de octubre de 1993, Sala Plena, Corte Suprema de Justicia.

4). Competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente, cuando hubiere controversia sobre carácter agrario de la relación jurídica o del bien a que se refiere el proceso para que esa Corporación determine su naturaleza.
Igual sentido: Providencia del 18 de abril de 1994.

F.F.: C. del P.C. Art.: 256 Numral.: 6; C.N. Art.: 221; 256; Decreto Num.: 2652 Año: 1991; C. de P.C. Art.: 28; C. de P.T. Art.: 152; Decreto Num.: 528 Año: 1964; C. del P.P. Art.: 68, 70, 72; Decreto Num,: 2303 año 1989 Art.: 18.

Salvamento de voto de los magistrados Alberto Ospina Botero, Eduardo García Sarmiento y Rafael Romero Sierra

Al no compartir la providencia adoptada por la mayoría, consignamos nuestro disentimiento en los términos siguientes:

1. Para dirimir de fondo el conflicto aquí suscitado, así no lo diga la providencia aprobada por mayoría, se ha fundado en que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha considerado que la colisión que se presente entre un Juzgado Civil y uno de familia para conocer de un proceso no es un conflicto de jurisdicción sino de competencia, por lo que en tratándose de dos juzgados pertenecientes *"al mismo Distrito Judicial"* debe conocer el Tribunal Superior respectivo, lo que le ha permitido la mayoría de la Sala concluir que dicho proceso no puede quedar sin juez, y que en esas condiciones, la Corte, como máximo Tribunal de la Justicia ordinaria se ve compelido a dirimirlo, a pesar de que la competencia para ello radica en el Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Disciplinaria, por ser un conflicto de jurisdicción.

2. La labor de "dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones", ciertamente está atribuida constitucionalmente al Consejo Superior de la Judicatura (art. 256 num. 6), organismo que por conducto de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha manifestado, de manera reiterada y uniforme, que cuando se discute si un litigio debe ser resuelto por jueces civiles o, contrariamente, por jueces de familia, se está en presencia de un conflicto de competencia, pues, aunque se trata de juzgadores con especialidades diferentes, éstos integran, no obstante, la misma jurisdicción: la ordinaria, no jurisdicciones distintas.

3. Partiendo de este antecedente y de otros que más adelante se expondrán, la Sala Plena de la corte, mediante auto de 7 de octubre de 1993, se abstuvo de resolver el conflicto para conocer de un proceso surgido entre un Juez Civil y otro laboral, ambos pertenecientes al Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por carecer de competencia, determinando que de él debía conocer dicho Tribunal.

En efecto, dijo entonces la Corporación:

"...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.

"...Y 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 atribuído 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.

"...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.".

4. El criterio doctrinal precedente fue acogido por mayoría por la Sala de Casación Civil de la Corte, como bien puede establecerse en mas de 20 providencias dictadas durante los meses de marzo y abril del año en curso, lo que llevó a la Sala a afirmar y concluir que la Corte no tenía competencia para dirimir los conflictos, ya de jurisdicción, ora de competencia, que se suscitasen entre dos juzgados, de diferente especialidad, pero del mismo Distrito Judicial.

5. Por otra parte, la Corte Constitucional, al decidir sobre una acción de cumplimiento que formulara ante ella un ciudadano con apoyo en el artículo 87 de la Carta Política, abordó el punto atinente a las diferentes jurisdicciones que consagra la actual Constitución, y al efecto afirmó en providencia de 10 de diciembre de 1992, lo siguiente:

"Es así también como, con el fin de efectuar un uso racional de la justicia, se reparte ella entre jurisdicciones a las cuales a la vez, se les atribuyen competencias determinadas. Existen entonces:

"a. La Jurisdicción Ordinaria, a la cabeza de la cual se halla la Corte Suprema de Justicia y que se ocupa de las controversias suscitadas entre los particulares, de índole civil, comercial, familiar, laboral y, además, de la sanción de los delitos.

"b. La Jurisdicción Contencioso Administrativa, a cargo de los tribunales administrativos, con el Consejo de Estado como suprema autoridad, que atiende y resuelve los litigios que surjan entre los particulares y el Estado.

"c. La Jurisdicción Indígena, al frente de la cual están las autoridades de los pueblos indígenas y que se ejercerá dentro del ámbito de su territorio, según sus propias normas y procedimientos, que no habrán de contrariar la Constitución y leyes de la República.

"d. La Jurisdicción de los Jueces de Paz, que se encarga de resolver, en equidad, conflictos individuales y comunitarios.

"e. La Jurisdicción Penal Militar, instituida para conocer de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en ejercicio activo y en relación con el servicio (art. 221 C.N.).

"f. La Jurisdicción Constitucional confiada a la Corte Constitucional y que tiene como objeto preservar la supremacía y la integridad de la Carta Política, frente a textos de inferior categoría dentro de la escala Kelseniana jerárquica de normas y que puedan infringirla".

Lo que pone de presente la reseña doctrinal que se acaba de hacer, es la reiteración de la clasificación de la jurisdicción en ordinaria y especiales, conformada la primera por las diversas materias o normas del derecho sustancial (civil, penal, laboral, de familia y agrario) y la segunda, por otras materias (constitucional, contencioso administrativa, penal, militar, etc.). Aquélla es ejercida por los Jueces y Tribunales ordinarios, y éstas por Jueces y Tribunales especiales, y siendo así las cosas, los conflictos que se presenten entre los juzgados de la jurisdicción ordinaria sobre el conocimiento de un proceso, según la nueva Constitución, no pasa de ser un conflicto de competencia y no de jurisdicción, pues según los alcances de los preceptos constitucionales, no es posible ver y entender que dentro de la jurisdicción ordinaria existan diversas jurisdicciones sino una única jurisdicción contentiva, apenas, por la naturaleza del derecho sustancial, de distintas especialidades o materias, que por la complejidad y multiplicidad de las relaciones jurídicas que va imponiendo el crecimiento social, es aún de suponer que hacia el futuro puedan formarse o aparecer otras áreas o especialidades que amplíen el radio de acción de la jurisdicción ordinaria.

6. Entonces, según las normas constitucionales, que son de aplicación ineluctable, a las cuales debe sujetarse la ley, los conflictos que se susciten entre un juzgador civil y uno de familia, ambos pertenecientes desde luego a la jurisdicción ordinaria, no exterioriza una colisión de jurisdicción sino de competencia, y cuando dicho conflicto ocurre, como aquí acontece, entre *dos Juzgados pertenecientes a un mismo Tribunal*, de éste debe conocer dicha Corporación y no la Corte en su Sala de Casación Civil, como aquí ha sucedido. (art. 28 C. de P.C.).

7. De suerte que, a contrario de lo que implícitamente se afirma en la providencia adoptada por la mayoría de la Sala, sí hay un juzgador competente para dirimir el conflicto presentado entre dos jueces pertenecientes a

un mismo Distrito Judicial, como lo hay, también, cuando los juzgados pertenecen a Distrito diferente.

8. Las reflexiones hasta aquí sentadas, encuentran aún apoyo en preceptos legales, al establecer el artículo 18 del decreto 2303 de 1989, que cuando hubiere controversia sobre el carácter agrario de la relación jurídica o del bien a que se refiere el proceso, se remitirá éste "al correspondiente Tribunal Superior del Distrito Judicial", para la determinación de su naturaleza. Y precisamente la Corte, en providencia de 18 de abril de este año, aprobada por unanimidad y con fundamento en el precepto antes mencionado, se sustrajo de dirimir el conflicto suscitado entre los Juzgados Civil del Circuito y Promiscuo de Familia de Zipaquirá por controvertirse su naturaleza agraria, por lo que dispuso el envío de la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

9. Por otra parte, no se puede subestimar que las normas constitucionales y legales atinentes a las competencias, facultades o atribuciones de los funcionarios públicos son de derecho estricto, y por ello no le es dado a los Juzgadores hacer interpretaciones bondadosas, extensivas o analógicas, para aprehender el conocimiento de cuestiones respecto de las cuales, ni la Constitución ni las leyes, les han atribuido, porque así lo dice con claridad la Carta Política de reciente vigencia. En efecto, el artículo 121 de la misma establece que "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

Las reflexiones precedentes permiten, entonces, concluir, que el conflicto presentado entre los jueces a que se refiere este proceso, es de competencia, y por pertenecer al mismo Distrito Judicial, la colisión debió ser dirimida por el correspondiente Tribunal y no por la Corte, como aquí aconteció y se dijo atrás.

10. Finalmente se aclara que aunque la Corte, en decisión de mayoría, consideró al final que no había conflicto, lo cierto es que las posiciones asumidas por los dos jueces (Civil y Familia), sí exteriorizan un auténtico conflicto de competencia.

Alberto Ospina Botero, Eduardo García Sarmiento, Rafael Romero Sierra

*QUEJA-Procedencia/CASACIÓN-Procedencia/JURISDICCIÓN AGRARIA/Proceso abreviado

1). Procedencia del recurso de queja.

2). Procedencia del recurso de casación, en tratándose de asuntos agrarios.

3). La enumeración contenida en el artículo 50 del decreto 2303 de 1989 es de carácter taxativo, de derecho público y de interpretación restringida, lo que impide a la Corte su extensión a sentencias dictadas en otros procesos de esta jurisdicción.

4. Los procesos abreviados carecen por disposición legal de este medio de impugnación.

F. F.: C. de P.C. Art.: 377; 25 num. 3; Decreto Num.:2303 Año 1989 Art.: 50.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.- Santafé de Bogotá D. C., agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta

Referencia: Expediente No. 5105. Auto No. 266

Se decide por la Corte el recurso de queja interpuesto por la parte demanda contra el auto de 17 de mayo de 1994, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja —Sala Civil—, mediante el cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación contra la sentencia por ese Tribunal el 8 de abril de 1994 en el proceso abreviado iniciado por JORGE ALBERTO HOLGUIN LEON y ANA ISABEL CARDENAS contra MISAEL HERNANDEZ VARGAS.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda que obra a folios 1 a 6 de este cuaderno, (en copias), Jorge Alberto Holguín León y Ana Isabel Cárdenas promovieron un proceso abreviado contra Misael Hernández Vargas, para que surtida su tramitación legal se declarase que no ha existido ni existe servidumbre de tránsito que grave al predio "San Pedro", de propiedad de los demandantes, a favor del predio "La Parcela", de propiedad del demandado, ubicados en la vereda Resguardo, Municipio de Tuta, colindantes entre sí y para que se condene al demandado al pago de los perjuicios ocasionados a la parte actora con su conducta encaminada a imponerle, de hecho, la servidumbre aludida al predio de su propiedad.

2. Admitida que fue la demanda por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja en auto de 20 de marzo de 1991 (fl. 6 de este cuaderno, en copias), el demandado Misael Hernández Vargas le dió contestación (fls. 7 a 11, en copias), y, además, formuló demanda de reconvención (fls. 12 a 17 en copias), en la cual impetró que se declarase por la jurisdicción que los predios ya mencionados formaron parte, en mayor extensión del denominado "El Alto", y que, en consecuencia, tienen derecho "a las mismas servidumbres" del predio del cual formaron parte; e igualmente solicita que se declare que el predio denominado "El Alto" por su costado oriental "en el camino de la casa de la finca" hacia la carretera antigua que conduce a tuta, tenía comunicación amplia, en cuatro metros de ancho, "para entrar y salir personas, animales, vehículos automotores y maquinaria agrícola", y que, con posterioridad, los predios "San Pedro" y "La Parcela", segregados de aquél, hoy se encuentran separados por el camino mencionado, por lo que no ha de imponerse nueva servidumbre de tránsito, sino declarar que el primero de ellos ha de continuar haciendo uso para el efecto de la antigua carretera que conduce al Municipio de Tuta y que, por consiguiente ha de condenarse a los demandados a restituir la servidumbre que para ese mismo fin y en extensión de doscientos metros han intentado de hecho constituir en favor del supuesto predio dominante, así como al pago de los perjuicios correspondientes.

3. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, en sentencia de 4 de mayo de 1993, cuya copia aparece a folios 19 a 38 de este cuaderno acogió las pretensiones de la demanda inicial, denegó las de la demanda de reconvención, declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada inicial, se abstuvo de pronunciarse sobre las excepciones

de este género propuestas contra la demanda de reconvención, declaró no probada una objeción al dictamen pericial practicado dentro del proceso y condenó en costas a la parte vencida.

4. Interpuesto el recurso de apelación por la parte demandada y demandante en reconvención, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja —Sala Civil—, en sentencia de 8 de abril de 1994 (fls. 48 a 64, en copias), confirmó la decisión del *a-quo*, por ello, la parte vencida interpuso el recurso extraordinario de casación en memorial cuya copia aparece a folio 66 de este cuaderno.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja —Sala Civil—, en auto de 17 de mayo de 1994 denegó la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada y demandante en reconvención en este proceso, por considerar que no es procedente por la naturaleza del mismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 50 del Decreto 2303 de 1989 (fls. 77 y 78 de este cuaderno, en copias).

6. Interpuesto el recurso de reposición contra el auto mencionado, el Tribunal en providencia de 30 de junio de 1994 (fls. 68 a 70, en copias) lo decidió en forma negativa y, en virtud de que así fue solicitado ordenó la expedición de copias para surtir el recurso de queja de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

III. Consideraciones

1. Conforme a lo dispuesto por los artículos 377 y 25, numeral 3o. del Código de Procedimiento Civil, el recurso de queja es procedente cuando se deniega la concesión del de casación y a la Corte corresponde la competencia funcional para resolverlo.

2. El Decreto 2303 de 1989, por el cual se creó y organizó la jurisdicción agraria, en su artículo 50 reguló lo atinente a la procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias proferidas al segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y, en efecto dispuso que el recurso mencionado puede interponerse contra las proferidas en proceso reivindicatorios y de pertenencia, en los proceso sobre nulidad de sociedades agrarias y contra los fallos aprobatorios de la partición en procesos divisorios de bienes comunes y en la liquidación de

sociedades agrarias. Ello significa, entonces, que, en atención al carácter extraordinario del recurso de casación, las sentencias dictadas en procesos agrarios distintos a los mencionados en la citada disposición legal, no son susceptibles de impugnación con tal recurso, como quiera que la enumeración contenida en el artículo 50 del Decreto 2303 de 1989 es de carácter taxativo, de derecho público y de interpretación restringida, lo que impide a la Corte su extensión a sentencias dictadas en otros procesos de esta jurisdicción.

3. Siendo así las cosas, necesariamente ha de concluirse que el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada en este proceso y demandante en reconvención, resulta improcedente, pues los procesos abreviados carecen por disposición legal de este medio de impugnación, de un lado; y, de otro, es evidente que la naturaleza de las pretensiones tanto de la demanda inicial como de la demanda de reconvención, igualmente fueron excluídas de este recurso, conforme al texto mismo del artículo 50 del Decreto 2303 de 1989.)

Decisión

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

DECLARASE conforme a derecho el auto de 17 de mayo de 1994, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja —Sala Civil—, mediante el cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada en el proceso abreviado iniciado por JORGE ALBERTO HOLGUIN LEON y ANA ISABEL CARDENAS contra MISAEL HERNANDEZ VARGAS.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

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

*SENTENCIA DE NULIDAD/MATRIMONIO CANÓNICO/JURISDICCIÓN ECLESIÁSTICA/EXEQUATUR-Rechazo

1). Las sentencias de nulidad de los matrimonios celebrados por los ritos católicos, han de ser proferidas por los Tribunales Eclesiásticos, con sujeción a las normas del Derecho Canónico.

2). En el presente caso, ha de rechazarse el exequatur por cuanto la sentencia respecto de la cual se pide se concede aquél, dentro de un proceso de nulidad de matrimonio goza de la presunción de haber sido dictada conforme a derecho, por una parte; y por otra, no requiere de exequatur para surtir efectos civiles.

F. F: Ley Nu,.: 57 Año: 1887 Art.: 17; Ley Num.: 35 Año 1888; C.N. art. 42, 19; Ley Num.,: 133 Año 1994 Art.: 6 lit d); Ley Num.: 133 Año: 1994 Art.: 11; Ley Num.: 25 Año: 1992 Art.: 4.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá D. C., agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 5140. Auto No. 267

Se proveé por la Corte sobre la solicitud de CLAUDIA VICTORIA ARCILA GOMEZ para que conceda el exequatur a la sentencia proferida por el Tribunal Eclesiástico de Miami (Florida, Estados Unidos), el 29 de noviembre de 1990, revisada y confirmada por el Tribunal de la Diócesis de Pittsburgh el 5 de diciembre de 1990.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda que obra a folios 9 a 14 de este cuaderno, la señora Claudia Victoria Arcila Gómez solicita a esta Corporación se conceda el exequatur a la sentencia proferida por el Tribunal Eclesiástico de Miami (Florida, Estados Unidos), el 29 de noviembre de 1990, mediante la cual se decretó la nulidad del matrimonio católico por ella celebrado el 18 de marzo de 1983, en la Catedral de Manizales con Juan Pablo Echeverry Correa, sentencia revisada y confirmada por el Tribunal de la Diócesis de Pittsburg el 5 de diciembre de 1990.

II. Consideraciones

1. Como es suficientemente conocido, el Estado Colombiano, en forma soberana, mediante el artículo 17 la Ley 57 de 1887, expedida con anterioridad a la Ley 35 de 1888 que impartió aprobación al Concordato celebrado con la Santa Sede en 1887—, dispuso que la nulidad de los matrimonios celebrados por los ritos católicos "se rige por las leyes de la Iglesia" y que, en consecuencia, las sentencias proferidas por los Tribunales Eclesiásticos surten "todos los efectos civiles y políticos, previa inscripción en el correspondiente libro de registro de instrumentos públicos". Es decir, que independientemente de las disposiciones contenidas en el Concordato aprobado por la Ley 35 de 1888 y, con mayor razón en las del Concordato de 1973, aprobada por la Ley 20 de 1974, la República de Colombia, respecto de la nulidad de los matrimonios católicos y de las sentencias que la declaren, remite en el punto a las normas del Derecho Canónico, tanto en lo sustancial como en lo atinente al procedimiento.

2. Conforme a los dispuesto por el artículo 42, (penúltimo inciso) de la Constitución de 1991, surten efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios celebrados por los ritos de cualquier religión, en los términos que la ley establezca, norma ésta que guarda estrecha relación con el artículo 19 de la Constitución Política que garantiza, como uno de los derechos fundamentales el de la libertad de cultos, para cuya regulación se expidió por el Congreso la Ley 133 de 1994. En ella, expresamente se dispuso en su artículo 6o., literal d), que en ejercicio de ese derecho, los habitantes del territorio nacional pueden "contraer y celebrar matrimonio" conforme "a las normas propias de la correspondiente Iglesia o confesión religiosa"; y, se agregó que "para este fin, los matrimonios religiosos y sus

sentencias de nulidad, dictadas por las autoridades de la respectiva Iglesia o confesión religiosa con personería jurídica tendrán efectos civiles, sin perjuicio de la competencia estatal para regularlos".

3. En cuanto hace a la Iglesia Católica, la citada Ley 133 de 1994, en su artículo 11, preceptúa que el Estado le "continúa reconociendo personería jurídica de derecho público eclesiástico", lo que significa entonces que, las sentencias de nulidad de los matrimonios celebrados por los ritos católicos, han de ser proferidas por los Tribunales Eclesiásticos, con sujeción a las normas del Derecho Canónico, conclusión ésta que armoniza lo dispuesto en esta ley (arts. 6o., literal d) y 11), con lo establecido por el artículo 17 de la Ley 57 de 1887, y con lo prescrito por la Ley 25 de 1992, en su artículo 4o., según la cual "las providencias de nulidad matrimonial proferidas por las autoridades de la respectiva religión, una vez ejecutoriadas deberán comunicarse al Juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges, quien decretará su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordenará la inscripción en el registro civil".

4. Viene entonces de lo dicho, que la solicitud exequatur a que ésta providencia se refiere ha de rechazarse, como quiera que la sentencia proferida por el Tribunal de la Diócesis de Miami el 29 de noviembre de 1990, revisada y confirmada por el Tribunal de la Diócesis de Pittsburgh el 5 de diciembre de 1990 en el proceso de nulidad del matrimonio contraído por Juan Pablo Echeverry Correa con Claudia Victoria Arcila Gómez, goza de la presunción de haber sido dictada conforme a Derecho, por una parte; y, por otra, no requiere de exequatur para surtir efectos civiles, en virtud de lo dispuesto en las normas mencionadas, por lo que no resulta aplicable al respecto el Capítulo I del Título XXXVI del Código de Procedimiento Civil, que regula lo relativo al exequatur de sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas por autoridades judiciales extranjeras.

Decisión

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

RECHAZAR la solicitud de exequatur presentada por CLAUDIA VICTORIA ARCILA GOMEZ, respecto de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 1990 por el Tribunal Eclesiástico de Miami, revisada y con-

firmada por el Tribunal Eclesiástico de Pittsburgh el 5 de diciembre del mismo año, mediante la cual se decretó la nulidad del matrimonio por ella celebrado con JUAN PABLO ECHEVERRY CORREA el 18 de marzo de 1983, en la Catedral de Manizales.

Devuélvanse los anexos sin necesidad de desglose (art. 85. C. de P.C.).

Notifíquese

Pedro Lafont Pianetta

*AMPARO DE POBREZA

No hay lugar a proveer sobre la solicitud de amparo cuando, por sus defectos, el libelo introductorio deba ser rechazado.

F. F.: C de P.C. Art.: 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167 ibídem. Ext. 141.

*PRECLUSIÓN/RECURSO-Oportunidad/REVISIÓN-Oportunidad

1). Uno de los principios fundamentales, es el de la preclusión, en virtud del cual los actos procesales de las partes han de ser realizados dentro de los precisos términos señalados por la ley, so pena de que resulten privados de eficacia, principio éste que tiene particular aplicación en cuanto a la oportunidad en que han de ser interpuestos los recursos.

2). Preclusión de la oportunidad para interponer el recurso de revisión.
F. F.: C. de P.C. Art.: 381.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.— Santafé de Bogotá D. C., agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 5154. Auto No. 275

Proveé la Corte en relación con la solicitud de amparo de pobreza y la demanda presentada por MARIA VICTORIA CAMPOS VALERO y GUSTAVO GONZALEZ CUBEROS, como herederos de JUAN DAVID GONZALEZ, mediante la cual se interpuso por éstos el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá —Sala Civil—, el 13 de febrero

de 1984, en el proceso de expropiación iniciado por el IDU contra JUAN DAVID GONZALEZ.

I. Antecedentes

1. María Victoria Campos Valero y Gustavo González Cuberos, como herederos de Juan David González, por conducto de apoderado interpusieron el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá —Sala Civil—, el 13 de febrero de 1984, en el proceso de expropiación iniciado por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), contra Juan David González, para lo cual invocan como causales las establecidas por los numerales 6o. y 7o. del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

2. Así mismo, en memorial que obra a folio 72 de este cuaderno, el apoderado de los recurrentes, por específicas instrucciones de éstos, solicita amparo de pobreza y para el efecto afirma, bajo la gravedad del juramento que sus poderdantes no se encuentran en condiciones económicas para atender los gastos que implica el trámite de este recurso extraordinario de revisión, sin menoscabo de lo necesario para atender a su propia subsistencia y la de sus familias.

3. La Secretaría de la Sala de Casación Civil, en informe de 23 de agosto de 1994 (fl. 80 de este cuaderno), manifiesta que María Victoria Campos y Gustavo González Cuberos interpusieron con anterioridad recurso de revisión contra la sentencia ahora impugnada, en demanda que, en copias obra a folios 81 a 88 y que fue rechazada por el señor magistrado ponente, en auto cuya copia se anexa (fl. 90, de este cuaderno).

Consideraciones

1. Con el propósito de facilitar a quienes por su estado de pobreza así lo requieren el acceso a la administración de justicia, el Código de Procedimiento Civil estableció y reguló de manera específica la institución del "amparo de pobreza" en sus artículos 166 a 167 y dispuso que, cuando la solicitud pertinente se presente junto con la demanda, sobre ella se resuelva en el auto admisorio de aquélla (art. 162).

2. En ese orden de ideas, se observa por la Sala que la solicitud formulada por María Victoria Campos y Gustavo González Cuberos para que se les

conceda el amparo de pobreza en el trámite de este recurso extraordinario de revisión, habrá de ser acogida, como quiera que en los memoriales que obran a folios 1 a 2 y 3 a 4 de este cuaderno facultaron expresamente a su apoderado para impetrar el amparo mencionado y, por cuanto en el memorial que obra a folio 72 de este cuaderno, se afirma bajo la gravedad del juramento que los recurrentes carecen de la capacidad económica para atender los gastos que implica el trámite de este recurso extraordinario de revisión, sin menoscabo de lo necesario para atender los gastos que demanda su sostenimiento y el de sus familias, requisitos éstos que, conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del Código de Procedimiento Civil son suficientes para que se acoja la petición mencionada. Sin embargo, el artículo 162 del mismo Código establece que solo hay lugar a resolver una solicitud de amparo presentado conjuntamente con la demanda, cuando quiera que ella se objeto de admisión o sea admisible lo que, a su turno, indica que no hay lugar a proveer sobre la solicitud de amparo cuando, por sus defectos, el libelo introductorio deba ser rechazado.

3. Uno de los principios fundamentales que informan el Código de Procedimiento Civil vigente, es el de la preclusión, en virtud del cual los actos procesales de las partes han de ser realizados dentro de los precisos términos señalados por la ley, so pena de que resulten privados de eficacia, principio éste que tiene particular aplicación en cuanto a la oportunidad en que han de ser interpuestos los recursos con los cuales se combatan las providencias judiciales por los litigantes.

4. En desarrollo de lo dicho, en cuanto hace al recurso extraordinario de revisión, el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa que, cuando el recurrente invoque para proponerlo alguna de las causales consagradas en los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo 380 del mismo Código, ha de interponerlo "dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia" y que, cuando se invoca la séptima de las causales de revisión, "los dos años 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", los que empezarán a correr a partir de la fecha en que la sentencia se inscriba en un registro público, cuando a ello hubiere lugar.

5. En el caso de autos, independientemente de que el recurso ya hubiere sido formulado contra la misma sentencia y por los mismos recurrentes, con variación respecto de una de las causales alegadas, se observa por la Corte que la demanda de revisión a que se refiere esta

providencia ha de rechazarse, sin más trámite, por cuanto aparece de bulto que precluyó la oportunidad para la interposición de este recurso extraordinario, ya que la sentencia impugnada, al decir de los recurrentes, fue proferida el 13 de febrero, de 1984 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de una parte; y, de otra parte, por cuanto la sentencia recurrida, conforme a la copia de la misma que obra a folios 29 a 31 de este cuaderno fue confirmatoria de la del primer grado, de 26 de mayo de 1983, en la cual, además de decretar la expropiación del inmueble objeto del litigio se ordenó la cancelación de todos los gravámenes que para entonces pesaran sobre el mismo y el registro del fallo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, lo que pone a las claras la extemporaneidad del recurso de revisión ahora interpuesto contra la sentencia impugnada.

Luego, siendo así las cosas, la Sala, conforme con lo arriba expuesto, no encuentra que haya lugar a pronunciarse sobre la solicitud de amparo.

Decisión

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

Recházase la demanda presentada por MARIA VICTORIA CAMPOS VALERO y GUSTAVO GONZALEZ CUBEROS, como herederos de JUAN DAVID GONZALEZ (fls. 73 a 79 de este cuaderno), contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá —Sala Civil—, el 13 de febrero de 1984, en el proceso de expropiación iniciado por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO contra JUAN DAVID GONZALEZ.

En consecuencia, por lo expuesto en la parte motiva no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre el amparo de pobreza solicitado por MARIA VICTORIA CAMPOS VALERO y GUSTAVO GONZALEZ CUBEROS.

Devuélvanse los anexos, sin necesidad de desglose (art. 85, C.P.C.).

Notifíquese

Pedro Lafont Pianetta

NULIDAD PROCESAL

Eventos en los cuales resulta improcedente un ataque contra un fallo definitivo, susceptible del recurso de casación, en tratándose de la causal quinta.
F. F.: D. de P.C. Art. 368 Numral.: 2; Art.: 140

PRINCIPIO DE LA TRASCENDENCIA / NULIDAD PROCESAL- Legitimación / PRINCIPIO DE LA CONVALIDACION / LEALTAD PROCESAL / LITISCONSORCIO FACULTATIVO

1). Según el principio de la trascendencia, quiénes están legitimados para alegar la nulidad procesal. Quiénes carecen de ella.

2). En qué consiste el principio de la convalidación. Finalidad del principio de la lealtad procesal.

3). Un litisconsorte voluntario no está legitimado para deducir la nulidad total o parcial de un procedimiento apoyándose en la presunta indefensión de quienes fueron, o debieron ser, sus otros litisconsortes.
Igual sentido: G.J. Tomo CLXXX, pág. 193
F.F.: C. de P. C. Art.: 143

LEGITIMACION EN LA CAUSA / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Legitimación / LEGITIMO CONTRADICTOR / PROCESO DECLARATIVO / LITISCONSORCIO FACULTATIVO

1). Legitimación activa en causa de la acción investigativa de la paternidad extramatrimonial la tienen los presuntos hijos, como

legítimos contradictores que son en las causas de filiación legítima o natural, y la legitimación pasiva le corresponde, en primer término al padre en vida en la condición de legítimo contradictor; y muerto el padre, la tienen los herederos abintestato o testamentarios.

2). En los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario. El litisconsorcio que entonces se forma entre los herederos demandados es meramente voluntario.
Igual sentido: G.J. Tomos LIX, pág. 593; CSXXXII-CXIV, pág. 239, y CXLII, pág. 52, reiterada en casación civil de 6 de septiembre de 1975, no publicada.
F.F.: C.C. Art.: 403, 1008, 1011, 1155 Ibídem; LEY Num.: 45 Año: 1936 Art.: 7; LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 10.

PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LOS HECHOS / TRIBUNAL DE CASACION / JUZGADOR DE INSTANCIA / AUTONOMIA DEL JUZGADOR

1). En qué consiste el principio de la intangibilidad de los hechos.

2). Poder restringido de la Corte en cuanto se desempeña como tribunal de casación y por lo que a los juicios de hecho realizados por los juzgadores de instancia concierne.

3). Presunción de acierto de las sentencias de instancia que suben a la Corte.

4). Limitación á la autonomía del tribunal en la apreciación de las pruebas.
Igual sentido: G.J. Tomo CLXXIII, pág. 67; G.J. Tomo CIX, pág. 102, y CXI, pág. 172; G.J. tomo CII, pág. 85.

CASACION - Carga Procesal / ERROR DE HECHO

Carga procesal del recurrente en tratándose del yerro fáctico. Este, ha de ser evidente, y esa evidencia no se da cuando la interpretación del Tribunal no es ilógica ni arbitraria.
Igual sentido: G.J. Tomo CXXXIX, pág. 130.

EXCEPCIÓN / EXCEPTIO PLURIUM CONSTUPRATORUM / RELACIONES SEXUALES

Para que se configure la excepción denominada pluralidad de concúbitos, debe demostrarse con certeza esa pluralidad de relaciones sexuales con hombre u hombres diferentes del supuesto padre por la época en que se presume que ocurrió legalmente la concepción del hijo.
Igual sentido: Cas. Civ. del 22 de septiembre de 1972, Tomo CXLIII, pág. 170; S-155 del 23 de julio de 1986, aún sin publicar; Casación Civil del 19 de noviembre de 1976, Tomo CLII, pág. 514; s-155 del 23 de julio de 1986, aún sin publicar; G.J. Tomo CLXXXIV, pág. 147.

DICTAMEN PERICIAL / PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLOGICA

1). La peritación antropoheredobiológica, no constituye motivo del cual, por sí solo, pueda inferirse necesariamente la paternidad extramatrimonial, sino que se requiere de otros elementos persuasivos que conduzcan a establecer cuándo se produjo el trato carnal entre hombre y mujer.

2). La ausencia de pruebas de esa clase, en tratándose de procesos de filiación, no permite sostener que sea violatoria de la ley, por error de hecho originado en la suposición de prueba.
Igual sentido: Casación noviembre 24 de 1987; sentencia de 4 de diciembre de 1990.

F. F.: C. C. Art.: 92; LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 7.

Corte suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá D. C. 1o. de septiembre de 1994.

Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Ref: Expediente No. 4069 Sentencia No. 107

Se deciden por la Corte los recursos de casación interpuestos por los demandados contra la sentencia de fecha nueve (9) de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia en el proceso ordinario de filiación seguido por el menor JORGE IVAN FORONDA HERRERA contra NORA ALBA GALEANO MONCADA, SANDRA MILENA y LUZ ENID SIERRA GALEANO, ANA MILENA y JORGE ANDRES SIERRA CANO.

I. El Litigio:

1. Mediante escrito presentado el dieciocho (18) de septiembre de 1990 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia), María Lourdes Foronda Herrera en representación de su menor hijo JORGE IVAN FORONDA HERRERA, solicitó que con citación y audiencia de quienes "representan la sucesión intestada del señor JORGE IVAN SIERRA ALVAREZ, esto es sus hijos matrimoniales SANDRA MILENA y LUZ ENID SIERRA GALEANO, la primera representada por su madre NORA ALBA GALEANO MONCADA y la segunda quien obra a nombre propio por ser mayor de edad, y asímismo con intervención previa citación y audiencia de los hijos extramatrimoniales ANA MILENA Y JORGE ANDRES SIERRA CANO, representados por su señora madre Gloria Rocío Cano", previos los trámites del proceso ordinario se declare que Jorge IVAN FORONDA HERRERA es hijo extramatrimonial o natural de JORGE IVAN SIERRA ALVAREZ fallecido en Anserma, Caldas, el 13 de junio de 1990, y que en consecuencia está llamado a heredarlo en igualdad de condiciones con los demás hijos matrimoniales y extramatrimoniales reconocidos; que se oficie a la Notaría de Ciudad Bolívar (Antioquia) a fin de que se tome nota del fallo en el registro civil del actor; y, en fin, que en caso de oposición se condene en costas a la parte demandada.

2. En apoyo de los anteriores pedimentos el libelo inicial trae los hechos que a continuación se compendian: JORGE IVAN FORONDA HERRERA

nació en el Municipio de Bolívar (Antioquia) el catorce (14) de junio de 1990 fruto de las relaciones sexuales extramatrimoniales sostenidas entre el catorce (14) de agosto y el catorce (14) de diciembre de 1989 por María Lourdes Foronda Herrera, quien durante ese lapso no tuvo relaciones con ningún otro hombre, y JORGE IVAN SIERRA ALVAREZ quien falleció en el Municipio de Anserma el trece (13) de junio de 1990, habiendo dado, durante el embarazo, trato familiar, personal y social a la madre del actor y reconocido como hijo suyo al que estaba por nacer. El causante había contraído matrimonio con Nora Alba Galeano Moncada el quince (15) de diciembre de 1969), formando así la correspondiente sociedad conyugal que fue disuelta y liquidada mediante escritura 285 del 30 de septiembre de 1983 de Salgar. De dicha unión nacieron SANDRA MILENA y LUZ ENID SIERRA GALEANO quienes, además de ANA MILENA y JORGE ANDRES SIERRA CANO reconocidos como hijos extramatrimoniales del causante, representan la sucesión de JORGE IVAN SIERRA ALVAREZ.

3. En su oportuna contestación a la demanda, por separado tanto los demandados ANA MILENA y JORGE ANDRES SIERRA CANO, como SANDRA MILENA y LUZ ENID SIERRA GALEANO, se opusieron a las pretensiones en dicho libelo deducidas por cuanto afirman que la madre del actor, por la época de la concepción de este, sostuvo relaciones sexuales con otro hombre distinto a quien es señalado como su progenitor.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas solicitadas por las partes se prosiguió el trámite de la primera instancia del proceso a la cual, el Juzgado del conocimiento que lo fue el Promiscuo de Familia de Ciudad Bolívar (Antioquia), le puso fin con su sentencia de 13 de marzo de 1992, providencia esta en cuya virtud declaró no probada la excepción propuesta por los dos grupos de demandados y estimó las pretensiones invocadas en el libelo demandatario; en consecuencia, declaró que el menor JORGE IVAN FORONDA HERRERA es hijo extramatrimonial de JORGE IVAN SIERRA ALVAREZ y por lo tanto está llamado a heredera en igualdad de condiciones con los demás hijos matrimoniales y extramatrimoniales reconocidos del causante, ordenando igualmente las pertinentes correcciones en el registro civil del menor demandante e imponiéndose la obligación de pagar costas a la parte demandada.

5. No conformes con lo así resuelto, los apoderados de ambos grupos de demandados, en conjunto, interpusieron contra la sentencia recurso de

apelación que, concedido, llevó el presente proceso al conocimiento de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, que, luego de rituar el trámite correspondiente, profirió su fallo de nueve (9) de julio de 1992 mediante el cual confirmó enteramente el apelado e impuso a los recurrentes las costas de la Instancia que deberán sufragar por partes iguales.

II. Los fundamentos del fallo de segunda instancia:

Luego de resumir los antecedentes procesales y de hacer un rápido recuento del proceso de implantación en el país del sistema de investigación judicial de la filiación extramatrimonial, se refiere a espacio el Tribunal a la presunción de paternidad fundada en las relaciones sexuales ocurridas durante el lapso legal en que se presume aconteció la concepción y sobre las bases conceptuales así sentadas, pasa a analizar las pruebas, todas testimoniales, que obran en el proceso, resumiendo una a una las declaraciones de Eduardo Ortiz Bolívar, Humberto de Jesús Ruiz Cadavid, Humberto Sierra Alvarez, Beatriz Eugenia Vélez Sánchez, Fabio de Jesús Sierra Alvarez, Rubén Darío Giraldo Castro, María Dolores Ramírez Moncada, Ramón Antonio Londoño Pérez y Blanca Dolly (sic) Cañola Hernández, señalando, en primer lugar, que estos dos últimos son los únicos que en su concepto merecen destacarse de los testimonios recepcionados a solicitud de los demandados, por cuanto estima que en ellos "se trata de edificar la defensa", y, en segundo lugar, que la afirmación de Londoño Pérez sobre haber visto a María Lourdes con otros hombres con quien tuvo un hijo "no resiste en (sic) menor análisis si se confronta con la prueba ya reseñada, conforme con la cual JORGE IVAN SIERRA y María Lourdes Foronda vivían bajo un mismo techo, para el año de 1989". En cuanto al testimonio de Blanca Dolly (sic) Cañola Hernández, es "en extremo dubitativo y si se compara con los testimonios arrimados por la parte demandante, resulta huérfano de credibilidad".

En consecuencia, estima la Sala sentenciadora que la providencia apelada debe recibir confirmación integral, puesto que "acreditado quedó (...) que entre JORGE IVAN SIERRA ALVAREZ y María Lourdes Foronda Herrera existieron relaciones sexuales en la época en que se presume la concepción del infante JORGE IVAN FORONDA HERRERA; que esas relaciones fueron, aunque ya no la exige la ley, estables, notorias y transcurrieron durante larga convivencia de los concubinos. Además el trato dado

por el presunto padre a la madre durante el embarazo es ciertamente indicativo de la paternidad".

III. Las demandas de casación y consideraciones de la corte

Presentaron demanda de casación por separado ANA MILENA y JORGE ANDRES SIERRA CANO así como SANDRA MILENA y LUZ ENID SIERRA GALEANO, demandas que, salvo la mención final de la ausencia de la prueba de tipo biológico que contiene la segunda, son idénticas en su contenido, por lo que deben estudiarse en conjunto los dos cargos que cada una propone, el primero acogiéndose a la causal quinta de casación que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el segundo a la primera de dichas causales.

Cargo primero en las dos demandas:

Invocando la causal contenida en el numeral 5o. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusan los demandados la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia "de haberse dictado no obstante hallarse el proceso afectado de nulidad al incurrirse en la causal de nulidad consagrada en el artículo 140-9 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de haberse omitido el emplazamiento de los herederos indeterminados del señor JORGE IVAN SIERRA".

Sostienen las censuras un estudio que en este proceso únicamente se dirigió la demanda contra los herederos determinados reconocidos en el proceso de sucesión, pero no contra los indeterminados como, según dicen, los dispone "perentoriamente" el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, incurriendo por ende en la causal de nulidad citada; vicio que "pese a no indicarlo expresamente la ley" es insubsanable, afirmándose que aunque lo fuera, nadie estaría legitimado para alegarla "ni siquiera otra u otras personas que se sintieran aludidas por dicho emplazamiento, pues siempre, tratándose de emplazados indeterminados, teóricamente podrán existir más", por lo que se agrega que en este entendido ha de considerarse que son intereses de carácter universal o general los que se pretende tutelar con el emplazamiento por edicto dirigido a todas las personas indeterminadas. Asimismo, aunque el numeral 3 del artículo 143 del Código de Procedimiento civil advierte que la nulidad por falta de emplazamiento en legal forma sólo podrá alegarse por la persona afectada, debe entenderse

que hace referencia al emplazamiento de persona determinada, no al emplazamiento de las indeterminadas, pues en esta especie de actos procesales se encuentra de por medio el orden público y el interés social.

Finalmente se sostiene en los escritos en cuestión que "una cosa es que en el evento narrado la nulidad solo pueda ser alegada por la parte indebidamente emplazada, y otra cosa que el juez esté obligado a declararla de oficio (...) lo que tampoco ha sucedido en este caso, siendo evidente que el ad quem debió proceder a declarar la nulidad claramente advertida"

Se considera:

1. Ante las impugnaciones que se dejan reseñadas, resulta indispensable insistir en que el motivo quinto de casación consiste en haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil siempre que no se haya saneado, de manera que resulta del todo improcedente un ataque contra un fallo definitivo, susceptible de aquél recurso, basado en dicho motivo, si las irregularidades invocadas como determinantes de la invalidez no existen, si existiendo no están contempladas taxativamente dentro de las nulidades que enumera el referido artículo, o si estándolo y siendo por esencia saneables, no son alegadas o han sido convalidadas expresa o tácitamente por la parte afectada con ellas. Al respecto ha dicho la Corte: "... el Código, siguiendo la orientación trazada por sus redactores en el sentido de restringir en lo posible los motivos de nulidad, en sus artículos 154, 155 y 156 —actualmente 142, 143 y 144 de acuerdo con la nueva numeración introducida por el artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989— no solo consignó reglas acerca de la oportunidad y legitimación para alegarlos sino que estableció, además, todo un sistema de saneamiento tácito; de tal suerte que las nulidades procesales no se pueden alegar por cualquier persona ni en el momento que le provoque. Por lo que toca a la legitimación para alegar un motivo de nulidad, si se tiene en cuenta el principio de la trascendencia, se puede sentar como regla general la de que está legitimado para alegar una nulidad procesal quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos. Con todo, carecen de legitimación: a) Quienes hayan dado lugar al hecho que lo origina. b) Quienes tuvieron la oportunidad de proponerla como excepción previa. c) La nulidad por indebida representación o emplazamiento en forma legal, sólo puede alegarla la persona afectada. d) Las nulidades a que se refieren los numerales 5, 6, 6, 8 y 9 del artículo

152 del Código de Procedimiento Civil no pueden invocarlas quienes hayan actuado en el proceso sin alegarlas. En lo que concierne al saneamiento, el artículo 156 establece que se considera saneada la nulidad cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente, es decir, tan pronto como pudo actuar en el proceso y tener conocimiento de ella, de tal modo que si posteriormente la alega, el juez debe rechazarla de plano...". Y líneas adelante recalca que se trata por consiguiente de un conjunto de restricciones que constituyen clara aplicación"... de los principios de la convalidación y de la lealtad procesal, pues, según el primero, dado el carácter dispositivo del proceso civil, a las partes les es permitida la ratificación expresa o tácita de las actuaciones irregulares cuando sólo las afecten a ellas; y en virtud del segundo, se busca impedir la maniobra desleal de alegarlas solamente si el proceso en su marcha se presenta desfavorablemente a esa parte...". (G.J. Tomo CLXXX, pág. 193).

En este orden de ideas y al tenor de los primeros incisos del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, uno de los requisitos que han de reunirse para que en términos de ley proceda una declaración judicial de nulidad del tipo de la que hoy reclaman los aquí recurrentes en casación, es el atinente a la legitimación de quien la invoca: en consecuencia, únicamente la persona en cuyo interés haya sido establecida la citación omitida o defectuosamente practicada, podrá articular la petición correspondiente para que dicho pronunciamiento invalidativo se produzca, habida cuenta que como bien lo enseña la doctrina, "... si la formalidad omitida o el acto incumplido se había establecido como protección especial de una de las partes, la nulidad no puede ser argüida por aquella a quien no alcanza tal protección..." pues aceptar cosa distinta, afirma el mismo expositor, "... es incentivar las argucias legales y la mala fe procesal..." (Mortara. Manual, Tomo I, pág. 90), de donde se desprende, entonces, que un litisconsorte voluntario no está legitimado para deducir la nulidad total o parcial de un procedimiento apoyándose en la presunta indefensión de quienes fueron, o debieron ser, sus otros litisconsortes. No lo autorizan aquellos preceptos y, particularmente, el que dice que la irregularidad consistente en la falta de notificación o emplazamiento en legal forma, "... sólo podrá alegarse por la persona afectada ...".

2. Presupuesto indispensable para que pueda adelantarse eficazmente un proceso de filiación extramatrimonial, es el que atañe a la legitimación de quienes lo sostienen, y por ello ha reiterado de tiempo atrás

la doctrina jurisprudencial que "...la legitimación activa en causa de esta acción investigativa de la paternidad la tienen los presuntos hijos, como legítimos contradictores que son en las causas de filiación legítima o natural, y la legitimación pasiva le corresponde, en primer termino, al padre en vida en la condición de legítimo contradictor que le confieren los artículos 403 del C. Civil y 7o de la Ley 45 de 1936; y muerto el padre, la tienen los herederos abintestado o testamentarios, a quienes pasan todos los derechos y obligaciones transmisibles como continuadores de la persona del causante en su condición de representantes de él (Arts. 1008, 1011, 1155 del C.C.). La legitimación de parte del hijo natural y del heredero o herederos del pretenso padre natural es la que hace que la relación jurídico-procesal en esta acción de estado no se pueda trabar sino entre ellos, quienes, por los mismo, deben sostenerla hasta su culminación con la sentencia que ponga fin a la litis" (G.J. Tomo CXV, pág. 110).

Sostiénese así que, acogiendo las orientaciones dadas por la Corte, el citado artículo 10 de la Ley 75 de 1968 establece con la suficiente claridad: a) Que muerto el presunto padre, la acción de investigación de paternidad natural puede adelantarse contra los herederos y el cónyuge sobreviviente; b) Que cuando el fallecido es el hijo, dicha acción corresponde a sus descendientes legítimos y a sus ascendientes; y en fin, c) Que la sentencia estimatoria de estas acciones no producirá efectos patrimoniales sino a favor y en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción, disposición esta última de la cual se sigue entre otras cosas de no menor importancia, que pueden ser convocados al respectivo proceso todos o parte de los herederos, caso en el cual la dicha sentencia les será inoponible a los que no fueron citados.

Pues bien, tomando pie en el aludido texto legal y en la consistente doctrina que lo inspira, tiene dicho la Corte que en los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario por virtud del cual sea forzoso, además de incluirlos a todos en la demanda introductoria de la causa, decidir sobre su mérito en forma uniforme para el conjunto, esto por cuanto en eventos de se linaje no se trata por principio de hacer valer el carácter de indivisible que del estado civil es predicable, "...sino de oponer ese estado a dichos herederos

supuesto en el cual se lo puede probar frente a uno o varios de los mismos causahabientes. El litisconsorcio que entonces se forma entre los herederos demandados --prosigue la Corte— es meramente voluntario y trae por tanto las consecuencias de que se puede producir sentencia de fondo frente a esos demandados y de que el fallo no afecta sino a quienes fueron llamados a la litis..." (G.J. Tomos LIX, pág. 593, CXXXII-CXIV, pág. 239, y CLII, pág. 52, reiterada en Casación Civil de 6 de septiembre de 1975, no publicada).

3. Frente a los cargos que se plantean, la Corte encuentra que la demanda de filiación que se estudia ha sido dirigida contra la cónyuge del presunto padre y los herederos reconocidos dentro del proceso de sucesión ya abierto, siguiendo los lineamientos de la Ley 75 de 1968. En efecto, los procesos de investigación de paternidad deben ser adelantados contra el cónyuge sobreviviente y los herederos sin que estos conformen un litisconsorcio necesario que haga obligatorio dirigir la demanda contra todos sin excepción, pues se ha entendido, valga repetirlo, que no se trata de hacer valer un estado civil, que de por sí tiene efecto frente a todos, sino de oponer tal estado a los sucesores y al cónyuge citados del declarado padre extramatrimonial, protegiendo con ello a los herederos que accidental o deliberadamente fueran omitidos por el demandante al plantear sus pretensiones. Teniendo en cuenta esto último y conjugándolo con los principios recordados al comienzo de estas consideraciones, es que no puede decirse que frente a este tipo de asuntos la citación a los herederos indeterminados; cuando los hay determinados y contra ellos se dirigió la demanda, constituya una excepción al sistema adoptado por el artículo 143 en materia de interés para alegar nulidad procesal por falta de notificación o emplazamiento, lo cual quiere decir que sólo el heredero sobreviniente afectado con la falta de notificación aludida podrá alegar el vicio procesal existente, conclusión que equivale a afirmar que en el caso presente los frecuentes en casación carecen de legitimación para alegar la nulidad en cuestión; no son ellos quienes podrían encontrarse en posición de invocar interés jurídico en que se declare, pues desde un comienzo fueron citados y concurrieron al proceso, luego es evidente que no pueden catalogarse por ningún motivo como herederos afectados por la "... indefensión..." que los cargos denuncian.

Teniendo en cuenta lo anterior, estos últimos deben ser desestimados por infundados.

Cargo segundo en las dos demandas:

Se acusa en ambos la sentencia impugnada de quebrantar, por aplicación indebida, los artículos 1 de la Ley 45 de 1936, 6o., ordinales 4o. y 5o. de la Ley 75 de 1968, y en la segunda se agrega por falta de aplicación del artículo 7o. de la Ley 75 de 1968, todo ello como consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Explican la censura señalando que los medios de prueba "acogidos en la sentencia impugnada afirman la existencia de la convivencia, bajo un mismo techo, durante un período de tiempo, de María Lourdes Foronda Herrera y JORGE IVAN SIERRA ALVAREZ. Esa concordancia no coincide con los hechos expresados en la demanda, en los cuales no se alude a cohabitación alguna".

Estima el recurrente que, además, el Tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones rendidas por José Domingo Bedoya Ramírez, Ramón Antonio Londoño y Blanca Doris Cañola de Molina, respecto de las relaciones que María Lourdes sostenía con Ruperto Restrepo por la época en que pudo haber ocurrido la concepción de JORGE IVAN FORONDA HERRERA; al efecto reseña lo que sobre el particular dijo cada uno de estos testigos, precisando que José Domingo Ramírez se refirió a que ellos viajaban juntos y por lo tanto estima que "es evidente que viajar del municipio de Bolívar al municipio de Quibdó con su antiguo amante y padre de uno de sus hijos razonablemente da lugar a presumir que las relaciones sexuales entre ambos continuaban, así María Lourdes cohabitara con Jorge Iván Sierra"; declaración que considera reforzada por los dichos de Ramón Antonio Londoño alusivos a los viajes a Quibdó que realizaban juntos Ruperto Restrepo y María Lourdes Foronda en 1989.

Con relación a la declaración de Blanca Doris Cañola de Molina sobre las relaciones entre Ruperto y María Lourdes Foronda "por ahí en mitad del año de 1989, más o menos ..." consideran las censuras que coinciden con lo explicado por los testigos citados anteriormente y rechazan las apreciaciones del Tribunal respecto de esta deponente por cuanto, según dicen, "si se analiza debidamente, se encuentra que tal contradicción no existe pues la declarante posteriormente aclara su respuesta, explicando además, como importante punto de referencia, la razón por la cual la recordaba".

De lo anterior concluyen los impugnantes que también quedaba probado –además de las relaciones con JORGE IVAN SIERRA- que, por la época de la concepción del menor JORGE IVAN FORONDA HERRERA, María Lourdes Foronda sostuvo relaciones con su antiguo amante y padre de uno de sus hijos, lo que siembra la duda notable..." sobre la paternidad de JORGE IVAN SIERRA.

Se agrega finalmente, en la demanda de los hermanos Sierra Galeano, que "la duda se fortalece, además, con la falta del examen y del dictamen ordenado en el artículo 7o. de la Ley 75 de 1968 (...) es decir no hay prueba de su compatibilidad heredeobiológica por lo que quedaría la indudable e indiscutible posibilidad de que judicialmente se declarara una paternidad que científicamente habría que excluir", con lo que opina el censor que el *ad quem* incurrió en yerro de facto, "al declarar la filiación deprecada, sin prueba alguna" de origen científico.

Así, pues "pese a que la prueba acogida por el *ad quem* se refiere también a supuestos gastos y trato que dio JORGE IVAN SIERRA a María Lourdes Foronda por la época de su embarazo, es evidente que tal circunstancia como indicativa de la filiación alegada no se habría dado si el señor SIERRA hubiera sabido que por la época en que pudo ocurrir la concepción aquella mantenía relaciones sexuales con su antiguo amante Ruperto Restrepo, y en parte alguna del proceso se encuentra prueba de dicho conocimiento, de lo que no cayó en cuenta el Tribunal de Antioquia, incurriendo en otro error en la apreciación de la prueba".

Se considera:

1. Frente a impugnaciones con el contenido que acaba de reseñarse y aún cuando parezca necia repetición de nociones elementales suficientemente sabida, menester es reiterar una vez más que, tratándose del recurso de casación por violación de la ley, de la entidad misma de este instituto forma parte el principio de la intangibilidad de los hechos, entendido como elemento delimitante del campo posible de argumentación eficaz en este ámbito, ello en estrecha consonancia desde luego con la que se ha convenido en denominar "...finalidad nomofiláctica" de dicho recurso que el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil destaca al concebirlo como un instrumento destinado a procurar, en guarda del precepto constitucional que garantiza a todos los habitantes del territorio nacional tratamiento igualita-

rio ante la ley, uniformidad doctrinaria en la interpretación y aplicación judicial del Derecho objetivo en los distintos procesos. Dicho en otras palabras, la Corte en cuanto se desempeña como Tribunal de Casación y por lo que a los juicios de hecho realizados por los juzgadores de instancia concierne, cuenta apenas con poderes que de suyo son restringidos, habida consideración que es a esos organismos a los que "...ordinaria y normalmente..." (G.J. Tomo CLXXIII, pág. 67) les compete la función de analizar las pruebas en orden a fijar las bases fácticas de su decisión cometido este en cumplimiento del cual tienen entonces "...un margen incuestionable que queda dentro del fuero de conciencia que a ellos les concede el ordenamiento positivo..." (G.J. tomo XLV, pág. 431) y cuyo preciso alcance ha definido de como constante la jurisprudencia de esta corporación al señalar que "... la sentencia de instancia sube a la Corte amparada por la presunción de acierto; y que como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en el recurso de casación, mientras que por el impugnante no se demuestre que aquél, al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado en los autos o en infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y eficacia de los medios probatorios..." (G.J. Tomo CIX, pág. 102, y CXI, pág. 172, entre otras tantas).

Y si han de entenderse así las cosas, si el ejercicio de las facultades de los jueces de mérito en el terreno de las probanzas no es susceptible de control en sede de casación sino en los eventos específicos de errores de derecho o de hecho, "... bien porque desconocieran la índole del medio según la organización legal de las pruebas, o porque, sin rozar esta materia, no atinaran a ver lo que objetivamente y sin esfuerzo no escapa a la percepción del buen sentido..." (G.J. Tomo CII, pág. 75), resulta fuera de toda duda que al segundo inciso del numeral 1o. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, contra lo que inexplicablemente acontece con mucha frecuencia, no puede tomársele como una invitación a los litigantes para que con amplitud absoluta expongan sus críticas a las afirmaciones fácticas en cuestión, pues lo que bajo tal concepto terminaría por diriminse en últimas, no sería la legalidad de la sentencia impugnada sino la prevalencia del criterio valorativo del recurrente por encima del expuesto por el juez para justificar su decisión, y asimismo se llegaría, gracias a este anómalo sistema, a tener por erróneos juicios que, lejos de mostrarse como efecto directo de la infracción de las leyes reguladoras de la prueba o de intolerable descuido en la observación de la evidencia aducida, tan sólo aparecerían discrepantes con los esgrimidos por parte interesada en defensa de sus intere-

ses, cosa que en manera alguna es suficiente para determinar la infirmación de la providencia que contiene aquellas afirmaciones.

2. Sentadas, pues, las premisas conceptuales de tipo general que anteceden y ubicado el análisis en el campo del error de hecho en el que aquí se dice incurrió el fallador de instancia, obligado es concluir que al recurrente le incumbe individualizar uno a uno los medios que juzga mal apreciados y, además, mostrar el desacierto que al Tribunal le imputa, el cual "... debe aparecer de manera incontrovertible, cierta, que no deje resquicio alguno por donde pueda insinuarse un ápice de duda ..." (G.J. Tomo CXLVII, pág. 52) y que para que pueda asumir entidad en casación, ha de tener la virtud de poner al descubierto, mediante un simple cotejo objetivo de resultados y no de pareceres interpretativos más o menos aceptables, que las respectivas afirmaciones de hecho efectuadas en la sentencia adolecen de contraevidencia o degeneran en rotunda arbitrariedad por no haber visto pruebas que obran en los autos o por haber supuesto las que allí no existen, hipótesis que naturalmente pueden comprender también la tergiversación de material probatorio por adición o por cercenamiento. En consecuencia, si el Tribunal contempla este material en su conjunto como lo manda el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil y del modo en que se presenta, pero en ejercicio de la discreta autonomía de la que se halla investido le da un entendimiento que no repugna al texto de las correspondientes piezas procesales y, por lo tanto, tiene por demostrada una serie de hechos relevantes para la composición de la litis, es imposible que un desacierto de aquella estirpe pueda configurarse "... porque el yerro de esta clase —se repite— ha de ser evidente, y esa evidencia no se da cuando la interpretación del Tribunal no es ilógica ni arbitraria..." (G.J. Tomo CXXXIX, pág. 130).

En la especie que hoy ocupa la atención de la Corte, es cierto que la censura atendió el primero de los requisitos señalados en el párrafo precedente, toda vez que las demandas sustentatorias de los recursos en estudio identifican con precisión las pruebas cuya desfiguración condujo a imaginar, según su manera de ver las cosas, que no estaba demostrada la excepción de conducta disoluta de la madre que los recurrentes estiman conformada, pero verdad es igualmente que la segunda de tales exigencias no se cumple y por ello los cargos formulados están destinados al fracaso.

En efecto, respecto de las declaraciones rendidas por los testigos que la sentencia cita, es pertinente advertir que, contra lo que pretenden

hacer ver los casacionistas, el Tribunal Superior de Antioquia pesó y trajo a cuento todas y cada una de las fuentes de evidencia que el referido fallo indica en su larga y esmerada enumeración crítica de las probanzas de aquella naturaleza producidas durante el transcurso de la primera instancia, de suerte entonces que no es que las alterara de modo que parcialmente las haya pasado por alto o las desoyera en su contenido integral, sino que en la balanza en que las aludidas declaraciones se colocaron en el ánimo decisorio del fallador *ad quem*, optó este último por resolver en el sentido en que con mayor fuerza se inclinó esa balanza al encontrar, y así lo hizo constar en la parte expositiva de su providencia, que después de apreciar globalmente esas pruebas, quedaron establecidos una serie de actos susceptibles de producir la firme convicción de que el finado JORGE IVAN SIERRA ALVAREZ, por el tiempo en que se presume la concepción del actor, sostuvo relaciones extramatrimoniales con la madre de éste y que durante el embarazo le dio trato indicativo de paternidad, sin que, por el contrario, hubiera encontrado indubitable y plenamente demostrada la excepción deducida por la parte demandada, razón por la cual hay lugar a entender que la acción entablada no contiene una falsa atribución de paternidad extramatrimonial.

Se trata, en síntesis, de una situación por completo ajustada al artículo 187 del Código de Procedimiento Civil que, por sabido se tiene, le abrió ancho campo de acción al sistema de persuasión racional en lo que toca con la valoración de las pruebas en el proceso civil, luego en estas condiciones la Corte no puede entrar a sentar nuevas y distintas afirmaciones de hecho que sustituyan a las de instancia no obstante que estas no degeneran en ostensible contraevidencia, todo porque los demandados, ahora recurrentes en casación, al ensayar un nuevo análisis de la prueba testimonial de marras, terminan por no compartir el método empleado para el mismo fin por el Tribunal.

3. Pero además de lo anterior que de suyo representa razón suficiente para que se configure la excepción denominada de pluralidad de concúbitos (plurium constupratorum), debe demostrarse con certeza esa pluralidad de relaciones sexuales de la mujer con hombre u hombres diferentes del supuesto padre por la época en que se presume que ocurrió legalmente la concepción del hijo, factores que deben aparecer de modo fidedigno, es decir que la menor duda es suficiente para que el juzgador no pueda tenerla como demostrada, habida cuenta que en tales circunstancias debe prevalecer la presunción de honestidad de la madre y por lo tanto la

aludida defensa fracasa; sobre este preciso asunto la Corte ha dicho: "Más ayer como hoy, 'las relaciones de la misma índole con otro u otros hombres' de la mujer dentro del lapso en el que legalmente se presume la concepción para enervar la declaración de paternidad, es cuestión que debe quedar establecida en el proceso de modo fidedigno; si no sale del marco de lo dubitativo para ingresar al de la certeza, no tiene virtualidad para desnaturalizar la presunción de paternidad" (Casación Civil de 22 de septiembre de 1972, Tomo CXLIII, pág. 170; S-155 del 23 de julio de 1986, aún sin publicar). (G.J. CLXXXIV, pág. 147). "No basta, en consecuencia, para el efecto que los testigos afirmen que la madre tuvo relaciones 'más o menos' en tal lapso o que den fe de ellas porque alguien 'les contó de su ocurrencia' o porque las deducen del que aquella haya vivido en zona de tolerancia o atendido personalmente un establecimiento de cantina. Necesítase para reconocer la mentada excepción, que se demuestren en plenitud los hechos de los cuales el juez pueda llegar lógicamente al conocimiento de que el trato carnal ocurrió precisamente en la época en que la madre concibió y no en tiempo posterior o anterior. Es suficiente la menor duda en el punto, para que no le sea posible al fallador acceder al conocimiento de la excepción pluriturn constupratorum" (Casación Civil del 19 de noviembre de 1976, Tomo CLII, pág. 514; S-155 del 23 de julio de 1986, aún sin publicar). (G.J. Tomo CLXXXIV, pág. 147).

4. Por último y en cuanto a la referencia que se hace a la prueba científica de la filiación, se tiene que por no ser esta de carácter obligatorio no puede válidamente señalarse que el determinar judicialmente una filiación no matrimonial a pesar de su ausencia, constituya muestra de error de hecho imputable al juzgador por suposición de una prueba que, sin razón, se tiene como requisito indispensable para que un fallo de esa índole pueda producirse.

Con relación a la fuerza demostrativa de este dictamen de carácter científico, en un comienzo la jurisprudencia desde el 11 de julio de 1958, había dicho: "Si bien el resultado positivo del examen de grupos sanguíneos, no excluye la posibilidad de que una persona sea el padre de un niño, ello no puede resolverse en la tesis de que tal resultado sea prueba científica de la paternidad de aquella. Sin duda que lo científico de la prueba es, tan sólo, su carácter negativo o excluyente. Ella no sirve para acreditar, por sí misma, quién es el padre; (...) 'El indicio del resultado positivo es, de consiguiente, demasiado general, por sí solo; y su deducción como fuente de certeza, a base

de una cita fragmentaria y sin vincularlo adecuadamente a otros datos del proceso, equivale, en concepto de la Sala, a asignar al hecho sobre el que el indicio se sustenta, un valor probatorio que no tiene" (G.J. Tomo LXXXVIII, pág. 722), y más recientemente recordó: "Teniendo en cuenta el sentido del actual derecho positivo, que la peritación antropoheredobiológica, no constituye motivo del cual, por sí solo, pueda inferirse necesariamente la paternidad extramatrimonial, sino que se requiere de otros elementos persuasivos que conduzcan a establecer cuándo se produjo el trato carnal entre hombre y mujer, a fin de que quede establecido, en un caso como el sub lite, si éste tuvo lugar en el lapso que el artículo 92 del Código Civil, presume de derecho que debió producirse la concepción (Casación noviembre 24 de 1987), ya que, sin embargo de los avances científicos en el campo de la genética, lo que se desprende de un examen o grupo de exámenes como aquél de cuya apreciación se duele el censor, es una mera probabilidad" (Sentencia de 4 de diciembre de 199); no es, pues, esta pericia, en el nivel legislativo actual, plena prueba que por norma sea suficiente en un proceso de investigación de filiación extramatrimonial para que sólo con su presencia en el plenario, se tenga que dar por demostrada o no la paternidad o se puedan dejar sin valor las demás pruebas aducidas al proceso, sobreponiéndoles el resultado que ella arroja. Debe, pues, tenerse en cuenta que el examen de grupos sanguíneos y en general de otros caracteres genéticos, hecho directamente al presunto padre para cotejarlo con el de quien se dice hijo suyo, solamente constituye por sí un factor de probabilidad más o menos alta según las circunstancias y por lo tanto no implica ineludiblemente, en el común de los casos por lo menos, que entre tales dos personas haya en verdad un vínculo real de filiación, probabilidad ésta que sin duda alguna será menos concluyente en orden a demostrar la paternidad en los casos en que el presunto padre he fallecido y la prueba pericial de carácter hematológico a que viene aludiéndose debe realizarse examinando la sangre de sus ascendiente so descendientes, como sería en el caso que aquí es objeto de examen.

Precisamente en vista de la situación advertida es que esta clase de experticio científico fue consagrado por la Ley 75 de 1968 - -Artículo 7o.— como apoyo, en los procesos de filiación, para las demás pruebas recaudadas, en aquellos eventos en que hubiera sido pedido por las partes u ordenado por el juez "cuando fuere del caso", pero no le dio el carácter de obligatorio decreto en dichos procesos. Para el sistema legal en mención, esos estudios de carácter biológico no pueden llevar por principio e indiscriminadamente a la definitiva conclusión de que efectivamente el vínculo de filiación materia de

investigación existe entre el hijo y el presunto padre a quien la progenitura le es atribuida en la demanda, sino que apenas puede crear en el juzgador la disposición suficiente para hacer una inferencia indiciaria cuya fuerza no siempre es la misma, luego no es fatal e inexcusable su práctica y, de consiguiente, la ausencia de pruebas en ese linaje no permite sostener con seriedad que es violatoria de la ley, por error de hecho originado en la suposición de prueba, toda sentencia que determine aquél vínculo a pesar de no existir en el proceso correspondiente evidencia de origen científico que le sirva de respaldo.

Se rechazan, por ende, los cargos en segundo término propuestos por las demandas de casación presentadas.

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 nueve (9) de julio de 1992 y para ponerle fin en segunda instancia al proceso ordinario de la referencia, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

Las costas causadas en favor de la parte actora son de cargo de los demandados recurrentes en casación, por iguales partes y las agencias en derecho que se fijen le corresponden al apoderado que ante esta corporación llevó la representación de aquella. (Artículo 164 del Código de Procedimiento Civil).

Por secretaría efectúese la liquidación del caso.

Copíese, 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 y Rafael Romero Sierra.

*JUZGADOR DE INSTANCIA/TRIBUNAL DE CASACIÓN

1). Función del juzgador de instancia en torno a la cuestión fáctica y de la Corte Suprema de Justicia al conocer de ésta, en el recurso de casación.

2). Distinción entre las legislaciones donde impera el régimen en la cual se excluye por completo y de manera absoluta, la posibilidad de debatir siquiera cuestiones fácticas motivo de la controversia judicial, sea cual fuere la conclusión a que hubiere llegado el juzgador de instancia y otras legislaciones que, como la colombiana admiten que la falta de aplicación o aplicación indebida de las normas sustantivas puede ocasionarse por equivocación de juzgador de instancia en cuanto se refiere a los hechos debatidos en el proceso.
Igual sentido: Sentencia de 29 de agosto de 1985, G.J. Tomo CLXXX, No. 2419, 1985, Pág. 361.

*CASACIÓN-CARGA PROCESAL/VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL-VÍA INDIRECTA/ERROR DE HECHO Y DE DERECHO.

1). Carga procesal del recurrente en casación cuando opta por acusar la sentencia que combate por supuesta violación indirecta de normas de derecho sustancial por errores de hecho en la apreciación probatoria.

2). Gravedad y evidencia del yerro fáctico.

G.J. tomo LXXVIII, pág. 972.; G.J., tomo CXXIV, pág. 95; G.J., tomo CXCVI, No. 2435, 1989, pág. 137.

F. F.: C. de P.C. art.: 368 Numral.: 1; C. de P.C. Art.: 374 Numral.: 3.

3). Carga procesal del censor cuando aduce que la violación de las normas sustanciales ocurrió por haberse cometido error de derecho en la apreciación de las pruebas.

4). Eventos en que se puede predicar que el fallador ha cometido yerro de este linaje.
Igual sentido: G.J. tomo XCI, pág. 62; G.J. Tomo CXCII, No. 2431, 988, pág. 76 y 77

*PRETENSIÓN/HECHOS

Las pretensiones del demandante pueden ser atacadas por el demandado si este esgrime contra aquellas hechos nuevos de carácter impeditivo, modificatorio o extintivo del derecho material a que ella se refieren.

*PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLÓGICA/INDICIO

1. Competencia e Idoneidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para la práctica de la prueba antropoheredobiológica. Esa prueba indiciaria, la confia la ley a la inferencia del juzgador.

2. A qué se reduce la crítica en casación de la prueba indiciaria.
Igual sentido: G.J. Tomo LXXXVIII, No. 2198, pág. 176 y 177
F. F.: LEY Num.: 75 Año: 1968 Art. 7; LEY Num.: 21 Año 1979 Art.: Numral.: 15.

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

Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta

Referencia: Expediente No. 4363. Sentencia No. 108

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá —Sala de Familia—, el 7 de diciembre de 1992, en el proceso iniciado por MARIELA HERRERA ORTIZ en representación del menor Pedro Andrés Herrera, contra PEDRO ENRIQUE RINCON MORENO.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda que obra a folios 21 a 24 del cuaderno uno, Mariela Herrera Ortiz, en representación de su hijo menor Pedro Andrés Herrera, convocó a Pedro Enrique Rincón Moreno, para que surtida la tramitación de un proceso conforme a lo dispuesto por la ley 75 de 1968, se declarase por la jurisdicción que el demandado es el padre extramatrimonial del citado menor, y, en consecuencia, se ordene tomar nota de ello en el registro civil de nacimiento de éste.

2. Como fundamentos fácticos de las pretensiones, aduce la parte actora, en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. Mariela Herrera Ortiz y Pedro Enrique Rincón Moreno, quienes se conocieron en el año de 1972 en el establecimiento comercial denominado "Frutería Avenida 68, Barrio La Esmeralda de Bogotá", con frecuencia visitado por el demandado, vivieron en unión libre desde ese año y hasta el mes de julio de 1981, unión durante la cual procrearon al menor Pedro Andrés Herrera, nacido el 11 de enero de 1981.

2.2. El demandado, desde el nacimiento del menor Pedro Andrés Herrera se ha comportado como su padre, prodigándole atención y cuidados como tal, y, en la época del embarazo de la progenitora de aquel, sufragó los gastos médicos, de manutención y de clínica.

2.3. No obstante esa conducta, el demandado ha sido renuente a reconocer legalmente como hijo suyo al menor mencionado.

3. Notificado que fue el demandado del auto admisorio de la demanda y corrido que fue el traslado de ésta y sus anexos, le dió con-

testación como aparece a folios 31 a 33 del cuaderno uno, con oposición expresa a las pretensiones y negación de los hechos en que ellas se apoyan.

4. Cumplido el trámite procesal que le es propio, la primera instancia culminó con sentencia proferida el 14 de julio de 1992 por el Juzgado Sexto de Familia de Santafé de Bogotá, en la cual se acogieron las súplicas de la demanda.

5. Apelada la sentencia de primer grado por la parte vencida (fls. 118 y 119, C-1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá —Sala de Familia—, decidió ese recurso, mediante fallo pronunciado el 7 de diciembre de 1992 (fls. 17 a 25, C-2), en el cual confirmó lo resuelto por el a-quo, y adicionó la sentencia de este, en el sentido de señalar como cuota alimentaria a cargo del demandado y para el menor Pedro Andrés Herrera, una suma equivalente al 30% del salario mínimo legal y, disponer que la patria potestad sobre ese menor será ejercida únicamente por la madre.

6. Interpuesto entonces el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal (fl. 27, C-2), de su decisión se ocupa ahora la Corte.

II. La sentencia del tribunal

1. El tribunal, luego de sintetizar la posición de las partes en litigio y la actuación surtida en la primera instancia, expresa que, por estar reunidos los presupuestos procesales y no encontrar causal de invalidez procesal, ha de dictar sentencia de fondo.

2. A continuación, cita las normas contenidas en las leyes 45 de 1936 y 75 de 1968 sobre causales de investigación de la paternidad (arts. 4o. de aquella y 6o. de esta), para ocuparse acto seguido del análisis de las pruebas practicadas en este proceso.

3. En ese orden de ideas, transcribe apartes de la declaración testimonial de Rufina Narváez Avila y de Mélida Martínez Pastrana, la primera de las cuales afirma haber conocido la existencia de relaciones amorosas entre el demandado y Mariela Herrera por cuanto esta última vivió tempo-

ralmente en su casa; asevera haber sido amiga de la pareja y, en razón de ello, narra que acompañó a Pedro Enrique Rincón, al día siguiente de nacido el menor Pedro Andrés Herrera, a comprarle ropa y otros artículos que requería con urgencia, así como haber adelantado por su encargo las diligencias de hospitalización de Mariela Herrera para el parto y haber cancelado el valor de la cuenta de gastos clínicos, suma que posteriormente le reintegró el demandado. La otra declarante, a su turno aseveró según aparece en la sentencia impugnada, que encontró de visita y muy contento en la Clínica David Restrepo al señor Pedro Enrique Rincón Moreno, al día siguiente del nacimiento del menor mencionado.

Se escuchó igualmente en declaración al niño Pedro Andrés Herrera (10 años), quien se refiere al demandado como su padre y narra aspectos del comportamiento de este para con él.

Señala igualmente el tribunal, que de las declaraciones anteriormente aludidas y del resultado de la práctica de la prueba antropoheredobiológica que indica que la paternidad atribuída al demandado respecto a Pedro Andrés Herrera es probable porque tiene caracteres genéticos comunes que la hacen "compatible", puede concluírse que existe mérito probatorio para declarar la filiación impetrada en la demanda.

A ello, ha de agregarse que el demandado no probó imposibilidad física para engendrar a ese menor, ni tampoco que la madre de éste hubiese sostenido por la época en que fue concebido relaciones sexuales con otros hombres, pues nada dicen sobre el particular los testimonios de Pablo Londoño Gutiérrez, Nelsón René Quiroga Sánchez, Martha Velásquez de Quinche y Alfredo Flórez Núñez, quienes se limitaron a declarar que conocen al demandado, a su esposa e hijas y sobre la conducta de aquel, como jefe de familia y hombre de hogar, pero nada más.

4. El tribunal expresa a continuación que, conforme a los dispuesto por el artículo 1o., numeral 1o., inciso 3o. del Decreto 2820 de 1974, habrá de pronunciarse en el sentido de que el demandado no tiene la patria potestad sobre el menor cuya filiación respecto de aquel se impetra, lo que, sin embargo no se opone a que se fije cuota alimentaria a su cargo dándole aplicación a la presunción establecida por el artículo 155 del Código del Menor, razón por la cual se condenó al señor Pedro Enrique Moreno a pagar mensualmente para ese efecto, una suma equivalente al 30% del salario mínimo legal.

III. La demanda de casación

1. Dos cargos formula el recurrente a la sentencia recurrida, ambos dentro del ámbito de la primera de las causales de casación (art. 368, numeral 1o., C. de P.C.) y por violación indirecta de normas sustanciales.

Primer Cargo

Acusa en él la sentencia del tribunal, de ser violatoria de los artículos 4o. de la Ley 45 de 1936, 6o., numeral 5o. de la Ley 75 de 1968, 155 del Código del Menor, 310, inciso 3o. del C.C., con la modificación introducida por el Decreto 2820 de 1974, 92 del C.C.; 14, inciso 3o., 6o. inciso 3o., 7o. de la Ley 75 de 1968, todos como consecuencia de errores de hecho en la apreciación probatoria (fls. 31 a 62, cdno. Corte).

En la sustentación del cargo, manifiesta el censor que el testimonio rendido por Rufina Narváez Avila, "lejos de dar la razón de la ciencia del dicho", contiene "aseveraciones" que, en sentir del impugnador son "equívocas y dubitativas" (fl. 43, cdno. Corte), pues aunque afirma la declarante la existencia de relaciones amorosas entre el demandado y la madre del menor Pedro Andrés Herrera, por la época de la concepción de éste, es lo cierto que no aparece demostrada tal relación, como tampoco la unión libre a que se refiere la parte actora. Al contrario, en el proceso obran otras declaraciones testimoniales, como las de Alfredo Flórez Núñez y Martha Velásquez de Quinche, "que categóricamente desmienten a la deponente" (fl. 45, cdno. Corte), pues afirman que éste es esposo ejemplar, "solo ve por sus tres hijas", por lo que no es del caso creíble que tenga hijos extramatrimoniales. Es más, a juicio del recurrente, la simple indicación de ser "compatible" la paternidad atribuída al demandado respecto del menor a que se refiere el proceso, no merece por sí sola credibilidad alguna, porque por la forma en que se practicó la prueba antropoheredobiológica que aparece a folio 77 del cuaderno principal, su resultado es tan dudoso que "podría hacer padre natural a cualquier arzobispo que torpemente se hubiere sometido a la prueba de sangre" (fl. 45, cdno. Corte).

En cuanto al testimonio de Mélida Martínez Pastrana, sostiene el recurrente que, según esa declaración, a la deponente "no le consta nada" sobre la supuesta unión libre del demandado con Mariela Herrera, ni sobre la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial del hijo de esta respecto

a Pedro Enrique Rincón Moreno, de quien se dice simplemente que "después de nacido el niño" "visitaba a la demandante" (fl. 47, cdno. Corte). De esta manera —asevera el censor—, el tribunal "adicionó el contenido de la exposición juramentada" de esta declarante, para hacerle decir lo que no dijo (fls. 47 y 48, cdno, Corte).

En relación con lo declarado por el niño Pedro Andrés Herrera, asevera el recurrente que sus afirmaciones son de muy escaso valor probatorio, por cuanto, de su propio contenido se concluye que el menor, "estaba repitiendo una versión previamente ensayada o manipulada contra los intereses económicos del demandado" (fl. 49, cdno. Corte), sin que jamás pueda tenerse su declaración como demostrativa de las relaciones sexuales del demandado con la actora, por razones obvias, ni tampoco de posesión notoria del estado de hijo.

De igual manera, erró de hecho el tribunal por falta de apreciación de los testimonios de Fabio Londoño Gutiérrez, Nelson René Quiroga, Martha Velásquez de Quinche y Alfredo Núñez (fl. 54, cdno. Corte), así como tampoco se dió credibilidad, ni siquiera se analizó la declaración de parte del demando, todo lo cual, necesariamente tuvo trascendencia en el fallo que se ataca, con el cual se violaron las normas que se denuncia fueron infringidas. (fls. 54 a 62, cdno. Corte).

Cargo segundo

Con fundamento en la causal primera de casación (artículo 368, numeral 1o.), acusa el censor la sentencia impugnada, "por evidente o manifiesto error de derecho" en la apreciación probatoria (folio 62, cdno. Corte), que se tradujo en aplicación indebida de los artículos 92, del Código Civil, 6o., 7o. y 9o. de la Ley 75 de 1968 (fl. 67, cdno. Corte), todo a consecuencia de violación de los artículos 176, 177, 187 y 248 del Código de Procedimiento Civil (fl. 68, cdno. Corte).

Luego de insistir en que la ley (art. 187, C.P.C.), ordena apreciar las pruebas en conjunto, esto es, "buscando su coherencia y armonía, hasta alcanzar las conclusiones que a derecho y a cada caso corresponda" (fl. 65, cdno. citado), expresa el recurrente que el juzgador en la sentencia impugnada se limitó a "enunciar los nombres de los testigos del demandado para enrostrarles la obligación de demostrar dizque las relaciones sexuales para

la época de la concepción de Pedro Andrés", sin que el tribunal adelantara la labor de "confrontar el testimonio de los amigos del demandado con el testimonio de los amigos de la demandante" (fl. 67, cdno. Corte).

Insiste, además, en que el tribunal, hizo operar para llegar a las conclusiones de que da cuenta la sentencia, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, dando por probados los hechos a que se refieren algunos telegramas "enviados por terceros pero supuestamente enviados dizque por el demandado", e igualmente tuvo por probados los hechos relatados por las declarantes Rufina Narváez y Mélida Martínez, no confrontados por el proceso, como tampoco lo fueron con los "marconis" aportados por la parte actora (fl. 68, cdno. Corte).

De esa manera, se llegó a la transgresión del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, ya que éste exige que los hechos indicadores en la prueba indiciaria se encuentren demostrados, lo que en este caso no ocurre; y, además, por el mismo camino se llegó a violar también el artículo 250 del mismo código que ordena apreciar los indicios en conjunto, teniendo en cuenta su ocurrencia y convergencia, lo que no hizo el tribunal (fl. 68, cdno. Corte).

El recurrente reitera luego (fls.. 69 y 70), que el tribunal incurrió en error de derecho por haber analizado solamente los testimonios recibidos a petición de la parte actora, y, en el mismo orden de ideas, asevera que el interrogatorio de parte absuelto por el demandado fue objeto de análisis equivocado, dado que de él se seleccionaron las respuestas que, vistas en forma aislada, condujeron a deducir prueba de la paternidad impetra en la demanda.

El impugnador manifiesta luego que, exigir al demandado la prueba de la imposibilidad física de haber sostenido relaciones sexuales con la madre del menor Pedro Andrés Herrera por la época en que fue concebido, es un error protuberante, pues ello equivale a obligar "a unos ingenieros civiles a probar la imposibilidad física de engendrar en cabeza de terceros" (fl. 71, cdno. Corte), exigencia a la cual se llegó por "aislar las pruebas inicialmente traídas por el demandado" (fl. 71, cdno. Corte).

Reitera el impugnador que las conclusiones a que llegó el sentenciador solo se explican por falta de una apreciación en conjunto de las pruebas que obran en el expediente (fls. 72 y 73, cdno. Corte), e insiste en que de

haberse interpretado en conjunto, otra habría sido la conclusión del tribunal. Especialmente, si la prueba documental (fls. 1 y 77), se hubiere visto como un solo haz probatorio con los testimonios y el interrogatorio de parte, así como la prueba genética —según el recurrente—, se hubiese concluído que el demandado no es el padre del menor Pedro Andrés Herrera.

Respecto del dictamen antropoheredobiológico, asevera el censor que el funcionario que lo emite lo firma, pero se ignora su nombre e identidad, lo que menoscaba el derecho a controvertirlo; y, de otro lado, por su propio contenido (fl. 77), se puede observar que no es claro, preciso y detallado como lo exige el artículo 248 del C.P.C., por lo que su apreciación no pudo ser razonada por el juzgador sino que, simplemente se sumó en forma mecánica al resto de pruebas del proceso (fl. 79, edno. Corte), sin detenerse para apreciarlo en circunstancias tales como el haberse practicado tal prueba sin auto que la decretara, sin que el perito hubiera sido seleccionado de la lista oficial, sin que se hubiere posesionado y, además, sin que ese dictamen hubiera sido oficialmente remitido por nadie (fls. 81 y 82, edno, Corte).

Por lo expuesto, a juicio del censor, se demuestra el cargo propuesto y, por ello, remata la demanda con la petición de que se case el fallo impugnado, se decreten algunas pruebas en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, en sentencia de reemplazo de revoque la del a-quo y se denieguen las pretensiones de la parte actora (fl. 87, edno. Corte).

Consideraciones

1. La propia naturaleza de las funciones asignadas por la ley a los juzgadores de instancia y a la Corte Suprema de Justicia al conocer esta última del recurso extraordinario de casación, ha impuesto, como es de público conocimiento, que la cuestión fáctica se debata ante los primeros para efectos de la aplicación de la voluntad concreta de la ley a los casos particulares y que, en casación, se examine la sentencia con la cual culmina la actuación en instancia, para verificar si ella se ajusta a las normas de derecho positivo que gobiernan el caso sub-lite o si, por el contrario, son violatorias del ordenamiento jurídico vigente.

2. Acorde con lo expuesto, en las legislaciones donde impera un régimen estrictamente apegado a la naturaleza extraordinaria del recur-

so de casación, este excluye por completo y de manera absoluta, la posibilidad de debatir siquiera las cuestiones fácticas motivo de la controversia judicial, sea cual fuere la conclusión a que hubiere llegado el juzgador de instancia, pues, en casación solo es posible en tales regímenes examinar si, dado los hechos tal cual fueron fijados por el tribunal, se aplicaron correctamente las normas sustanciales pertinentes. Al contrario, en aquellas legislaciones que, como la colombiana, admiten que la falta de aplicación o la aplicación indebida de las normas sustantivas puede ocasionarse por equivocación del juzgador de instancia en cuanto se refiere a los hechos debatidos en el proceso, el recurso extraordinario de casación se autoriza, inclusive, en aquellos casos en que se aduce que el sentenciador incurrió en error de hecho protuberante "manifiesto", en la apreciación de las pruebas, o si se produjo un error de derecho en esa labor reservada por la ley al buen juicio, al recto criterio y a la inteligencia de los juzgadores de instancia, pues, como lo tiene dicho esta Corporación entre otras en sentencia de 29 de agosto de 1985, es allí "en donde generalmente se debaten, y deben debatirse, todas las cuestiones fácticas del pleito, sobre las cuales solo muy excepcionalmente puede vulnerarse en casación. Esa misión que la ley difiere a aquellos agentes de la jurisdicción, esa confianza que les hace, es lo que la doctrina universal y con ella la jurisprudencia han llamado soberanía del fallador en la apreciación de las pruebas" (G.J. tomo CLXXX, No. 2419, 1985, pág. 361).

3. Precisamente en ese orden de ideas, si el recurrente en casación opta por acusar la sentencia que combate por supuesta violación indirecta de normas de derecho sustancial por errores de hecho en la apreciación probatoria, tiene sobre sí no solo la carga de la demostración de la infracción de tales normas, sino, además, la de que a ella se llegó como resultado del yerro fáctico evidente en la apreciación de determinadas pruebas, cuyo influjo en la decisión fue determinante de ésta, todo conforme a lo prescrito por los artículos 368, num. 1 y 374, num. 3 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, en este caso, para que pueda abrirse paso la acusación, no es suficiente cualquier especie de error de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que él ha de ser, en voces de la Corte, "tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso" (G.J., tomo LXXVII, pág. 972).

4. Ahora, si la censura aduce que la violación de las normas sustanciales incurrió por haberse cometido error de derecho en la apreciación de las pruebas, éstas han de ser singularizadas por el censor y, a más el error debe ser trascendente en la resolución judicial. Del yerro de este linaje, en la legislación actual, ha expresado esta Corporación que puede predicarse cuando el fallador "aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observación de los requisitos legales necesarios 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 prohibe para el caso, o cuando requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio 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., tomo XCI, pág. 62).

5. Aplicadas estas nociones al caso sub-lite encuentra la Corte que por lo que hace al primero de los cargos propuestos, no tiene lugar su prosperidad, por cuanto:

5.1. Como puede verse a folios 52 y 53 del cuaderno uno, la testigo Rufina Narváez Avila, quien manifiesta haber conocido a Pedro Enrique Rincón Moreno "desde el año 1970", en razón de que el visitaba un establecimiento comercial de su propiedad, situado en proximidad a la sede de la empresa Universal de Transportes, expresa que por ese motivo, y por cuanto Mariela Herrera vivía en su casa por el año de 1972, conoció de la amistad inicial entre Pedro Enrique Rincón Moreno y la madre del menor Pedro Andrés Herrera, transformada luego en relación afectiva, a tal punto que el demandado la visitaba con frecuencia en su casa, "la recogía casi todos los días para que lo acompañara a hacer vueltas que tenía que hacer" (fl. 52, C-1), "salía mucho con Mariela", a quien algunas veces invitaba a comer con la declarante "y otras veces se iban solos". Agrega luego que "don Pedro le compró juego de cuarto, y se lo llevó a mi casa y allá lo estrenaron" (folio 52, cdno. 1). Esa situación, según el relato de la testigo en mención, pudo percibirla en forma directa porque Mariela estuvo en su casa, luego de entablada la relación con el demandado, "por espacio de tres años", y, además, porque "después Mariela se mudó de allí para el mismo barrio a dos cuadras pero las relaciones con don Pedro siguieron igual". En esas circunstancias, —según la narración de la declarante—, su amiga Mariela decidió tener un hijo del demandado, para lo

cual, sin que este lo supiera, dejó de lado la planificación hasta entonces llevada acabo para evitar el embarazo (fl. 52, C-1).

Asevera igualmente la testigo Rufina Narváez Avila, que aunque el demandado inicialmente manifestó su contrariedad por el embarazo de Mariela Herrera, luego lo aceptó, "el seguía sacándola" y, llegado el momento del parto, le encomendó a la deponente que, "pagara la clínica", que él "luego le pagaba la plata", lo que así sucedió. A mas de lo anterior, nacido el niño, "don Pedro fue el 12 de enero conmigo a la clínica —continúa la testigo—, le mandó un ramo de rosas felicitándola y salimos a comprarle ropa al niño... y él pagó todo eso..." (fl. 52 vto.).

5.2. Obra igualmente en el expediente, el resultado de los "exámenes de genética" practicados el 19 de noviembre de 1991 al demandado, al menor Pedro Andrés Herrera y a su progenitora, (fl. 77, C-1), en el cual aparece que sí es "compatible" la paternidad atribuída al señor Pedro Enrique Rincón Moreno respecto del citado menor, prueba esta que no solo guarda coherencia con la declaración de la testigo a que se refiere el numeral precedente, sino también con las respuestas de la demandante al interrogatorio de parte que absolvió en el proceso (fls. 69 y 70, C-1).

5.3. De esta suerte, si a juicio del sentenciador de segundo grado tales pruebas lo llevaron a la convicción razonada de haber existido relaciones sexuales extramatrimoniales entre la progenitora del menor Pedro Andrés Herrera y el demandado por la época de la concepción de ese niño, nacido el 11 de enero de 1981 (fl. 1, C-1), semejante conclusión no aparece a simple vista como reñida en forma abrupta con la realidad, sino que, por el contrario, tiene tal verosimilitud que, en rigor de ella no puede predicarse un error de hecho evidente como lo hace el recurrente en su intento de destruir la presunción de legalidad y acierto de que está revestida la sentencia que combate. De manera pues que si aparece como razonable tal convicción probatoria del fallador, a ella ha de estarse la Corte, como quiera que, tal como lo ha sostenido esta Corporación, *"error manifiesto o evidente de hecho, como antecedente de la transgresión legal, no se presenta, entonces, sino cuando la única apreciación acertada sea la sustitutiva que se propone, una vez acreditada la falta"*, (G.J., tomo CXXIV, pág. 95), pues "por esta vía impugnativa la casación únicamente puede apoyarse en la certeza" (G.J., tomo CXCVI, No. 2435, 1989, pág, 137), lo que no ocurre en este caso.

5.4. Ahora bien: como es suficientemente conocido y se tiene por aceptado en la doctrina universal, las pretensiones del demandante pueden ser atacadas por el demandado si este esgrime contra aquellas *hechos nuevos de carácter impeditivo, modificatorio o extintivo del derecho material a que ellas se refieren.*

5.5. De esta noción lógico-jurídica, ha hecho uso el legislador colombiano, en forma expresa respecto de la presunción de paternidad extramatrimonial cuando para ello se alegue la ocurrencia de relaciones sexuales extramatrimoniales entre el presunto padre y la madre por la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción (art. 4o. Ley 45 de 1936, con la modificación introducida por el artículo 6o. de la Ley 75 de 1968), pues para impedir la declaración de la paternidad impetrada, autoriza al demandado a demostrar la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante la época de la concepción, o si prueba que la madre durante ese tiempo, tuvo relaciones sexuales con otro u otros varones, que es lo que desde los romanos se conoce como la "exceptio plurium constupratorum".

5.6. Como es apenas obvio, a quien persigue se declare la prosperidad de una de estas excepciones, le corresponde sobrellevar la carga de probar los hechos en que se apoya para proponerla, pues así se desprende del contenido mismo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. De manera que, lejos de constituir esa exigencia un exabrupto, ella se acompasa con la ley y con la más selecta doctrina probatoria que, desde antiguo ha sentado por principio que "reus in excipiendo fit actor", para radicar en quien formula la excepción la carga de la prueba.

5.7. En ese orden de ideas, si el tribunal, no encontró en las declaraciones rendidas por Pablo Londoño Gutiérrez, Nelson René Quiroga Sánchez, Martha Velásquez de Quinche y Alfredo Flórez Núñez, que se hubiere demostrado la existencia de uno cualquiera de los medios exceptivos que una vez acreditadas las relaciones sexuales del demandado con la madre del menor Pedro Andrés Herrera por la época de su concepción, permitiera infirmar la presunción de paternidad (art. 4o., Ley 45 de 1936, modificado por el 6o. de la Ley 75 de 1968), resulta acorde con el ordenamiento jurídico que declarara, como en efecto así lo hizo, la paternidad a que se refiere la demanda respecto del menor en mención, máxime si se tiene en cuenta que tales testigos "solo afirmaron conocer al demandado, a su

esposa e hijas" y aseveraron no haber oído siquiera "hablar de Maricla Herrera Ortiz y menos aún de su menor hijo" (fl. 23, C-2), con lo cual, como surge de bulto, ni se demuestra la imposibilidad del demandado para engendrar un hijo por la época de la concepción del menor Pedro Andrés Herrera, ni tampoco se prueba que la madre de éste hubiere tenido relaciones sexuales con otro u otros hombres, distintos al demandado.

6. Por lo que hace relación al segundo cargo, tampoco puede tener éxito porque, de un lado, resulta improcedente la acusación en este cargo de haber incurrido el tribunal en error de derecho en la apreciación de "algunos testimonios" que en el caso anterior fueron tomados como fundamento para endilgarle al mismo tribunal, haber cometido error de hecho en su apreciación; y, del otro, porque el remanente de la acusación deja incompleto este segundo cargo, haciendo inocuo el estudio del mismo, porque carecería de la virtualidad de destruir el fallo atacado (arts. 52 del Decreto 2651 de 1991; 374, num. 3 y 368, num. 1, del C.P.C.). Pero que dejando de lado estas deficiencias técnicas, la Sala advierte al rompe su fracaso.

6.1. Es claro que de los testimonios recibidos durante la etapa probatoria a Rufina Narváez Avila, Mélida Martínez y Pedro Andrés Herrera (fls. 52 a 54 y 61, C-1), no está demostrado que adolezcan de ninguno de los vicios que podrían constituír *error de derecho, como quiera que esta clase de yerro solo ocurre cuando el sentenciador "tiene en cuenta pruebas que se han aducido sin la observancia de los requisitos establecidos para su producción o se desechan, luego de considerarlas en su realidad objetiva, por estimar que tales requisitos no se cumplieron estando satisfechos; cuando se le da a un medio probatorio un valor que la ley no le reconoce para el caso o le niega el que sí le otorga la ley siendo el requerido para acreditar un hecho o acto jurídico o cuando da este por demostrado con prueba distinta a la pertinente o cuando exige para probar un hecho un medio que la ley no establece"* (G.J., tomo CXCII, No. 2431, 1988, págs. 76 y 77) y *el recurrente, con notorio olvido de la doctrina expuesta, limitó su alegación a expresar su propia opinión sobre el contenido de tales pruebas, pero omitió demostrar el acaecimiento de una cualquiera de las circunstancias constitutivas del error de derecho en referencia, por lo que puede aseverarse que al punto la censura más tiene parecido con un alegato de bien probado propio de las instancias, que con lo exigido por la ley para acusar, por esta vía una sentencia en casación.*

6.2. Por otra parte, observa la Corte que por mandato del legislador (Ley 75 de 1968, art. 7o.), en los procesos de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez, de oficio o a petición de parte, puede, cuando lo considere útil decretar la práctica de exámenes personales del hijo y sus ascendientes, y aún de terceros, para determinar las características antropoheredobiológicas comunes, función ésta que si bien el artículo 21, numeral 15, de la Ley 7a. de 1979, asignó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por razones de interés público y social, también lo es que no excluyó la posibilidad de que dicha prueba pudiera ser practicada por personas o entidades que, con similar o mejores condiciones de idoneidad, pudieran hacerla de conformidad con las reglas de la ciencia y la tecnología y con sujeción a la ley.

6.2.1. Pues bien: a contrario de lo que afirma el recurrente en casación (fl. 81, cdno. Corte), la prueba antropoheredobiológica en este proceso, sí fue decretada, como aparece claro de la sola lectura del auto proferido el 29 de agosto de 1991 (fl. 47, C-1), en el aparte correspondiente a las pruebas decretadas a petición de la parte actora.

6.2.2. Tal prueba, conforme a lo prescrito por la ley, ordinariamente se practica por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que, como antes se dijo, tiene la competencia e idoneidad para tales pruebas. Ello significa, entonces, que no puede aseverarse que se incurrió en yerro de derecho por no haber escogido al perito de la "lista oficial", como lo afirma el impugnador (fls. 78 a 81, C 1), ni tampoco que la prueba en cuestión se practicó "a espaldas" del demandado, como quiera que dicha prueba no solo fue decretada por el despacho sino que también tuvo la oportunidad de ser controvertida. Observa la Sala, además, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —Laboratorio de Genética—, en telegrama que obra en el proceso (fl. 55, C-1), informó del día, fecha y hora para realizar tales exámenes al demandado, al menor Pedro Andrés Herrera y a la madre de éste, exámenes a los que concurrieron los tres según aparece en el documento denominado "Resultados de Exámenes de Genética", que obra a folio 77 del cuaderno uno. Luego, todo lo anterior excluye por entero la presunta violación del derecho de defensa en la realización de esta prueba.

6.2.3. Finalmente y en torno a los resultados de los exámenes antropoheredobiológicos a que se refiere el recurrente en casación para intentar combatir el mérito probatorio de sus resultados (fls. 78 a 81, C-

1), ha de observarse que las opiniones respecto de su valor de convicción, no constituyen en manera alguna demostración de que en su valoración se hubiere producido error de derecho, como quiera que esa prueba indiciaria, la confía la ley a la inferencia del juzgador, acto este que escapa al control jurisdiccional por error de ese linaje ya que, como se tiene dicho por la jurisprudencia de esta Corporación, en la prueba indiciaria "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 desconocer el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza" (G.J., tomo LXXXVIII, No. 2198, págs. 176 y 177).

7. Por último encuentra esta Corporeción que el sentenciador, lejos de analizar aisladamente los medios de prueba, los valoró en su conjunto, como aparece expresamente a folios 22 y 23 del fallo impugnado, lo que, por lo demás, excluye el error de derecho en la apreciación probatoria.

8 Viene entonces de lo dicho, que el recurrente no demostró la existencia de error evidente y trascendente de hecho en la apreciación de las pruebas a que se refiere el primer cargo, ni tampoco el haberse incurrido en la sentencia en el yerro de derecho que le endilga en el segundo cargo, razones estas por las cuales, no prosperan ni el uno ni el otro.

IV Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por le Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 7 de diciembre de 1992, en el proceso ordinario iniciado por Mariela Herrera Ortiz, en representación del menor Pedro Andrés Herrera contra Pedro Enrique Rincón Moreno.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

COMPETENCIA
/ JURISDICCION DE FAMILIA

Alcance del art. 8 del decreto 2272 de 1989.
Igual sentido: auto del 29 de septiembre de 1993. Exp 9537.
F. F.: art. 8 Decreto 2272 de 1989, letra j) art. 5 ibídem.

*CONFLICTO DE COMPETENCIA/COMPETENCIA TERRITORIAL/CITACION DE RECONOCIMIENTO/PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Reconocimiento

Comoquiera que la ley no señala un fuero territorial especial respecto de la citación judicial para el reconocimiento de hijo extramatrimonial, la competencia territorial tiene que determinarse por las reglas generales señaladas en el art. 23 del C. de P.C., esto es, el Juez del domicilio de la persona por citar.
FUENTE FORMAL: C. de P.C. Art.: 23 Numeral: 1.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Eduardo García Sarmiento*

Referencia: Expediente No. 5139 Auto No. 281

Se pronuncia la Corte respecto del conflicto suscitado entre los Juzgados 15 de Familia de Santafé de Bogotá y Promiscuo de Familia del Circuito de Fusagasugá, para conocer de las diligencias de citación judicial para el reconocimiento de paternidad extramatrimonial del menor JEFERSON ANDRES GARCIA frente a ALVARO RODRIGUEZ BOBADILLA.

I. Antecedentes

1. Por escrito el 6 de abril de 1994 (fl. 1, c. 1), la Defensora de Familia del Centro Zonal No. 11 Engativá - Alamos Norte, obrando en representación de los intereses del menor JEFERSON ANDRES GARCIA, presentó ante el Juez de Familia (Reparto) de esta ciudad, solicitud de citación judicial para el reconocimiento de hijo extramatrimonial contra el presunto padre ALVARO RODRIGUEZ BOBADILLA, residente en Chinauta, Alto del Quinini, Municipio de Fusagasugá, para que bajo la gravedad del juramento manifestara si aceptaba o rechazaba ser el padre de dicho menor.

2. Las diligencias correspondieron por repartimiento al Juzgado 15 de Familia, despacho que por auto del 14 de abril de este año rechazó la solicitud por falta de competencia y ordenó enviarla al Juez Promiscuo de Familia de Fusagasugá, por considerar que éste era el competente para conocer en virtud de que en dicho municipio se encuentra el domicilio y residencia de la persona citada (fls. 4 y 5, c. 1).

3. Por proveído del 16 de junio del corriente año (fl. 6, id.) el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Fusagasugá, a su vez se declaró incompetente para conocer, sosteniendo que la competencia radica en el Juez Quince de Familia de Santafé de Bogotá, por cuanto si bien en el artículo 8o. del Decreto 2272 de 1989 no aparecen enlistadas las diligencias tendientes al reconocimiento de la paternidad "si lo está la investigación de la paternidad considerándose que las diligencias de reconocimiento, tienen como fin el que un menor tenga derecho a saber quien es su padre y a llevar su apellido estimándose que el funcionario que puede lo más puede lo menos, y si el funcionario competente para conocer del proceso de investigación de paternidad lo es el del domicilio de dicho menor, éste será también el competente para conocer de las diligencias tendientes a su reconocimiento".

4. Recibido el expediente nuevamente en el Juzgado Quince de Familia de esta ciudad, dicho despacho por auto del 19 de Julio de 1994 (fls 9 al 11, c. 1), reafirmó que la competencia para conocer del asunto en cuestión radica en el Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá en virtud del lugar de domicilio de la persona citada, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 23 C. de P. C. En consecuencia provoco el conflicto de competencia y ordenó remitir las diligencias a esta Corporación a fin de que se dirimiera.

5. Llegado el expediente a la Corte, por auto del 22 de agosto de 1994 se asumió el conocimiento (fl. 3, c. Corte). Agotado el trámite procede proveer lo que apareciere de ley.

II. Consideraciones

6. El artículo 8o. del Decreto 2272 de 1989 señala que la competencia por razón del factor territorial corresponde al juez del domicilio del menor, tratándose de los procesos de " alimentos, pérdida o suspensión de la patria potestad, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad legítima o extramatrimonial; los que deban resolverse de conformidad con la letra j) del artículo 5° del presente Decreto; custodia, cuidado personal y regulación de visitas; permisos para salir del país y en las medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos en que el menor sea demandante".

7. *Respecto al alcance de dicho artículo,* como lo señaló el Juzgado Quince de Familia de esta ciudad, *dijo esta Sala:*

SENTENCIA SUSTITUTIVA

"Es indudable, entonces, que el legislador, con el evidente propósito de dar cumplido desarrollo a la efectiva protección del menor, estableció allí un fuero territorial especial (el juez del domicilio del menor demandante), como quiera que se apartó del conocidísimo principio según el cual el demandado no puede ser convocado a juicio sino ante el juez de su domicilio.

"Pero es precisamente por ello, por tratarse de una excepción, que en el texto legal no caben más asuntos que los que él mismo contiene y cita expresamente; bien sabido se tiene que el marco de normas semejantes es asaz ceñido, y, por consiguiente, es inútil pretender ensancharlo para darle cabida a más asuntos de los que su capacidad le permite. En el punto está vedado, así, toda interpretación laxa, analógica o por extensión; antes bien, el criterio de hermenéutica que se impone es el restrictivo, más aún teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 20 del artículo 23 de C. del Procedimiento Civil." (Auto del 23 de septiembre de 1993. Expediente No. 4537. N.P.).

8. Síguese de lo anterior que *comoquiera que la ley no señala un fuero territorial especial respecto de la citación judicial para el reconocimiento*

de hijo extramatrimonial, la competencia territorial tiene que determinarse por las reglas generales señaladas en el artículo 23 de la normatividad procesal civil, pues las disposiciones atributivas del ejercicio de la jurisdicción son imperativas y expresas, según las cuales el competente para conocer es el Juez del domicilio de la persona por citar, esto es, en este caso, el Promiscuo de Familia del Circuito de Fusagasugá, despacho que dará cumplimiento a los dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 148 del C. de P. C., en cuanto debe notificar al citado este auto.

III. Decisión

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

Resuelve:

DIRIMIR el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados 15 de Familia de Santafé de Bogotá y Promiscuo de Familia del Circuito de Fusagasugá, en el sentido de declarar que es éste último el competente para conocer de la solicitud de citación judicial referida.

En consecuencia, remítase el expediente al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Fusagasugá, despacho que debe dar cumplimiento a lo ordenado en el penúltimo inciso del artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, y hágase saberlo resuelto al 15 de Familia de Santafé de Bogotá, con transcripción de este proveído. Líbrense los oficios del caso.

Cópiese y Notifíquese

Pedro Lafont Pianetta, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Hector Marin Naranjo, Rafael Romero Sierra

CONSTANCIA: No suscribe la anterior providencia el magistrado Dr. ALBERTO OSPINA BOTERO por no haber participado en la Sala en que se discutió la presente. Santafé de Bogotá, 7 de septiembre de 1994

El Secretario,
Héctor Moreno Aldana

SENTENCIA SUSTITUTIVA
PERJUICIOS /RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En el caso sub-judice, la actividad de la Corte se concreta a constatar la existencia y el monto de los perjuicios que la sociedad demandada debe pagarle a la firma demandante, como consecuencia de la responsabilidad civil contractual deducida del cumplimiento defectuoso del contrato entre ellos celebrado, y la consiguiente obligación resarcitoria de los perjuicios que por dicha causa surgió para la firma demandada.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Expediente No. 3776 Sentencia No. 109

Comoquiera que mediante sentencia de 7 de octubre de 1993 (folios 53 a 118, cuaderno No. 1 de Corte), esta Corporación casó el fallo de 16 de julio de 1991, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander) en este proceso ordinario de la firma Arquitectura, Ingeniería y Construcciones Industrializadas Ltda. "Arinci Ltda." contra la sociedad Otis Elevator Company, sucursal en Colombia, corresponde ahora dictar la que deba reemplazarla, para desatar el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora contra el fallo de 2 de mayo de 1991, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, teniendo en cuenta que la relación procesal existente se ha constituido en forma regular, el trámite adelantado se encuentra libre de vicios y fueron evacuadas las pruebas que oficiosamente decretó esta Sala en la sentencia primeramente mencionada.

I. Antecedentes

Los pormenores del litigio, las aspiraciones de la empresa demandante y la oposición de la sociedad demandada, los expuso esta Corporación en pretérita oportunidad, en los siguientes términos:

"1. Mediante libelo que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, la sociedad actora procitada demandó a su similar 'Otis Elevator Company' -sucursal en Colombia- para que, con citación y audiencia de su representante legal y previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que la sociedad demandada '...incumplió el contrato No. 39NE1796, contrato que cristalizaba la propuesta No. 39N3557, celebrado con al firma ARINCI LTDA., el día 18 de noviembre de 1985': que, como consecuencia del aludido incumplimiento, la firma actora "...sufrió perjuicios tales como el incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa celebrado con sus compradores, aumento de la corrección monetaria, pago de intereses, así como un mayor costo de administración': que se declare, por tanto, que la sociedad demandada debe resarcirle a la demandante '...los perjuicios sufridos... en razón a que el incumplimiento de la firma demandada fue la causa generadora de los perjuicios sufridos por la parte demandante', razón por la cual solicita se le condene al pago de las siguientes sumas de dinero: a) Cuatro millones treinta y tres mil quinientos veintiún pesos con 34/100 ($4.033.521.34) M/CTE., como reajuste monetario que se tuvo que pagar a 'GRANAHORRAR'; b) novecientos dieciseis mil trescientos veintinueve pesos con 25/100 ($916.329.25)M/CTE. que es igual al '...valor de los intereses de las cuotas iniciales dejadas de pagar por los compradores, ante el incumplimiento de la firma demandante con los compradores, equivalente a los intereses de tres meses y medio (3 1/2), sobre un capital de $8.726.945.20 m/cte.' 'c) doscientos ochenta y nueve mil doscientos dieciocho pesos con 76/100 ($289.218.76) m/cte., equivalente a los intereses de $2.754.464.33 m/cte., durante tres meses y medio (3 1/2), como intereses del capital aportado por la firma demandante y de su propio peculio': d) novecientos diez mil pesos ($910.000.oo) m/cte., como sobrecosto administrativo que durante los 3 meses y medio (3 1/2) tuvo la obra ante la demora en la colocación del ascensor': cuarenta y dos mil quinientos pesos ($42.500.oo) m/cte., suma que tuvo que pagar la firma demandante como intereses a uno de los compradores sobre la cuota inicial entregada por éste': e) suma superior a los cinco millones de pesos ($5.000.000.oo), o la que sea considerada por

los peritos '...en calidad de perjuicios ante el repentino cese de ventas de los apartamentos o unidades privadas que conforman el 'Edificio Teusacá': y, que las sumas de dinero antes relacionadas, sean pagadas con su corrección monetaria desde la fecha del incumplimiento hasta cuando la sentencia quede en firme'.

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

"a) En desarrollo de su objeto social, la sociedad demandante inició una construcción sobre un lote de terreno urbano de la ciudad de Bucaramanga, construcción denominada 'Edificio Teusacá', el cual por su altura requería la instalación de un ascensor y por ello se hizo indispensable consultar con algunos proveedores, entre ellos, la empresa demandada, con la cual '...después de un serio y minucioso estudio, el día 18 de noviembre de 1985, se perfeccionó contrato por la suma total de cinco millones cien mil pesos ($5.100.000.oo) m/cte., habiendo sido entregada, sobre ese valor, la suma de un millón trescientos noventa y seis mil ciento veinticinco pesos ($1.396.125) m/cte., el día 5 de noviembre de 1985, como así se acredita con la orden de pago No. 0986, suma entregada en fundamento a que a partir de esa fecha (nov. 5/85 se empezaba a contar el plazo para el cumplimiento del contrato que era de diez meses".

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

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

"d) La firma demandada '...empezó a dar muestras de indiferencia y de incumplimiento, circunstancias por las cuales la firma "Arinci Ltda." procedió a mostrarles por intermedio de cartas, télex y llamadas telefónicas a fin de exigirle su cumplimiento o por lo menos su preocupación', pues ésta, sin con-

tar con el incumplimiento de la firma demandada '... había comprometido mediante promesa de contrato de compra-venta, no solamente su prestigio sino también su patrimonio respecto a que en determinada fecha entregaría los apartamentos o unidades privadas que conforman el edificio 'Teusacá'.

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

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

"g) La deuda de GRANAHORRAR se incrementó en setenta y cuatro millones setecientos diecinueve mil novecientos sesenta pesos con 33/100 m/cte. a diciembre 17 de 1986, fecha en la que fue entregado el ascensor en forma incompleta, a setenta y ocho millones setecientos cincuenta y tres mil cuatrocientos ochenta y un pesos con 67/100 ($78.753.481.67) m/cte., por reajuste monetario y por intereses fue pagada la suma de un millón setecientos setenta mil setecientos sesenta y dos pesos con 57/100 ($1.770.762.57) m/cte., así como también no fueron pagadas cuotas iniciales por la suma de ocho millones setecientos veintiseis mil novecientos cuarenta y cinco pesos con 20/200 ($8.726.945.20) m/cte., y la firma Arinci Ltda. no recibió la suma de dos millones setecientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos con 33/100 ($2.754.464.33) m/cte., hasta el mes de febrero de 1987.

"b) La firma demandante perdió la suma de seis millones cuatrocientos cinco mil doscientos treinta y ocho pesos con 04/100 ($6.405.238.04) m/cte., y sin embargo una vez se cumplió el contrato suscrito le fue cancelada su última obligación a 'Otis Elevator Company' con retardo no imputable a Arinci Ltda., porque '... parece que por verguenza 'Otis Elevator Company' no se acercó a cobrar la suma que se les adeuda, ni tampoco elevaron cuenta de cobro'".

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

"Propuso, además, las excepciones de 'fuerza mayor o caso fortuito eximente de responsabilidad', 'cumplimiento de la obligación' e inexistencia de la mora como presupuesto para la indemnización de perjuicios', argumentando para la primera que '... la demora en el cumplimiento de la obligación a cargo de la demandada fue ocasionada por un hecho al cual no se pudo resistir, consistente en la huelga portuaria de Valencia, España, causándose demora en el embarque de los materiales CKD a Colombia'; precisa que 'la huelga portuaria ocurrida en todos los puertos españoles comenzó el 16 de mayo de 1986, lo que originó un represamiento de

material CDK en puerto y, por consiguiente, de todo tipo de mercancías de los demás importadores y exportadores'. Afirma que 'sólo hasta el 29 de julio de 1986 los materiales CDK llegaron a Colombia, pero el proceso de nacionalización se retrasó por una enmendadura que presentaba la licencia de importación expedida por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior Incomex' 'por lo que fue necesario esperar a que dicha entidad emitiera la correspondiente certificación aclarando la aludida enmendadura", Concluyó que 'de no haber existido la fuerza mayor o el caso fortuito alegados, es indudable que la demandada hubiera entregado e instalado el ascensor dentro del plazo señalado'; para la segunda que '... dio cumplimiento al contrato celebrado con la demandante, pues se entregó e instaló a entera satisfacción, todo lo cual acredita con el acta de recibo firmada por la demandante de fecha 23 de diciembre de 1986 y 24 de febrero de 1987...', pues 'para la fecha de la entrega del ascensor la demandante no formuló ningún tipo de requerimiento judicial respecto del cumplimiento tardío de la prestación ni manifestó que se le hubiera causado perjuicio de índole económico'. Por tanto, afirma, 'el hecho de haberse aceptado la demora e instalación del ascensor (causada por un hecho ajeno a la voluntad de la demandada) exonera a Otis Elevator Company de pagar cualquier supuesto perjuicio, máxime cuando la demandada no fue requerida y reconvenida judicialmente para el pago de los presuntos perjuicios ocasionados y el cumplimiento del contrato': y, para la última, que como la obligación a cargo de la demandada era de hacer '... para cobrarle unos supuestos perjuicios económicos debe constituirse en mora; y para que el deudor quede constituido en mora y responda por los perjuicios reclamados es indispensable que el acreedor mediante requerimiento o reconvención judicial exija del deudor el cumplimiento de la obligación". Concluye que 'no existe legalmente excusa para no haber efectuado el requerimiento en el caso que aquí nos ocupa ya que era necesario que el acreedor hubiera requerido judicialmente a la demandada para que pudiera reclamar indemnización de perjuicios, tal como lo exige el artículo 1615 del Código Civil'.

"4. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia culminó con sentencia de 2 de mayo de 1991, en virtud de la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga declaró probada la excepción de caso fortuito y, consecuencialmente, absolvió a la empresa demandada de los cargos formulados en la demanda que originó el proceso...".

II. Consideraciones

A manera de introducción, la Sala estima conveniente advertir que la actividad de la Corte en esta ocasión se reducirá a constatar la existencia y el monto de los perjuicios que la sociedad demandada debe pagarle a la firma demandante, por cuanto la responsabilidad civil contractual de Otis Elevator Company –sucursal en Colombia— frente a la sociedad Arquitectura, Ingeniería y Construcciones Ltda. – Arinci Ltda.– –, deducida del cumplimiento defectuoso del contrato entre ellos celebrado, y la consiguiente obligación resarcitoria de los perjuicios que por dichas causa surgió para la firma demandada, fueron aspectos definidos por esta Corporación en la sentencia de 7 de octubre de 1993, mediante la cual casó la de segundo grado, como quiera que en esa ocasión la Sala observó la concurrencia de los elementos requeridos para el buen suceso de la acción resarcitoria de perjuicios en materia contractual, como la preexistencia de una obligación jurídicamente eficaz, el incumplimiento culposo del deudor, un resultado antijurídico o daño, y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, razón por la cual, de un lado, tales aspectos constituyen firme punto de partida que no requieren ahora nuevo examen y, de otro, imponen por fuerza de las razones expuestas a espacio para infirmar la sentencia de segunda instancia, la revocatoria de la absolución impartida en la de primer grado.

En efecto: a propósito de la responsabilidad civil de la sociedad demandada, en virtud de cumplimiento tardío en la instalación del multicitado ascensor, y la consiguiente obligación que surgió para ésta de indemnizar a la empresa demandante los perjuicios ocasionados con dicho incumplimiento, la Corte expuso, en el pasaje pertinente del mencionado fallo, lo siguiente:

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

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

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

"11. En relación con los perjuicios reclamados por la parte actora frente a la demandada, si bien es incuestionable su existencia, en virtud de la presunción consignada en el artículo 1615 del Código Civil, que no pudo ser desvirtuada por la empresa demandada, por las razones expuestas en párrafos anteriores, no encuentra la Corte, sin embargo, elementos de convicción suficientes que permitan imponerle a la empresa incumplida la condena en concreto correspondiente, tal como en la actualidad lo exige el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual la Sala, antes de proferir la sentencia de instancia respectiva, decretará las pruebas que considere necesarias para tal efecto...".

2. Así puestas las cosas, deviene pertinente memorar que la sociedad demandante expuso como fundamentos fácticos de la aspiración resarcitoria de perjuicios, sufridos como consecuencia de la demora en la instalación del ascensor en el edificio Teusacá 'los siguientes hechos':

"5. La firma Arinci Ltda. fuera de que había comprometido sus propios recursos para la construcción del edificio, había hecho un préstamo con la firma Granahorrar, por la suma de ochenta y un millones de pesos ($81.000.000.oo), obligación representada en los pagarés No. 1874-01 y 1874-2.

"7. Arinci Ltda., sin contar con el incumplimiento de la sociedad demandada, había comprometido mediante promesa de compraventa, no solamente su prestigio sino también su patrimonio respecto a que en determinada fecha entregaría los apartamentos o unidades privadas que conforman el edificio 'Teusacá'.

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

"11. La deuda de Granahorrar se incrementó de setenta y cuatro millones setecientos diecinueve mil novecientos sesenta pesos con 33/100 ($74.719.960.33) a diciembre 17 de 1986, fecha en que fue entregado el ascensor en forma incompleta, a setenta y ocho millones setecientos cincuenta y tres mil cuatrocientos ochenta y un pesos con 67/100 ($78.753.481.67), por reajuste monetario y por intereses fue pagada la suma de un millón setecientos setenta mil setecientos sesenta y dos pesos con 57/100 ($1.770.762.57), así como también no fueron pagadas cuotas iniciales por la suma de ocho millones setecientos veintiséis mil novecientos cuarenta y cinco pesos con 20/100 ($8.726.945.20), y la firma Arinci Ltda. no recibió la suma de dos millones setecientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos con 33/100 ($2.754.464.33), hasta el mes de febrero de 1987.

"12. La firma Arinci Ltda, perdió la suma de seis millones cuatrocientos cinco mil doscientos treinta y ocho pesos con 04/100 ($6.405.238.04),

y sin embargo una vez se cumplió el contrato suscrito le fue cancelada su última obligación a 'Otis Elevator Company', con retardo no imputable a 'Arinci Ltda.', porque parece que por su venganza 'Otis Elevator Company' no se acercó a cobrar la suma que se les adeuda, ni tampoco elevaron cuenta de cobro".

Por tales hechos, la empresa actora reclamó el pago, a título de perjuicios, de las siguientes sumas de dinero:

a) "...$4.033.521.34 como reajuste monetario que tuvo que pagar a Granahorrar";

b) "...$916.329.25... que es igual al valor de los intereses de las cuotas iniciales dejadas de pagar por los compradores, ante el incumplimiento de la firma demandante con los compradores, equivalentes a los intereses de tres meses y medio (3 1/2), sobre el capital de $8.726.945.20 m/cte.";

c) "...$289.218.76... equivalente a los intereses de $2.754.646.33 m/cte., durante 3 meses y medio (3 1/2), como intereses del capital aportado por la firma demandante y de su propio peculio";

d) "...$910.000.oo m/cte, como sobrecosto administrativo que durante los 3 meses y medio (3 1/2) tuvo la obra ante la demora en la colocación del ascensor";

e) "...$42.500.oo m/cte, que tuvo que pagar la firma demandante como intereses a uno de los compradores sobre la cuota inicial entregada por éste";

f) "...$5.000.000.oo o la que sea considerada por los peritos '...en calidad de perjuicios ante el repentino cese de ventas de los apartamentos o unidades privadas que conforman el edificio Teusacá'; y

g) "...que las sumas de dinero antes relacionadas, sean pagadas con su corrección monetaria desde la fecha del incumplimiento hasta cuando la sentencia quede en firme".

3. Los elementos de juicio incorporados al expediente para respaldar las anteriores afirmaciones y para acreditar la cuantía de las indemnizaciones reclamadas, demuestran los siguientes aspectos:

a. Que la sociedad demandante "Arinci Ltda." obtuvo de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda "Granahorrar" de la ciudad de Bucaramanga (Santander), un préstamo global por la suma de sesenta y tres millones de pesos ($63.000.000.oo) m/cte. desembolsado de la siguiente manera:

1. Según pagaré No. 1874-01 (folios 29 y 30, cuaderno principal), de 10 de septiembre de 1985, un préstamo por 31.087.1625 UPAC, equivalente en la fecha a treinta y un millones quinientos mil pesos ($31.500.000.oo) m/cte. con vencimiento final el 10 de enero de 1987:

2. Según pagaré No. 1874-02 (folios 31 y 32 cuaderno principal), de 14 de noviembre de 1985, un préstamo por 29.962.0481 UPAC, equivalente en la fecha a treinta y un millones quinientos mil pesos ($31.500.000.oo) m/cte., con vencimiento final el 10 de enero de 1987.

Tales sumas de dinero devengaban, durante el plazo y sobre saldos insolutos, intereses del 9.5% efectivo anual, pagaderos trimestralmente, es decir, el 10 de diciembre de 1985, el 10 de marzo, junio, septiembre y diciembre de 1986, y el 10 de enero de 1987.

b. Que, ciertamente, muchas de las personas relacionadas en los hechos de la demanda no recibieron, en la fecha acordada en la promesa de compraventa, las unidades de vivienda prometidas en compraventa, debido justamente a la falta de ascensor en el edificio, y que, por tanto, ni suscribieron la escritura respectiva ni se sobrogaron en el crédito correspondiente, en los plazos estipulados, sino tiempo después, como se deduce de los testimonios de Hernando León García (folios 6 y 7 Cdno. No. 2), Jorge Enrique Neira Ortíz (folios 7 y 8, Cdno. No. 2), Segundo Alberto García Pérez (folios 10 y 11, Cdno. No. 2), José Caicedo Solano (folios 11 y 12, Cdno. No. 2), Atanasio García Herreros Mantilla (folios 14 y 15, Cdno. No. 2), Gonzalo Martínez Ramírez (folios 23 a 24, Cdno. No. 2), Rafael Augusto Lizcano Blum (folios 341 a 343, Cdno. No. 2 de la Corte), Jorge Enrique Cubillos Flórez (folios 344 a 345, Cdno. No. 2 de la Corte), Jairo Anarcasis Acevedo Hende (folios 345 a 346, Cdno. No. 2 de la Corte) y Lilia María Amaya de Galeano (folios 348 y 349, Cdno. No. 2 de la Corte) y de las copias de las siguientes escrituras, de las notarías de Bucaramanga, por medio de las cuales la sociedad 'Arinci Ltda.', vendió algunas de las unidades de vivienda del edificio 'Teusacá', a las personas que seguidamente se mencionan;

No. 3601 de 4 de septiembre de 1986 de la Notaría Primera, que contiene el contrato de compraventa del apartamento No. 503 a Jairo Anarcasis Acevedo Hende y Olga Cecilia Serrano de Acevedo (folios 5 a 14, Cdno. No. 2 de la Corte);

No. 3602 de 4 de septiembre de 1986 de la Notaria Primera, que contiene el contrato de compraventa de apartamento No. 403 a Luz Stella Bayona Pinto (folios 15 a 24, Cdno. No. 2 de la Corte);

No. 3739 de 11 de septiembre de 1986 de la Notaría Primera, que contiene el contrato de compraventa del apartamento 901 a Javier Alonso Calixto Oviedo (folios 25 a 33, Cdno. No. 2 de la Corte).

No. 3873 de 18 de septiembre de 1986 de la Notaria Primera, contentiva del contrato de compraventa del apartamento No. 302 a Elías Pacheco Pérez y Raquel Saavedra Durán (folios 34 a 42, Cdno. ídem.);

No. 4036 de 29 de septiembre de 1986, igualmente de la Notaria Primera, contentiva del contrato de venta del apartamento No. 903 a Jorge Enrique Neira Ortiz y Fanny Suárez de Neira (folios 43 a 52, Cdno. ídem.);

Nos. 4181 y 4182 de 6 de octubre de 1986, de la Notaría Primera, contentiva de la venta de los apartamentos Nos. 401 y 402 a Gonzalo Martínez Ramírez (folios 53 a 58, Cdno. ibidem.);

Nos. 4356 de 16 de octubre de 1986, de la misma Notaria Primera, contentiva del contrato de venta del apartamento No. 502 a Claudia Patricia León Navas (folios 54 a 62, Cdno. idem);

Notaria Primera, que cristaliza el contrato de compraventa celebrado entre la sociedad actora y Segundo Alberto García Pérez, respecto del apartamento No. 603 (folios 63 a 71, Cdno. No. 2 de la Corte);

No. 4526 de 24 de octubre de 1986, también de la Notaria Primera, que contiene la venta del apartamento No. 701 a Jairo Manosalva Isabella (folios 72 a 80, Cdno. ibidem);

No. 4744 de 10 de noviembre de 1986, de la Notaria Primera, que recoge la venta del apartamento No. 803 a Atanasio García Herreros Mantilla y Dora Lucía Sarmiento de García Herreros (folios 81 a 89, Cdno. idem.);

No. 4786 de 12 de noviembre de 1986, de la Notaria Primera, mediante la cual se vendió a Piedad Rincón Stella el apartamento No. 602 (folios 90 a 98, Cdno. idem.);

No. 4835 de 13 de noviembre de 1986, de la Notaria Primera, contentiva de la venta del apartamento No. 703 a Lilia María Amaya de Galeano (folios 99 a 107, Cdno. idem.);

No. 1405 de 14 de noviembre de 1986 de la Notaría 7a. de Bucaramanga, que contiene el contrato de compraventa del apartamento No. 501 a Rafael Lizcano Blum (folios 1 a 4, Cdno. No. 2 de la Corte).

No. 4871 de 14 de noviembre de 1986 de la Notaria Primera, que recoge el contrato de compraventa del apartamento No. 101 a Digna Luz Rubiano de Soto (folios 118 a 126, Cdno. ibidem.);

No. 5287 de 15 de diciembre de 1986 de la Notaria Primera, contentiva de la venta del apartamento No. 902 a José Caicedo Solano y Luz Marina Calixto Oviedo (folios 136 a 144, Cdno. idem).

c. Que, de conformidad con el dictamen, rendido por los peritos María Jovita Díaz Trujillo y Luis Alberto Cárdenas, ordenado por esta Corporación como prueba de oficio (folios 127 a 138, Cdno. No. 3 de la Corte), el monto de las condenas solicitadas en los numerales 1o., 2o. y 3o., por los conceptos allí relacionados, se estableció de la siguiente manera:

"Condena 1'

"Se condene a la firma 'Sucursal en Colombia Otis Elevator Company' a pagarle a la sociedad 'Arquitectura, Ingeniería y Construcciones Industriales Ltda.' (Arinci Ltda.) la suma de CUATRO MILLONES TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTIUN PESOS CON 34/100 MCTE. ($4.033.521.34), como reajuste monetario que tuvo que pagar a Granahorrar.

"Según los hechos del numeral 11 de la demanda, la deuda de Granahorrar se incrementó así:

"Sep. 5/85 (fecha probable de entrega del elevador)	$74.719.960.33
"Dic. 17/86 (fecha en que fue entregado el elevador)	$78.753.481.67
"Valor diferencia por reajuste monetario	$4.033.521.33

"A. La sociedad Arinci Ltda. puso a nuestra disposición sus libros de contabilidad, soportes contables y toda la documentación que nosotros consideramos pertinente y que fue solicitada. Así como también nos suministró el personal adecuado para resolver nuestras inquietudes. Basados en lo anterior pudimos establecer lo siguiente con respecto a la primera condena:

1. Iniciación de la obligación:	
Pagaré 1874-01 de Sept. 10/85,	
según comprobante de contabilidad	
No. 0184 por valor de	$31.500.000.oo
Pagaré 1874-02 de Nov. 14/85, según comprobante	
de contabilidad No. 0229 por valor de	31.500.000.oo
Total de la obligación Dic. 31/85	$63.000.000.oo
Anexos 2-1	

"Este crédito fue adquirido en unidades de poder adquisitivo constante UPAC, lo cual hace que cada día el valor de la deuda se incremente de acuerdo con el aumento que sufra la UPAC.

"De conformidad con lo anterior el valor de la obligación se incrementa diariamente pero además se generan unos intereses, que deben ser cancelados trimestralmente, los cuales se contabilizan en forma independiente, de acuerdo con las normas contables, así que en la cuenta de Obligaciones Bancarias aparecerá el monto inicial de la obligación total de $63.000.000.oo más la corrección monetaria generada en la conversión de UPAC a pesos.

"B. Según lo analizado y observado a través de los registros contables, el crédito fue concedido con un período muerto para el pago de capital y solo se cancelan intereses, en este período, hasta iniciar el pago de la obligación mediante subrogación de crédito o abonos a la deuda. Anexos 8-1.

"De acuerdo con lo hallado en los libros éstos indican que a diciembre 31 de 1985 la obligación había ascendido a la suma de $66.278.839.30 y que los abonos a pagos parciales de la obligación sólo empiezan a realizarse a partir del mes de noviembre/86.

"Igualmente se observa en el libro auxiliar de la cuenta Obligaciones Hipotecarias Subcuenta Granahorrar código de cuenta No. 2070100, que la mayoría de los abonos en ese año de 1986 se presentan en el mes de diciembre correspondiente a subrogaciones de los apartamentos 101, 302, 402, 503, 602, 603, 701, 703, 803, 901, 903 y 1003.

"CUADRO DE MOVIMIENTO DE LA OBLIGACION:

"Fecha	Concepto	Valor
"Sep.10/85	Inicio de las obligaciones, según pagaré No. 1874-01	$31.500.000.oo
"Nov.14/85	Segundo desembolso con pagaré No. 1874-02	31.500.00.00
"Dic. 31/85	Ajuste por corrección monetaria por el período de la obligación	3.278.839.30
"	Saldo de la obligación a Dic. 31/85	$66.278.839.30

"Anexos 3-1

"De acuerdo con datos tomados de la contabilidad de Arinci Ltda., la obligación con Granahorrar en Septiembre 5/86 ascendía,, según datos reportados por Granahorrar, a la suma de $74.719.960.oo y que a partir de ese momento la deuda creció a Dic. 17/86 a un valor de 78.753.481.oo

"Saldo de la obligación Nos. 1874-01 y 1874-02 en Granahorrar a Diciembre 31/85 era de 66.278.839.30

"Anexo 4

"Durante el año de 1986 se realizan las siguientes operaciones:

"1. Abonos y subrograciones de los compradores de los apartamentos por valor de $42.423.547.80 (-)

"2. A dic. 17/86 se cargan valores por reajuste monetario en la cuantía de 16.321.432.oo (+)

"Anexos 5-1 y 5-1
"Total de la deuda a Dic. 17/86 40.176.724.oo

"3. Corrección monetaria de 18
de Sep./86 a Dic. 31/86 (105) 4.953.060.oo

"Total deuda a Dic. 31/86 $45.129.784.00

"Conclusión 1.

"Sobrecosto por corrección monetaria en 105
días de retardo en la entrega del ascensor
(Sep. 18/86 a Dic. 31/86) 4.953.060.oo

Condenados

"Se condene a la firma 'Sucursal en Colombia Otis Elevator Company' al pago de la suma de NOVECIENTOS DIECISEIS MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON 25/100 ($916.329.25) a favor de ARINCI LTDA. que es igual al valor de los intereses de las cuotas iniciales dejadas de pagar por los compradores ante el incumplimiento de la firma demandante con los compradores, equivalente a los intereses de tres meses y medio sobre un capital de $8.726.945.20.

"Es de anotar que aun cuando no se encontró documento alguno que indique efectivamente la causa de la demora en el pago de las cuotas iniciales, según el cuadro siguiente si es diciente los meses en los cuales se firmó el mayor número de compraventa.

"CUADRO REPRESENTATIVO POR MESES DE LA FIRMA DE LAS PROMESAS DE VENTA DE LOS APARTAMENTOS EN EL EDIFICIO TEUSACA

Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo
		11/86 #401	8/86 #302	2/86 #503
		11/86 #402	9/86 #903	2/86 #603
				6/86 #901
				2/86 #902

Junio	Julio	Agosto	Septiembre
11/86 #301	24/86 #702	8/86 #101	18/86 #501
12/86 #403		14/86 #602	15/86 #703
19/86 #502		26/86 #701	18/86 #802
		27/86 #803	
		6/86 #1003	

Octubre	Noviembre	Diciembre
	6/86 #601	

"La disminución en las ventas según este cuadro significó por tanto costos financieros que generaron, por el pago no oportuno a la obligación con Granahorrar, costos financieros y corrección monetaria.

"Según los comprobantes de caja y comprobantes de contabilidad se hallaron los siguientes compradores que demoraron sus pagos de cuotas iniciales. Anexos 6-1 al 6-14.

"Recibo No.	Apto. No.	Fecha promesa compraventa	Fecha cuota inic.	Valor Saldo pagado
175	703	Sep. 15/86	Dic. 26/86	$388.889.oo
176	701	Agost. 26/86	Dic. 26/86	100.000.oo
2563	1003	Agos. 26/86	Dic. 16/86	500.000.oo
179	802	Sep. 18/86	Ene. 7/87	1.000.000.00
182	602	Agost. 14/86	Ene. 16/87	243.787.00
184	803	Agos. 27/86	Ene. 26/87	2.543.403.00
2958	401/2	Marzo 11/86	Mar. 3/87	2.000.000.oo
2960	401/2	Marzo 11/86	Mar. 3/87	2.000.000.oo
2959	401/2	Marzo 11/86	Mar. 3/86	182.772.oo
"Total				$8.958.851.oo:

"Constatados los valores de las cuotas iniciales dejadas de cancelar por la demora en la instalación del elevador, se procede a establecer los intereses correspondientes sobre este valor por el tiempo de mora, así:

"1. Valor total de las cuotas iniciales dejadas de cancelar por la demora en la instalación del ascensor $8.958.851.oo,

"2. Tiempo total de la demora desde Sep. 18/86 a Feb. 24/87. La fecha real de entrega del ascensor fue en febrero 24 del 87, fecha en la cual figura el acta de aceptación por parte de Arinci Ltda. Luego el tiempo de demo (sic) se resume así:

"Anexo 7-1	
"Fecha probable y pactada de entrega	Sep. 18/86
"Fecha real de la entrega según aceptación	Feb. 24/87
"Total días reales de retardo	159 o 5.3 meses

"3. Se establece un interés por el retardo del 36% anual.

"Total cuotas dejadas de cancelar:	
"$8.958.851.oo - x 36% =	$3.225.186.oo anual "
3.225.186.oo dividido por 360 =	8.958.85 día "
8.958.85 x 159 =	$1.424.457.31

"CONCLUSION 2

"El interés de las cuotas iniciales pagadas por los compradores por la demora en la instalación del ascensor asciende a la suma de $1.424.457.31.

"CONDENA 3

"Se condene asimismo a la firma "SUCURSAL EN COLOMBIA OTIS ELEVATOR COMPANY" al pago en favor de "Arinci Ltda." de la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS DIEZ Y OCHO CON 76/100 ($289.218.76) equivalente a los intereses de $2.754.464.33 durante tres meses y medio como interés del capital aportado por la firma demandante, de su propio peculio.

"El valor de los $2.754.464.33 que debió cancelar Arinci Ltda. como un mayor valor aportado de su propio capital, no hubiera sido necesario por el cumplimiento oportuno de parte de Otis. Por tal razón se considera lógico el pago de los intereses del 3% mensual por el tiempo de retardo que va desde la fecha pactada de entrega: sep. 18/86 a la fecha exacta de entrega, según consta en el acta de aceptación de recibo del ascensor: febrero 24/87.

"Es de anotar que la maquinaria del ascensor llegó en Dic. 17/86, pero su entrega formal y de conformidad con el comprador (ARINCI LTDA.) fue en febrero 24/87.

nexo 7-1.

"Total días reales de retardo son: 159
"LIQUIDACION
"Valor aportado de su propio capital $2.757.464.33
"Interés anual 36%
"Total tiempo de la demora 159 días 5.3 meses
"2.754.464.33 x 36% = 991.607.16 dividido por 360 días $991.607.16 x 360 = 2.754.46 x 159 días $2.754.46 x 159 = 437.960.oo.

"CONCLUSION 3

"El valor de los intereses por el capital aportado por Arinci Ltda. de su propio peculio es la cuantía de $437.960.oo

"RESUMEN DE LAS CONDENAS

"Condena 1
"Sobrecosto por corrección monetaria en los 105 días de retardo en la entrega del ascensor (Sept. 18/86 a Dic. 31/86) por un valor total de $4.953.060.oo

"Condena 2
"El interés de las cuotas iniciales dejadas de cancelar por los compradores por la demora en la instalación del ascensor es de un valor total de 1.424.457.31

"Condena 3
"El valor de los intereses por el capital aportado por Arinci Ltda. de su propio peculio es de un valor de
437.968..oo

TOTAL CONDENA A FEBRERO/87 $6.815.485.31

"Debido al tiempo ya transcurrido (8 años) consideramos oportuno actualizar este valor por la corrección monetaria, que nos fue suministrada por el Banco de la República.

"VALOR INICIAL AL CUAL SE APLICA LA CORRECCION MONETARIA $6.815.485.31:

Año	Capital	Tiempo	Corrección Monetaria	Vr. Ajuste	Capital Ajustado
1987	$6.815.485	10 meses	21%	1.192.710	8.008.195
1988	8.008.195	12 "	22.37%	1.791.433	9.799.628
1989	9.799.628	12 "	22.10%	2.165.718	11.965.346
1990	11.965.346	12 "	24.70%	2.955.440	14.920.786
1991	14.920.786	12 "	27.08%	4.040.549	18.961.335
1992	18.961.335	12 "	20.20%	3.830.190	22.791.525
1993	22.791.525	12 "	18.84%	4.293.923	27.085.449
1994	27.085.449	108 días	5.43%	1.470.739	28.556.188

"El valor actual de las condenas a la fecha del presente dictamen abril 22 de 1994 son ($28.556.188.oo) VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y OCTIO PESOS M/CTE.".

Y en relación con la inspección contable que debía practicarse en Granahorrar, oficina principal de Bucaramanga, los peritos expresaron que a pesar de que se pusieron a su disposición "...carpetas y documentos que se llevan allí para cada crédito, de donde se aportan algunas fotocopias que a nuestro entender son necesarias para dar claridad al informe y a los datos que se presentan... los libros correspondientes a las fechas indicadas para el peritazgo reposan en Bogotá por el sistema de microfilmes y aunque fueron solicitados no llegaron oportunamente, ya que el tiempo asignado a nuestro dictamen fue muy corto y de acuerdo con lo expresado verbalmente por el juez asignado para la diligencia no se podía ampliar el plazo, por lo cual en caso de ser necesario podría solicitarse esta información en la oficina principal de Granahorrar en Bogotá".

Con estas observaciones liminares, los precitados auxiliares rindieron un informe acerca del trámite adelantado por la sociedad demandante ante la mencionada entidad financiera, para el otorgamiento de un préstamo por $63.000.000.oo y una relación de abonos a prorrata y por subrogración realizados por algunos adquirentes de apartamentos en el edificio "Teusacá", así como unos abonos de intereses trimestrales, estableciendo las siguientes conclusiones: 1) que "...analizada la información obtenida se puede concluir que no se permite realizar cálculos precisos por la falta de información en los aspectos contables, ya que no se encuentra el medio para determinar el monto de la obligación mes a mes dado que éste se

incrementa con la corrección monetaria, ni tampoco la contabilización en UPAC de los valores abonados pues solo aparece en algunos documentos de los encontrados para el estudio de este dictamen y aunque existen informaciones parciales de saldos, no se pudo determinar si estos saldos son del comienzo de día o del final, ni tampoco que otros abonos se realizaron...", agregando que " . además de los registros contables y de los libros auxiliares, se llevan unas tarjetas donde se centraliza todo el movimiento contable de cada una de las obligaciones de los clientes, pero la correspondiente a la que es objeto de análisis, también se encuentra en Bogotá"; y 2) que "...no se pudo determinar exactamente el valor de la obligación a septiembre 5 de 1986, fecha indicada en la demanda como punto de partida, por cuanto en ella debía ser entregado el ascensor, ni tampoco en diciembre 17 de 1986, fecha en que se recibió la maquinaria del ascensor ni tampoco a febrero 24 de 1987, fecha en que aparece el acta de entrega a satisfacción de la firma 'Arinci Ltda.', para poder hallar el mayor valor cancelado de acuerdo con la demanda, siendo por tanto imposible cuantificar con bases ciertas el monto de las condenas solicitadas por la parte demandante (...). Lo anterior no fue posible por cuanto los datos solicitados corresponden a varios años atrás y éstos reposan en la oficina principal de Bogotá guardados por medio de microfilmes según se nos informó en las oficinas de Granahorrar de Bucaramanga, y que a pesar de haber sido solicitada esta información no alcanzó a llegar en el tiempo oportuno, por lo cual en caso de ser necesario, sería conveniente solicitarlo en las oficinas de Bogotá". (Folios 167 a 172, cuaderno No. 3 de la Corte).

Puesta en conocimiento de las partes la referida experticia, el mandatario judicial de la empresa demandada expresó que se refería a ella "... no para objetarlo pues considero que no se puede hablar de error grave en el experticio, sino para hacer notar que el monto de las condenas a que se refiere el dictamen *supera* los montos anotados en las pretensiones de la demanda"; a lo que agregó: "como quiera que el total de la condena, según el experticio plasmado en el peritaje, supera el total de lo pedido en los numerales 1o., 2o. y 3o. del petitum de la demanda, tan sólo al resultado de la suma de las cantidades a que se refieren esos numerales 1o., 2o. y 3o. podrán aplicarse los porcentajes señalados en el experticio, para la actualización de las respectivas condenas, de conformidad con el principio de la congruencia establecido en el artículo 305 de nuestro estatuto procedimental civil". (Folios 206 a 207), cuaderno No. 3 de la Corte).

Finalmente, en los folios 27 a 29 del cuaderno No. 2 (pruebas de la parte demandante) milita el dictamen pericial emitido por Edgar Higinio Villabona Carrero y Eliécer Acevedo Acevedo, rendido con el fin de "... determinar la suma de dinero que como sobrecosto administrativo durante 3 meses y medio tuvo que cancelar la entidad demandante en razón de la no entrega de unos apartamentos ubicados en el edificio "Teusacá"" de Bucaramanga, que arroja el siguiente resultado:

"El sobrecosto administrativo pagado por el demandante, está comprendido por el valor de dos trabajadores que debió destinar en el edificio "Teusacá"" para efectos de celaduría, en el valor pagado por razón de la oficina en donde funcionó la administración de dicho edificio, que comprende servicios públicos domiciliarios y la suma de dinero por razón de arrendamiento de la citada oficina, en la parte proporcional para la administración del edificio; tenemos:

"1.Por razón de salarios pagados a los trabajadores destinados a administrar o vigilar la entrada a los apartamentos, desde el 5 de septiembre de 1986 al 17 de diciembre de 1986 $208.634.oo

"Lo anterior pagado a dos trabajadores, en turnos de 12 horas cada uno.

"2. Por concepto de arrendamiento de la oficina donde funcionó la administración del edificio, durante tres meses y medio $175.000.oo

"3.Por servicios públicos agua, luz, teléfono, el valor proporcional se estima en $35.000.oo

"4.Por razón del salario pagado a una secretaria que atendió lo relativo a la conservación y manejo de los documentos de la administración del edificio, en la parte proporcional necesaria para desempeñar dicha labor $35.000.oo

"TOTAL SOBRECOSTO ADMINISTRATIVO $453.634.oo""

Explicaron los mencionados auxiliares de la justicia que el aludido dictamen, en "lo relativo a los salarios pagados a los trabajadores que se encargaron de la celaduría del edificio "Teusacá"" en el lapso comprendido entre el 5 de septiembre al 17 de diciembre de 1986, fue tomado del libro de nómina que me fuera puesto a disposición por el Dr. Henry Ramírez, representante del demandante, tal como lo señala el artículo 242 del C. de P.C.,

libros que me fueron mostrados durante la semana comprendida entre el 11 al 15 de septiembre del presente año'" y, que "... el valor de los arrendamientos que en virtud de la destinación de las oficinas del demandante fueron destinadas para la administración del edificio "Teusacá"" es el comprendido entre el 5 de septiembre y el 17 de diciembre de 1986, al igual que los servicios públicos domiciliarios'".

Igualmente manifestaron que también se les pidió que dictaminaran acerca "... del valor de los perjuicios sufridos por la no venta de los apartamentos, encontrando nosotros que dichos perjuicios equivalen al valor de los intereses de las cuotas iniciadas (sic) dejadas de pagar por los compradores'".

Por último, advirtieron que "la suma de $453.634 en que se estimó el sobrecosto administrativo, equivale a dinero de 1986, vale decir, sin tener en cuenta la corrección monetaria ni ningún tipo de interés'".

Respecto de este dictamen las partes guardaron absoluto silencio.

4. De cara a tales elementos de convicción, la Sala, en relación con las seis (6) condenas solicitadas en la demanda, estima indispensable sentar las siguientes precisiones:

a) Que no hay respaldo probatorio para despachar favorablemente las impetradas en los numerales 3, 4 y 6, en virtud de los siguientes planteamientos:

1) Respecto del numeral tercero, en el que se pide que se condene a la firma demandada a pagarle a la demandante la suma de $289.218.76 "... equivalente a los intereses de $2'754.464.33, durante tres meses y medio (3 1/2) como intereses del capital aportado por la firma demandante y de su propio peculio'", no milita en el proceso elemento de juicio que evidencie el aportamiento, por parte de la sociedad actora, de capital alguno o, por lo menos en la cantidad anunciada, razón por la cual la tasación que sobre el particular trae el dictamen pericial rendido por María Jóvita Díaz Trujillo y Luis Alberto Cárdenas (Folios 135 y 136, cdno No. 3 de la Corte) carece de fundamento, por cuanto allí se parte de la mera afirmación contenido en la demanda, en el sentido de que la sociedad demandante aportó tal cantidad de dinero.

2) Otro tanto puede afirmarse en relación con el numeral cuarto, por medio del cual se solicita que se condene a la empresa demandada a pagar la suma de $910.000.oo "... como sobrecosto administrativo que durante los tres meses y medio (3 1/2) tuvo la obra ante la demora de la colocación del ascensor", por cuanto el dictamen pericial practicado con tal finalidad, visible a folios 27 a 29 del cuaderno No. 2, tampoco ofrece fundamentación alguna acerca de la necesidad que tuvo la empresa demandante de servirse, exactamente por dicha causa y durante aquel tiempo, de los servicios de dos celadores, de alquilar una oficina para la administración de dicho edificio, y de los servicios públicos correspondientes, ni los peritos Edgar Higinio Villabona Carrero y Eliécer Acevedo Acevedo adujeron los soportes pertinentes para respaldar cada una de aquellas contrataciones y gastos.

3) Idéntica suerte corre, y si se quiere en forma más acentuada, la condena impetrada en el numeral sexto, en cuanto se reclama una condena para la entidad demandada "... de una suma superior a CINCO MILLONES DE PESOS ($5'000.000.oo), o por la que sea considerada por los peritos designados sobre el particular, en calidad de perjuicios ante el repentino cese de ventas de los apartamentos o unidades privadas que conforman el edificio "Teusacá"", pues tampoco existe en el expediente elemento de juicio alguno que afirme el cimiento y la cuantía de tal indemnización, por cuanto en el premencionado dictamen, los peritos Villabona Carrero y Acevedo Acevedo (flios 27 a 29, cdno No. 2) al abordar la citada tarea, se limitaron a expresar que "... dichos perjuicios equivalen al valor de los intereses de las cuotas iniciales dejadas de pagar por los compradores"", criterio que responde justamente al que estructura la condena impetrada en el numeral segundo de las peticiones de la demanda y cuyo monto fue materia de avalúo por iniciativa de esta Corporación, como a continuación se observará.

b) Que resulta viables las indemnizaciones solicitadas en los restantes numerales, es decir, en los numerales primero, segundo y quinto de la demanda, aunque no en las cuantías determinadas por los peritos para los dos primeros numerales, por cuanto si bien en tales aspectos el dictamen aparece claro, preciso y detallado, no es posible acogerlo en su integridad, por las razones que seguidamente se exponen: en primer lugar, la firma constructora, al instaurar la demanda, cuantificó el monto de las condenas solicitadas en los precitados numerales, razón por la cual, aunque los peritos dedujeron para la condena contenida en ellos una cuantía superior a la

pedida en dicho libelo, la sentencia solamente reconocerá el valor de los perjuicios en la cuantía tasada de antemano por la sociedad actora, en acatamiento de la disposición contenida en los dos primeros incisos del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los cuales la sentencia deberá estar en consonancia "... con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda..." y no se podrá condenar al demandado "... por cantidad superior... de la pretendida en la demanda'"; y, en segundo lugar, el monto de la condena establecida pericialmente para el rubro contenido en el numeral segundo, se reducirá exactamente al tiempo que configuró el retardo de la sociedad demandada para instalar el elevador, o sea al de tres y medio meses, o 105 días, como quiera que aunque los peritos tuvieron pleno conocimiento del lapso que transcurrió entre la fecha convenida para instalar dicho aparato y la fecha en que realmente la sociedad demandada lo instaló, sin embargo tomaron como tiempo de la mora un plazo más amplio, como que lo extendieron hasta el 24 de febrero de 1987, arrojando para la computación de los intereses un plazo superior al señalado en la demanda por la sociedad demandante.

c) Por último, la cuantía de la condena solicitada en el numeral quinto aparece demostrada con el testimonio de Rafael Augusto Lizcano Blum (flios 341 a 343, cdno No. 2 de la Corte), aunque allí se afirma que la suma de dinero pagada por concepto de intereses de la cuota inicial dada por el declarante para la adquisición del apartamento No. 501 del edificio "Teusacá", fue también superior a la registrada en la demanda.

La cuantía de tales condenas se actualizará, según lo solicitado en el numeral séptimo (7o.) del libelo incoatorio del proceso, de acuerdo con "... el porcentaje de corrección monetaria, dado por el incremento en el valor de la unidad de poder adquisitivo constante — UPAC—...", certificado por el Banco de la República, hasta el 20 de abril de 1994 (flio 166, cdno No. 3 de la Corte).

5) Por consiguiente, el monto de las indemnizaciones pedidas en los numerales primero, segundo y quinto del petitum de la demanda, es el siguiente:

a) Por la condena solicitada en el numeral primero la suma de CUATRO MILLONES TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTIUN PESOS CON 34/100 ($4'033.521,34) M/CTE.

b) Por la condena pedida en el numeral segundo la cantidad de NOVECIENTOS DIEZ Y SEIS MIL. TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON 24/100 ($916.329,24), que es el resultado de la siguiente operación:

1) Valor total de las cuotas dejadas de pagar por la demora en la instalación del ascensor, según la demanda: $8'726.945,20.

2) Tiempo total de la demora en la instalación del ascensor, computado desde el 5 de septiembre hasta el 17 de diciembre de 1986, arroja, 105 días, para un total de tres y medio (3 1/2) meses, de conformidad con los términos de libelo incoatorio del proceso, con un interés del 36% anual.

3) 8'726.945,20 x 36% − $3'141.700,20
#3'141.700,20 dividido por 360 = $8.726,94 día
$8'726,94 x 105 días = $916.329,24

c) Por la condena impetrada en el numeral quinto la suma de CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($42 500,oo) M/CTE.

TOTAL DE LAS CONDENAS: CUATRO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA CON 58/100 ($4'992.350,58).

Tal suma de dinero actualizada hasta la fecha antes anotada, arroja el siguiente resultado: VALOR INICIAL AL CUAL SE APLICA LA CORRECCION MONETARIA: $4'992.350,58.

AÑO	CAPITAL	TIEMPO	CORRECC. MONET	VALOR AJUSTE	CAPITAL AJUSTADO
1987	$ 4.992.350=	12 meses	21%	$1'048.393	$ 6'040.743=
1988	$ 6.040.743=	12 meses	22.37%	$1'351.314	$ 7'392.057=
1989	$ 7.392.057=	12 meses	22.10%	$ 1'633.644	$ 9'025.701
1990	$ 9.025.701=	12 meses	24.70%	$2'229.348	$11.255.049=
1991	$11'255.049=	12 meses	27.08%	$3'047.867	$14'302.916=
1992	$14'302.916=	12 meses	20.20%	$2'889.189	$17'192.105=
1993	$17'192.105=	12 meses	18.84%	$3'238.992	$20'431.097=
1994	$20'431.097	108 días	5.43%	$1'109.408	$21'540.505=

Por consiguiente, el valor actual de las aludidas condenas hasta el 20 de abril del presente año arroja la suma de VEINTIUN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS CINCO PESOS M/CTE ($21'540.505.oo).

III *Decisión*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, obrando como tribunal de instancia, administrando justicia en nombre de la República del Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de 2 de mayo de 1991, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga en este proceso ordinario de la sociedad "Arquitectura, Ingeniería y Construcciones Industrializadas'" (Arinci Ltda.) contra "Otis Elevator Company'" —sucursal en Colombia—, y en su lugar,

Resuelve

Primero. Declárase que la sociedad demandada "Otis Elevator Company —sucursal en Colombia— domiciliada en Portland, Estado de Maine, Estados Unidos de Norteamérica, "... incumplió el contrato No. 39NE1796, contrato que cristalizaba la propuesta No. 39N3557, celebrado con la firma "Arinci Ltda." el día 18 de noviembre de 1985";

Segundo. Declárase que, como consecuencia del aludido "... incumplimiento del contrato por parte de la firma "Sucursal en Colombia Otis Elevator Company", la firma demandante "Arinci Ltda." sufrió perjuicios tales como el incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa celebrados con sus compradores, aumento de la corrección monetaria, pago de intereses (...)'";

Tercero. Declárase que "... la firma 'Sucursal en Colombia Otis Elevator Company' debe resarcir los perjuicios sufridos por la firma 'Arinci Ltda.' en razón a que el incumplimiento de la firma demandada fue la causa generadora de los perjuicios sufridos por la parte demandante";

Cuarto. Declárase no probadas las excepciones propuestas en este proceso por la sociedad demandada "Otis Elevator Company" Sucursal en Colombia;

Quinto. Condénase a la precitada sociedad demandada a pagarle a la mencionada sociedad demandante la suma de VEINTIUN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS CINCO PESOS ($21.540.505.oo) M/CTE, por concepto de las condenas solicitadas en los numerales primero (1o.) segundo (2o.) y quinto (5o.) de la demanda incoatoria del proceso, actualizadas hasta el 20 de abril del año en curso, según lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

Sexto. Absuélvese a la citada sociedad demandada de las condenas impetradas en los numerales tercero, cuarto y sexto de la misma demanda, en virtud de las razones consignadas en la parte expositiva de este mismo fallo.

Séptimo. Condénase a la firma demandada a pagar el setenta por ciento (70%) del valor total de las costas causadas en ambas instancias, en virtud de la prosperidad parcial de la demanda. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

SECRETARIO JUDICIAL/ DERECHO DE IMPUGNACIÓN

Como bien lo anota el recurrente, bien puede suceder que "...la parte haya exigido que el secretario documente la manifestación" y dicho funcionario se haya abstenido de hacerlo, evento en el cual a la parte recurrente se le acarrearía una injustificada lesión al derecho de impugnar, si a pesar de haber cumplido con sus cargas, por una omisión del aludido empleado se le declarara, sin más, desierto el recurso interpuesto.

CASACION-Pago de Porte/CASACION-Carga Procesal/EXPEDIENTE-Remisión

La obligación de pagar el porte de ida y regreso es una carga que debe cumplirse independientemente de la naturaleza de la entidad por conducto de la cual se remita el expediente.
F. F.: C. de P. C. Art.: 132 Inciso: 4.

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

Magistrado Ponente: Dr. Rafael Romero Sierra

Expediente No. 5118 Auto No. 282

Decídese el recurso de reposición interpuesto por el demandado contra el auto del 10 de agosto del año en curso, proferido dentro del trámite del recurso extraordinario de casación formulado por el demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, en el proceso ordinario promovido por Moritz Goldringer Galsberg contra Mohamed Ahmad Rahal.

Para ello se considera:

1. El auto recurrido dispuso que, antes de resolver sobre la admisión del recurso de casación, se precisara:

a. Por la Secretaría del Tribunal, aspectos tales como la fecha en que el recurrente solicitó la remisión del expediente por una vía más rápida y el motivo por el cual no aparece esa constancia en el expediente.

b. Por la Oficina "Servientrega", si fue pagada la totalidad del valor del porte de ida y regreso.

2. El recurrente, por su parte, estima que esa decisión debe ser revocada y, en cambio, declarar desierto el recurso de casación interpuesto, impugnación que fundamenta sobre los siguientes motivos:

1. "Lealtad procesal, ya que si se espera la respuesta a los oficios que se ordenó expedir se podría argumentar que la parte demandada y opositora en la casación debió reclamar en tiempo oportuno la inutilidad de esos oficios";

2. "Por el principio de la documentación del proceso civil, ya que si en el expediente no figura la constancia a que se refiere el inciso 4o. del artículo 132 del C. P. C., no se puede con una explicación que supuestamente pudiera hacer el Secretario del Tribunal, tener por reemplazada una constancia que no colocó".

3.- "Por el principio de la economía procesal ya que aún suponiendo que la Secretaría del Tribunal contestara que sí se pagó el porte para que se enviara por un medio más expedito el expediente, esto no reemplazaría la constancia omitida".

Desarrollando tales principios, el recurrente expone sobre el particular lo siguiente:

"Es bien claro el inciso 4o. del art. 132 del C. de P. C., cuando establece que para enviar el expediente a otro lugar por un medio más rápido que ofrezca suficientes garantías, debe mediar solicitud al secretario. Esto significa que debe haber manifestación de voluntad por parte del recurrente

dirigida al secretario para tal fin y que ella debe constar en un escrito o en la constancia que deje el secretario de que tal hecho ocurrió, lo cual es una carga que corresponde a la parte.

"No se puede argumentar que la ausencia de constancia de la solicitud es enrostrable a la secretaría judicial; ya que el Código es muy claro en el sentido de hablar de solicitud, lo cual significa que debe documentarse: o por un escrito que presente la parte interesada o porque ella haya exigido que el secretario documente la manifestación.

"Esta exigencia no es un formalismo simple, sino que mediante ella se protege el derecho que tiene la parte no recurrente a saber cómo se envía y en qué forma el expediente, para evitar las sorpresas y las argucias, conductas que no crean un ambiente propicio para interponer u oponerse a los recursos que se inicien.

"Así las cosas y en el supuesto caso que se contestará que se pagó el porte de ida y regreso y que hubo solicitud verbal pero que ello no consta en documentos, nos conduciría al mismo resultado; es decir, que por no poderse reemplazar los actos que deben documentarse con explicaciones, lo que procede en este momento y lo que procedería una vez obtenidas las respuestas, es exactamente lo mismo: La declaratoria de desierto el recurso. En otras palabras, las medidas ordenadas son superfluas y por ello se debe llevar el expediente a Sala para que se declare desierto el recurso incoado

"No sobra decir que SERVIENTREGA es por otra parte un servicio de correo paralelo, de carácter privado y el Código prevé la cancelación del valor del porte de ida y regreso, solo para la respectiva oficina postal, es decir, a través de la Administración Postal Nacional, entidad oficial; por tanto, el oficio ordenado en ese sentido, igualmente resulta superfluo...".

3. Los informes solicitados en el auto recurrido en reposición responden a los mecanismos utilizados por la Corte en pretéritas oportunidades para conjurar la posibilidad de que por variados factores, entre los que se pueden contar la negligencia o la ignorancia del funcionamiento judicial en el cumplimiento de su deber, o la desidia del mandatario judicial en el desempeño del cargo, den al traste con el ejercicio de un derecho vital en la defensa de los intereses de las partes en contienda, cual es el de la impugnación de las providencias que les puedan causar agravio, por cuanto ha

venido observando que la comisión en el asentamiento de las constancias pertinentes para la remisión válida de los expedientes a esta Corporación en virtud de la concesión del recurso extraordinario de casación, no siempre obedece a la circunstancia de que los hechos sobre los cuales debía dejarse la respectiva atestación no ocurrieron efectivamente, que son en síntesis, los aspectos cardinales sobre los que debe descansar la aplicación de la sanción correspondiente.

4. De manera que con la saludable finalidad de dejar establecida la concurrencia o no de los presupuestos legales para la remisión de expedientes y, consecuentemente, para admitir o declarar desierto el recurso por tal aspecto, la Corporación ha venido tomando aquellas precauciones, por cuanto como, bien lo anota el recurrente *puede suceder que "...la parte haya exigido que el secretario documente la manifestación" y dicho funcionario se haya abstenido de hacerlo, evento en el cual a la parte recurrente se le acarrearía una injustificada lesión al derecho de impugnar, si a pesar de haber cumplido con sus cargas, por una omisión del aludido empleado se le declarara, sin más, desierto el recurso interpuesto.*

5. Ahora bien: tampoco resulta inane la información solicitada a "Servientrega", por cuanto se estima que la obligación de pagar el porte de ida y regreso es una carga que debe cumplirse independientemente de la naturaleza de la entidad por conducto de la cual se remita el expediente, consideración que encuentra sólido apoyo en el inciso cuarto del artículo 132 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual "cuando una parte solicite al secretario el envío a otro lugar por el medio más rápido que ofrezca suficientes garantías, *deberá entregarle a aquél la totalidad del valor del porte*, dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria del auto que dispuso la remisión, de lo cual se dejará constancia en el expediente", pues de no ser así, de un lado, la parte recurrente encontraría un camino ideal para vadear aquella obligación solicitando la remisión por medio distinto de la oficina postal, caso en el cual, de conformidad con la posición del recurrente, tan sólo tendría que sufragar el porte de ida, mas no el de regreso, y de otro, como quiera ella solo operaría en frente de la remisión de expedientes por conducto de la respectiva oficina postal y no de otra, como sin sindéresis alguna podría deducirse de los incisos segundo y tercero del mismo precepto, los que en su orden disponen que "la parte a quien corresponda pagar el porte deberá cancelar su valor de ida y regreso en la *respectiva oficina postal*, dentro de los diez días siguientes al de la llegada

a esta del expediente o de las copias...", y que "si pasado este término no se han pagado en su totalidad, el jefe de la oficina los devolverá al juzgado remitente con oficio explicativo, y *el juez declarará desierto el recurso si fuere el caso*, hipótesis en la cual ciertamente resultaría inútil la cuestionada información (Subrayas de la Sala).

6. De suerte que existen razones no solamente legales, sino también de justicia y equidad, para solicitar que antes de cualquier pronunciamiento de la Sala en el punto, quede suficientemente dilucidada la concurrencia de los presupuestos legalmente requeridos para la imposición, a la parte recurrente, de la sanción prevista en el artículo 132 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto, se niega la reposición del auto de fecha precitada.

Se reconoce al doctor Jairo Parra Quijano como apoderado judicial del demandado, en los términos y para los efectos del memorial poder visible al folio 7 de este cuaderno.

Notifíquese.
Rafael Romero Sierra.

REGISTRO CIVIL/ESTADO CIVIL/NULIDAD DE LA INSCRIPCION

En el presente evento, si la parte recurrente estimaba que el registro aportado por el demandante con miras a establecer su filiación respecto de la causante fue expedido sin habérsele dado cumplimiento a los requisitos pedidos por el art. 50 del Dec. 1260/70, tenía expedito el camino para alegar la nulidad de la inscripción, a términos de lo dispuesto en el art. 104-5 ib.

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL — Ataque todos los fundamentos

Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado.
Igual sentido: G. J. t. CXLVIII, p.221

Corte Suprema de Justicia. — *Sala de Casación Civil.* Santafé de Bogotá D. C., ocho de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo*

Rad. Expediente No. 3971. Sentencia No. 110

Provee la Corte en relación con el recurso de casación que interpusiera la codemandante y codemandante en reconvención RUFINA o RUTH GUAQUETA ANGEL en contra de la sentencia de la Sala de Familia del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, proferida el diez (10) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), dentro del proceso ordinario instaurado en frente de la recurrente y de la señora MARIA HERLINDA GUAQUETA DE VALLEJO, como herederas de MARIA ANTONIA ANGEL VDA. DE GUAQUETA, por la señora MERCY ANGEL DE TORRES.

Antecedentes

1. En demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Chocontá, la señora Mercy Angel de Torres pidió que, previos los trámites de un proceso ordinario a surtirse con citación y audiencia de las señoras María Herlinda y Rufina Guáqueta Angel, se declarase que tiene vocación hereditaria para suceder a su madre extramatrimonial María Antonia Angel vda. de Guáqueta en las mismas condiciones de las nombradas, y que, en consecuencia, se le adjudicase una cuota equivalente a una tercera parte de los bienes que describe, y se condenase a las demandadas a restituírle la posesión material y los frutos de los bienes adjudicados, y se tomasen las medidas complementarias y consecuenciales de tal determinación.

2. Para sustentar la anterior pretensión, la actora adujo que la señora María Angel Vda. de Guáqueta había fallecido en Tocancipá (Cund.) el 12 de mayo de 1985. Que había contraído matrimonio con el señor Abraham Guáqueta y que de esa unión nacieron Herlinda y Rafina Guáqueta Angel, en 1936 y 1939, respectivamente. Que el proceso sucesorio se adelantó ante el Juzgado Civil del Circuito de Chocontá.

Que a los quince años de edad, María Antonia Angel procreó una hija a quien dieron el nombre de Mercy Angel, nacida el 27 de septiembre de 1933 en el municipio de Facatativá (Cund.). Que Mercy Angel tiene derecho, como las demandadas, a una legítima efectiva en los bienes relictos, y que no fue reconocida dentro del proceso sucesorio de su madre extramatrimonial, por cuanto de él tuvo noticia cuando ya había concluído. Y que las demandadas son las actuales poseedoras de los bienes herenciales.

3. Admitida la demanda anterior y corrida en traslado a las demandadas, éstas le contestaron para oponerse a la pretensión dedu-

cida en ella, para lo cual negaron que la señora María Antonia Angel Vda. de Guáqueta hubiese procreado a la pretendida hija extramatrimonial. Que a los quince años de edad ella era hija de familia quien en ese tiempo cursaba estudios en el Colegio de la Presentación de Facatativá, sin conocérsele en forma privada o pública que hubiese tenido como hija extramatrimonial a la mencionada Mercy Angel de Torres.

4. Por separado, las mismas demandadas formularon demanda de reconvención en la que pidieron declarar que Mercy Angel de Torres, "no es hija extramatrimonial de María Antonia Angel Vda. de Guáqueta, por ser falso el parto que aquella le atribuye a ésta", y que, en consecuencia, se le condenase al pago de los prejuicios morales y materiales causados al hacerse pasar como heredera, de los extinta María Antonia Angel Vda. de G.

5. En sustento de su pretensión, las contrademandantes expusieron que María Antonia Angel nació el 29 de abril de 1915 y fue bautizada el 15 de julio de 1931, siendo sus abuelos maternos Rafael Angel y Lastenia Angel, habiendo sido sus padrinos Adriano Onofre y Rosa María Angel. Que cuando tenía quince años de edad, concretamente para el mes de septiembre de 1933, estudiaba en el Colegio de la Presentación de Facatativá, no habiendo, por tanto, concebido ni dado a luz extramatrimonialmente a quien hoy se identifica como Mercy Angel de Torres. Que esta no ha sido conocida ni reputada, privada o públicamente, como hija extramatrimonial de María Antonia Angel Vda. de G., ni antes ni después de su matrimonio con Abraham Guáqueta, lo que sucedió en 1935.

Que según la demanda y el registro civil de nacimiento, éste ocurrió en Facatativá el 27 de septiembre de 1933, fecha en la que María Antonia se encontraba estudiando.

Que del matrimonio de María Antonia con Abraham Guáqueta, celebrado el 16 de marzo de 1935, nacieron María Herlinda, el 27 de diciembre de 1936, Guillermo (fallecido), y Ruth, el 23 de diciembre de 1939.

Que Mercy Angel siempre ha sido reputada dentro del medio social y familiar como hija de Rosa María Angel de Onofre, quien era madrina de bautizo de María Antonia Angel.

Que las contrademandantes tuvieron conocimiento de la pretendida calidad de hija natural de Mercy Angel en relación con María Antonia Angel, solamente a la fecha de notificación de auto admisorio y traslado de la demanda de petición de herencia.

Que "al expedirle la C. de C. a Mercy Angel de Torres allí no le aparece una tarjeta decadactilar nombre alguno de padre ni de madre, pues para la expedición de tal documento se aportó, al parecer, solamente la tarjeta postal No. 10.913 que se expedía por ese entonces".

6. La contrademandada, al replicar la demanda anterior, se opuso a la respectiva pretensión, a cuyo propósito negó los hechos en que se apoya, precisando "que en un medio social reducido, compuesto por las personas allegadas a la familia, sí se tenía y conocía a Mercy Angel de Torres como hija extramatrimonial de María Antonia Angel Vda. de Guáqueta". Que el que María Antonia hubiera estado estudiando no era obstáculo biológico para engendrar y procrear a Mercy.

Que el padre de Mercy Angel, fue Adriano Onofre, "quien junto con su esposa Rosa María Angel de Onofre fueron los padrinos de bautismo de María Antonia Angel; y fue debido a esta circunstancia la familiaridad que existía entre padrinos y ahijada, tanto que esta última vivió largas temporadas con la familia Onofre Angel en su casa de Anolaima. Fue así, que presentándose un viaje de Rosa María Angel de Onofre, su esposo Adriano sedujo a su ahijada María Antonia y de esta relación nació Mercy Angel. La esposa de Adriano Onofre, Rosa María Angel de Onofre, se vio precisada a recibir a la recién nacida en el seno de su familia, cuando se la entregaron para que la criara".

Y que la familia Guáqueta Angel sabía de la existencia de la hija extramatrimonial de María Antonia Angel.

7. Trabado el litigio en los términos acabados de compendiar, se adelantó lo correspondiente a la primera instancia, al cabo de la cual el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, despacho al que se le asignó el conocimiento del asunto a raíz de la creación de la jurisdicción de familia, dictó sentencia cuya parte resolutiva dice:

"Primero. Negar las pretensiones de la demanda de reconvención propuesta por Herlinda y Rufina (hoy Ruth) Guáqueta Angel.

"Segundo. Declarar que Mercy Angel de Torres tiene vocación hereditaria para suceder a su madre extramatrimonial María Antonia Angel Vda. de Guáqueta en igualdad y en ocurrencia con las demandadas Herlinda y Rufina (hoy Ruth) Guáquera Angel, correspondiéndoles cuotas iguales.

"Tercero. Adjudicar a Mercy Angel de Torres la cuota que le corresponda.

"Cuarto. Declarar ineficaces los actos de partición y adjudicación que en favor de las demandadas se hicieran en el proceso de sucesión de María Antonia Angel Vda. de Guáqueta...

"Quinto. Ordenar rehacer la partición.

"Sexto. ... Séptimo. ... Octavo. ... Noveno. ...".

8. Interpuesto recurso de apelación por las demandadas y demandantes en reconvención, el Tribunal confirmó la anterior decisión en la sentencia que es objeto del presente curso.

La sentencia del tribunal:

1. El ad-quem inicia la parte considerativa de su recargada providencia, aludiendo a los presupuestos procesales, para acometer a continuación el examen de la demanda principal, acerca de la cual anuncia que "se colige con facilidad de su contenido que se trata de una acción de petición de herencia".

1.1. Tras algunas alusiones a las acciones propias del heredero, dice que con la demanda se acompañó "la evidencia de esa condición (folio 4), vale decir, el registro civil de nacimiento de Mercy Angel en donde se consignó que la señora María Antonia Angel es su progenitora, documento que está protegido por la presunción de autenticidad, como público que es (artículo 262-3 C.P.C.), mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, en los términos de los artículos 252 y 289 ibídem, debiéndosele dar el alcance probatorio que le asigna el artículo 264 de la misma codificación".

Anota entonces que la oportunidad procesal para alegar la tacha transcurrió sin que tal cosa hubiese sucedido. Destaca cómo en la respuesta a la

demanda se dice que no se proponen excepciones por no conocerse qué requisitos se hubiesen cumplido ante el Notario de Facatativá para sentar el registro de nacimiento de Mercy Angel, haciéndola figurar como hija de María Antonia, y que en caso de qué no hubiese cumplido, de oficio se deberá declarar la excepción de nulidad del registro, declaratoria ésta que no le merece "mayor reflexión", habida cuenta de que el derecho sustancial establece acerca de la misma, máxime cuando, dice, no obra ningún medio demostrativo de "irregularidad o vicio capaz de nulitar (sic) el aludido documento".

Concluye, pues, que la actora "tiene capacidad para actuar en el proceso (sic) pues manifiesta su vocación hereditaria por encontrarse en el orden en que se debe repartir la herencia y no estar en ningún evento legal de indignidad para suceder".

1.2. Tiene, de otro lado, a las demandadas como hijas de la de cujus, a las que además, califica como "adjudicatarias en común y proindiviso de los bienes materia del sucesorio de María Antonia Angel Vda. de Guáqueta, tal como se registra en la matrícula inmobiliaria respectiva...".

Dice que de todo lo anterior "se elucida (sic)... que la pretensiones deben tener acogida...".

2. Se ocupa enseguida de la demanda de reconvención y, tras referirse al artículo 337 del C.C., expresó que es claro que "la normatividad... no se refiere al momento del nacimiento del hijo cuya maternidad se cuestiona, como sí lo hace para otros eventos de la misma materia (artículo 326); ni al momento del registro del mismo, ni tampoco el momento del conocimiento sobre su existencia, ni a ningún otro diferente al conocimiento del fallecimiento del causante (padre o madre cuestionado); luego así las cosas (sic) se impone confirmar la determinación tomada en su momento por el faliador de instancia".

2.1. No obstante lo anterior, anuncia que se va a ocupar la pretensión desde otra perspectiva en vista de las razones que ofrece, para lo cual empieza por recordar que "se ataca la maternidad de María Antonia Angel respecto a Mercy alegando el falso parto, intentando demostrar que éste jamás existió".

2.1.1. Destaca, pues, cómo se afirma en la demanda que cuando María Antonia Angel tenía quince años de edad se encontraba estudiando

en el Colegio de la Presentación, en el mes de septiembre de 1933, pero que también se dice que en este mismo año María Antonia no tenía quince años, para preguntarse sobre "cuál de los dos eventos se deberá tener en cuenta frente a la manifiesta contradicción".

Señala que en la tarjeta decadactilar No. 2430 perteneciente a Mercy Angel de Torres, diligenciada el 2 de septiembre de 1960, consta que esta es hija de María Antonia Angel, "habiendo sido en efecto tomados los datos de la tarjeta de identidad postal No. 10913 expedida en Bogotá sin poderse precisar la fecha...", de lo cual concluye que "por lo menos desde el año de 1965 (25 años antes de la muerte de María Antonia), ya resultaba inequívoca la condición de Mercy como hija suya".

2.1.2. Dice que otro ataque atañe a "la no pertinencia del registro civil de nacimiento de Mercy Angel arrimado en (sic) la demanda principal para demostrar su calidad de hija de María Antonia", punto que aborda aludiendo a lo que ya dijo en el sentido de que ese registro "no sufrió los rigores de la nulidad".

Al propósito anterior, recuerda las etapas legislativas que en Colombia se han dado en materia de registro de estado civil, y es así como expone que "desde 1853 hasta 1938, se dio el mismo valor a las partidas eclesiásticas y a las actas de registro civil (ley 57 de 1837 art. 22, ley 153 de 1887)". Y que "desde 1938 hasta 1970, se determinó como prueba principal las partidas del registro civil y como prueba accesoria las actas eclesiásticas, los testimonios, la posesión notoria y los documentos auténticos (ley 92 de 1938 y decreto 1003 de 1939)". Por ello, agrega a continuación, "resultan inaceptables los planteamientos encaminados a sostener que la única prueba válida dentro del sub lite, para probar el estado civil de Mercy Angel, como hija extramatrimonial de María Antonia, sea la eclesiástica".

2.1.3. Enfrenta enseguida la afirmación consistente en que María Antonia no reconoció a Mercy "tal como lo dispone el decreto 1260 de 1970", para señalar que dentro del estatuto del registro del estado civil no existe mandato que tal cosa disponga, y que, en cambio, el art. 1 de la ley 45 de 1936, modificatorio del artículo 52 del C.C., "determina que la calidad de hijo natural se da cuando este ha sido concebido y nacido por fuera del matrimonio de sus padres, a condición de haber sido reconocido o declarado tal. Empero —añade—, la misma disposición en su inciso final

preceptúa ". ..también se tendrá esta calidad... respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento...", retomando de esta manera lo que ya había dicho el artículo 7 de la ley 95 de 1890", por lo cual el argumento invocado carece de validez

2.1.4. En cuanto a la objeción consistente en no haberse establecido "la posesión notoria del estado de hija de María Antonia sobre Mercy, motivo por el cual la segunda no pudo tener por madre a la primera", recuerda que se está ante una acción de impugnación de un estado civil y no ante una de investigación del mismo, lo que lo lleva a decir que "se encuentra plenamente establecida la calidad de la madre de la obitada (sic) y más concretamente el hecho de que María Antonia concibió y dió a luz a Mercy" con el registro civil y demás pruebas de orden documental, por lo cual no es de rigor probar que se dió la pretendida posesión notoria.

2.1.5. No obstante lo anterior, anuncia que acudirá al acervo testimonial para establecer con mayor claridad lo pertinente, y tras una cita de jurisprudencia de la Corte, menciona, en primer lugar, las declaraciones recibidas a instancia de la contrademandantes.

Luego, las pedidas por la demandante principal, comentando en primer lugar lo testiguado por Luisa Milena Onofre R., quien afirma que conoció a Mercy desde su nacimiento puesto que su padre se la entregó de cuatro horas de nacida. Que Mercy era hija de María Antonia, quien vivía con ellos y que su padre era Adriano Onofre, ya que "en el año de 1932 cuando María Antonia salió de vacaciones del Colegio de la Presentación quedó esperando". Que María Antonia le había contado que Mercy había nacido en una droguería de Facatativá de propiedad de una partera llamada Chucha Calderón, quien la recibió y se la entregó a la abuela de Mercy, de nombre Belén, madre de María Antonia, que entonces Belén, de inmediato, abordó el tren con destino a Anolaima donde la entregó a Adriano y éste a la deponente.

Cita igualmente a Rosalba Onofre de Triana y a Henry Onofre Angel. Y, a espacio, examina lo relatado por Rosa María de Onofre, quien era la esposa de Adriano.

Según el Tribunal, esta testigo dice que la mamá de María Antonia Angel se casó nuevamente con un señor de apellido Sefair, quien no quería la niña y que por tal motivo le solicitó a ella que se hiciera cargo de la niña, lo que

ella aceptó desde los once años, dándole el mismo trato que a sus hijos. Que "el marido internó a María Antonia en un colegio de Facatativá y a ella le contaron que estaba embarazada. En septiembre de 1933 —continúa la referencia del Tribunal—, le llevaron una niña chiquita acabada de nacer con una carta de la abuela Belén Angel diciéndole cosas lindas, habiéndose enterado que la niña era hija de su marido Adriano, circunstancia que aceptó sin reclamar nada, dice que Adriano se calló y no dijo nada y ante la evidencia que ella le ponía de frente (la niña y la carta) y la pregunta sobre si la niña era o no suya, se puso a llorar y a partir de ese momento se hicieron cargo de la recién nacida". Que quien "originalmente le ayudó en la crianza a la niña fue su otra hijastra Luisa Milena tambien hija de su marido con otra señora y quien ya estaba grandecita cuando llevaron a Mercy recién nacida".

Después de algunos otros comentarios, el *ad-quem* concluye diciendo que, en efecto, María Antonia Angel concibió y dió a luz a Mercy Angel de Torres en el año de 1933.

2.1.6. y antes de terminar, se refiere a la inasistencia de la demandante principal a la audiencia en la que debía resolver un interrogatorio para el que había sido citada, y estima que las preguntas contenidas en el correspondiente cuestionario "son de tal ambigüedad y confusión..., que impiden endilgar a la ausente en la práctica de la prueba, cualquier carga en su contra".

La demanda de casación:

1. Con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., en un solo cargo se le enrostra a la sentencia que, como consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas, hubiese transgredido los artículos 1321, 1323, 946, 956 y 961 del C.C., 2 de la ley 29 de 1982; 48, 50 y 102 del Dto. 1260 de 1970.

2. Al desarrollarlo, el impugnante en un primer aparte se refiere al error de derecho en la apreciación probatoria, el cual se lo atribuye al Tribunal en lo tacante con el certificado de registro civil de nacimiento de Mercy Angel, expedido en 23 de junio de 1987, visible a folio 4 de cdno. ppal.

2.1. Como premisa de su argumentación sienta el censor el que de ese documento "se desprende en forma clara e indiscutible que Mercy Angel

nació el veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos treinta y tres (1933), y que su inscripción en el citado Registro del Estado Civil sólo vino a hacerse cincuenta y cuatro años más tarde, o sea el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987)".

2.1. a) Observa que en casos como el anterior, "la ley establece serias y restrictas formalidades para que pueda sentarse un registro de esas curiosas características". Dentro de tal orden de ideas, cuando se pretenda el registro de un nacimiento por fuera del mes siguiente a su ocurrencia, el interesado, de modo necesario, "deberá acreditar tal nacimiento con las pruebas auténticas e irrefragables que demuestren ese hecho, enlistadas taxativamente en el artículo 50" del Decreto 1260 de 1970, o sea, con "copia de las actas de las partidas parroquiales o de las anotaciones de carácter religioso, según se trate de católicos o de otras religiones; varios (no uno o dos sino un conjunto...) testimonios rendidos ante Juez Civil, de personas que hayan presenciado el hecho o hayan tenido noticia directa y fidedigna de él, con expresión de los datos indispensables para la inscripción".

2.1. b) Argumenta a renglón seguido que quien aduce un registro de nacimiento extendido después de transcurrido casi medio siglo después del acontecimiento, tiene la carga de la prueba de que la inscripción se hizo "con estricto cumplimiento de las formalidades, y más que formalidades elementos sustanciales, de que trata la norma últimamente citada, máxime si, como en el presente litigio, su contraparte ha cuestionado dicho registro".

A propósito de la aserción anterior, recuerda que se pidió completo informe al Notario Único de Facatativá, "sin que tal funcionario hubiere dado respuesta positiva alguna, lo que coloca al referido registro en clara situación de no haberse apoyado en documento o prueba idóneos alguna", por donde infiere que "el registro en cuestión no fue sentado, o al menos no hay constancia alguna a pesar de habérselo solicitado, con el lleno de los includibles requisitos para que pudiera tenérsele por tal y para que gozara de adecuado valor probatorio", y que como la parte demandada "pretende hacerlo valer, no obstante los defectos anotados y de estar obligada a adjuntarlo en forma cabal y con el lleno de todos los requisitos para su validez y para su plena aptitud probatoria, al no haber procedido así, no puede apoyar sus pretensiones en un registro incompleto...".

2.1. c) El Tribunal, entonces, continúa el impugnador, cuando aceptó esa prueba, violó el artículo 177 del C. de P.C., y los artículos 48, 50, 101, 102: 104 y 106 del Dto. 1260 de 1970.

La idea anterior la desarrolla sobre la base de observar que el nacimiento ocurrido 50 años antes, se ha debido acreditar con las pruebas complementarias indicadas en el artículo 50, lo que no hizo la demandante, sin que el Notario tampoco hubiera dado razón de ellas. Que, entonces, entran en juego los artículos 102 y 104-5 del mismo decreto, los cuales, en su orden, disponen que "la inscripción en el registro del estado civil será válida siempre que se haga con el lleno de los requisitos de la ley", y que "'desde el punto de vista formal son nulas las inscripciones: ...5) cuando no existan los documentos necesarios como presupuestos de la inscripción...'".

Ante la ausencia de esos documentos complementarios, los cuales, de conformidad con el artículo 177 del C. de P.C., han debido ser aportados al proceso por la parte interesada, concluye diciendo que el registro de nacimiento de la demandante no tiene mérito probatorio, a tenor del artículo 106 del citado decreto, por lo cual el Tribunal infringió las normas de valoración probatoria atrás reseñadas.

3. En un segundo aparte, el impugnador busca demostrar los errores de hecho en los que incidió el juzgador cuando, según dice, "para reforzar su conclusión de que el registro de nacimiento de la demandante tiene virtualidad suficiente para demostrar su filiación extramatrimonial con la causante, procede por impulso propio a comentar y analizar otras pruebas...".

3.1. Se refiere al censor, en primer lugar, al testimonio de Luisa Milena Onofre R., para observar que el Tribunal no se percató que la declarante no presenció el nacimiento y que todo lo que sabe fue porque lo oyó a Rosa Angel. Amén de que incurre en contradicción en relación con la forma como su padre le entregó la niña. Que tampoco tuvo en cuenta que era un menor impúber cuando sucedieron los hechos, por lo que su testimonio carece de valor comprobatorio.

En segundo lugar, cita la declaración de Henry Onofre A., para decir que si el Tribunal hubiera pretendido tomarla para demostrar el nacimiento de Mercy como hija de María Antonia, habría incurrido en un palmario error de hecho porque el testigo nada relata al respecto.

Alude, finalmente, al testimonio de Rosa María Angel de Onofre, del cual, a vuelta de verificar algunas citas del mismo, manifiesta que es "bastante circunstancial, (que) no hace referencia ni a haber presenciado el hecho del nacimiento ni, menos aún, a dar noticia directa y fidedigna del tal circunstancia, pues consiste en una serie de suposiciones mas bien encaminadas a demostrar la paternidad natural de Adriano Onofre Chaparro en relación con la demandante".

4. En cuanto a la trascendencia de los errores denunciados, consistentes en haber tenido "por legal y jurídicamente demostrado el nacimiento de Mercy Angel como hija extramatrimonial de María Antonia Angel, cuando en realidad tal relación materno filial no está legalmente demostrada", dice que condujeron al Tribunal a reconocerle a la demandante "vocación hereditaria para suceder a su madre natural, en concurrencia con las hijas legítimas de ésta, y a reconocerle la pertinente acción de petición de herencia", con lo cual se quebrantaron las normas citadas en la enunciación de cargo, según las explicaciones que ofrece al respecto.

Se considera:

1. Según viene de verse, (...) la parte recurrente ha hecho descansar su ataque en lo atañedero a la pretensión principal, en la circunstancia consistente en que por estarse ante una inscripción cumplida cincuenta años o más después de ocurrido el nacimiento, sobre la parte interesada gravita "el peso de la prueba de que la inscripción la hizo con estricto cumplimiento" de las formalidades prescritas en el artículo 50 del Decreto 1260 de 1970, lo que en este caso no habría sido satisfecho.

1.1. Ciertamente, la norma acabada de citar prescribe que cuando la inscripción del nacimiento se haya de verificar por fuera del término indicado en el artículo 48, el mismo debe ser acreditado con apoyo en alguno de los documentos que en el sobredicho precepto se mencionan.

Pero si tal es la exigencia legal, los registros que con base en la misma se produzcan no son de una índole distinta, o mas exactamente, no quedan colocados en situación de inferioridad en frente de los restantes, de manera que quien mediante ellos pretenda demostrar un estado civil tenga sobre sí una carga de la prueba más rigurosa o compleja que aquel que aduce como prueba uno extendido, dentro del mes siguiente al nacimiento. No. En ambos supuestos la fuerza probatoria es la misma, y quien los cuestio-

ne debe, él sí, evidenciar, por alguno de los mecanismos previstos en la ley, que el registro no es idóneo para acreditar el estado civil.

1.2. En el caso materia de la decisión, si la parte recurrente estimaba que el registro aportado por la demandante con miras a establecer su filiación respecto de la causante fue extendido sin habérsele dado cumplimiento a los requisitos pedidos por el artículo 50 del Decreto 1260, tenía expedito el camino para alegar la nulidad de la inscripción, a términos de lo dispuesto en el artículo 104-5 ib. Entender las cosas según las quiere hacer ver la parte recurrente, o sea, asumir que quien exhibe un registro de nacimiento asentado en los términos del precitado artículo 50, debe, al tiempo, presentar las pruebas que para ello sirvieron de base, porque de no hacerlo aquel queda afectado de nulidad, es algo que, aparte de equivaler a un trastocamiento absurdo del sistema legal al respecto —registro presentado sin las pruebas anexas tendría que ser declarado nulo—, patentiza una lamentable confusión entre la copia del registro, o el certificado que con base en el mismo se expida y la inscripción propiamente dicha, porque, en la mas obvia de las reflexiones, esa copia o este certificado pueden no estar acompañados de los documentos de los que se habla en el numeral 5 del artículo 104, sin que ello, por fuerza, tenga que llevar a concluir que la inscripción se llevó a cabo en ausencia de los mismos, cuando lo que debe suceder, y, de hecho, es lo que usual o generalmente ocurre, es que a ésta se procede con fundamento en tales documentos, los cuales no tienen por qué ser reproducidos al compulsarse copia de la inscripción o al certificarse sobre la misma. Ninguna norma legal así lo determina por la potísima razón de que una exigencia de esa índole sería completamente inútil.

Tan simple observación hace ver cómo no existe el desplazamiento de la carga de la prueba del que se habla en el cargo, y que, por lo tanto, el Tribunal no cayó en los yerros de valoración probatoria que, bajo este aspecto, la parte recurrente le ha atribuido.

1.3. La Sala se ha limitado a examinar la cuestión desde la perspectiva que le ha señalado la propia parte recurrente puesto que así lo exige la técnica y las características propias del recurso de casación. Por lo mismo, ha asumido que el registro de nacimiento aportado por la actora es prueba suficiente de ser ella hija extramatrimonial de María Antonia Angel, máxime cuando para esa época se encontraba en vigor el artículo 7 de la Ley 95 de 1890, modificatorio del artículo 60 de la Ley 153 de 1887, de

acuerdo con el cual el mero hecho del nacimiento hacía presumir la filiación natural respecto de la madre.

2. Relativamente a la pretensión acumulada por las demandadas, la parte recurrente la enrostra al Tribunal errores de hecho en la apreciación de las pruebas que lo habrían convencido de que Mercy Angel de Torres era, en realidad, hija extramatrimonial de la señora María Antonia Angel de Guáqueta.

2.1. Pero tal planteamiento aparece como ostensiblemente insuficiente, puesto que la impugnación no tuvo en cuenta que los argumentos de índole factual expuestos por el Tribunal tuvieron el carácter de secundarios puesto que, de manera principal, el fracaso de la impugnación de la maternidad lo derivó de la caducidad de la acción, con sujeción a lo establecido en el artículo 337 del C.C. Ciertamente, después de recordar que tal cosa fue lo que dijo el a quo y de aludir al texto de esta regla, expresa que "...la normatividad que regula el asunto no se refiere al momento del nacimiento del hijo cuya maternidad se cuestiona..., ni al momento del registro del mismo, ni tampoco al momento del conocimiento de su existencia, ni a ningún otro diferente al conocimiento del fallecimiento del causante (padre o madre cuestionado); luego así las cosas se impone confirmar la determinación tomada en su momento por el fallador de instancia" (sic).

En consecuencia, sin embargo de que ahora le fuera dable a la Sala concluir que el sentenciador de segunda instancia sí incurrió en los yerros fácticos denunciados por la parte recurrente, el cargo no podría abrirse paso porque la consideración anterior le seguiría brindando su soporte a la decisión tomada.

Es antigua e invariable la doctrina de la Corte en el sentido de que "'aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado...'" (G. J. t. CXLVIII, p. 221).

2.2. El haber dejado intocado ese apoyo de la sentencia, no solo da el traste con el cargo en lo referente a la impugnación de la maternidad, sino

que le impide a la Corte examinar si, en casos como el presente, donde la inscripción del nacimiento se produjo mucho después de la muerte de la madre, el artículo 337 del C.C. puede ser aplicable en cuanto al término previsto para el ejercicio de la acción de impugnación.

El cargo, en suma, no prospera.

Decisión:

Por lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, proferida el 10 de abril de 1992, dentro del proceso ordinario instaurado en frente de RUFINA O RUTH GUAQUETA ANGEL y MARIA HERLINDA GUAQUETA DE VALLEJO, como herederas de MARIA ANTONIA ANGEL VDA. DE GUAQUETA por MERCY ANGEL DE TORRES.

Son de cargo de la parte recurrente en casación las costas del recurso. Estímese en su oportunidad.

Pedro Lafont Pianetta, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, — En uso de permiso— Rafael Romero Sierra

*DOMINIO/POSESION

1). Implicaciones del derecho de dominio

*Posesión

2). La sola aprehensión y contacto material con la cosa no implica posesión, pues bien puede ocurrir que falte el elemento intencional y volitivo para considerarse como dueño en quien la detenta.

*ACCIÓN REIVINDICATORIA
— Legitimación

La acción reivindicatoria exige que sea la parte demandada el poseedor y no el mero tenedor de la cosa.
F. F.: C.C. Art.: 946.

*VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL —Vía Indirecta/
Error de hecho

La violación indirecta de las normas sustanciales por error de hecho en la apreciación de las pruebas, exige que el juzgador haya incurrido en equivocación de juicio en esa actividad, que a más de ser ostensible, protuberante, de carácter evidente, sea además trascendente.
F. F.: C. de P.C. Art.: 368 Numral.: 1.

*INDICIO

En punto a la prueba indicaria, aún en el su puesto de que surgieran dudas a través del nuevo examen de los indicios que se

aleguen, el recurso extraordinario no podría fundarse en base tan desleznable como estado dubitativo para decretar la quiebra de sentencia objeto de la acusación.
Igual sentido: G.J., tomo LXXXVIII, No. 2198, pág. 177

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá D. C., septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta

Referencia: Expediente No. 4377 Sentencia No. 111

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, —Sala Civil—, el 15 de diciembre de 1992, en el proceso ordinario iniciado por la SOCIEDAD AGRICOLA ALASKA LTDA. contra la SOCIEDAD GUAYACANES LTDA.

I – Antecedentes

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira (fls. 20 a 31, cdno. principal), la sociedad Agrícola Alaska Ltda., convocó a la sociedad Guayacanes Ltda., a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que por la jurisdicción se declare que la primera es titular del derecho de dominio sobre un lote de terreno dominado Alaska, situado en el área rural del municipio de Dos Quebradas, con una extensión superficiaria de 190, 237 metros cuadrados, cuya descripción y linderos aparecen en la primera de las pretensiones de la demanda inicial. Como consecuencia de ello, impetra además la sociedad actora que se condene a la Guayacanes Ltda. a restituirle en el término de 10 días el inmueble aludido, junto con aquellas cosas muebles que forman parte del mismo "por su conexión" (sic) (fl. 22, cdno. principal), así como al pago, dentro del mismo término, del "valor de los frutos naturales o civiles" que efectivamente hubiere producido el bien, o que hubiese podido producir explotado con mediana inteligencia y cuidado, frutos que serán tasados por peritos "desde el 8 de septiembre de 1986 hasta el momento de la entrega del inmueble", más los costos de las reparaciones a que deba ser sometido (fl. 22, cdno. principal).

2. Funda sus pretensiones la demandante, en síntesis, en los siguientes hechos:

2.1. La sociedad Agrícola Alaska Ltda., mediante escrituras públicas Nos. 3899, de 5 de diciembre de 1972; 3342, de 17 de octubre de 1972; y 2726, de 27 de julio de 1973, todas otorgadas en la Notaría Tercera de Pereira, adquirió por compra que de ellos hizo, los predios rurales denominados "Hacienda Alaska", "Playa Rica-El Paisaje" y "La Palmita", inscritos bajo los folios de matrícula inmobiliaria números 296-000-1660, 296-0010650 y 296-0002147 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Cabal, inmuebles ubicados en jurisdicción de este municipio, fracción de Dos Quebradas, y alinderados como aparece en los hechos primero, segundo y tercero de la demanda inicial.

2.2. La sociedad Agrícola Alaska Ltda., mediante escritura pública No. 1271 de 4 de julio de 1987, Notaría Cuarta de Pereira, englobó en dos lotes de terreno los tres inmuebles adquiridos por ella de que da cuenta el numeral precedente y, a cada uno de estos dos globos de terreno, les fueron asignados sus respectivos folios de matrícula, a saber: al lote No. 1, denominado Alaska, el número 296-0029309; y al segundo lote, el número 296-0029310.

2.3. El lote denominado "Alaska", con folio de matrícula No. 296-0029309, de propiedad de la Sociedad Agrícola Alaska Ltda., fue prometido en venta a la sociedad "Guayacanes Ltda." "por un tercero" (fl. 27, cdno. principal), acto este al cual es ajena por completo la sociedad demandante.'

2.4. Aproximadamente desde el 6 de septiembre de 1986, la sociedad "Guayacanes Ltda." viene ejerciendo actos de posesión material sobre el inmueble "Alaska" hoy distinguido con matrícula inmobiliaria No. 296-0029309 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Cabal, inmueble respecto del cual la sociedad Agrícola Alaska Ltda., pretende su reivindicación mediante este proceso.

3. Notificado que fue el representante legal de la sociedad "Guayacanes Ltda." del auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de la misma, le dió contestación, como aparece a folios 53 a 55 del cuaderno principal. En ella, se opuso a las pretensiones de la parte actora, "pues el inmueble no se posée en su totalidad por la sociedad demandada" y agregó en su defensa que, en todo caso, "no se trata de una posesión de mala fé,

pues ella es fruto de lo surgido de un contrato de promesa de compraventa suscrito entre la sociedad Buendía y Cía Ltda. y Gustavo Salguero Estrada, ambos promitentes vendedores representados por el señor Roberto Buendía Jaramillo y la sociedad Guayacanes Ltda. como promitente compradora", celebrado el 6 de septiembre de 1986 (fl. 54, cdno. principal).

4. Agotado el trámite propio de la primera instancia, a ella se puso fin por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira mediante sentencia pronunciada el 28 de abril de 1992 (fls. 69 a 86, cdno. principal), en la cual se declaró que la sociedad Agrícola Alaska Ltda., es la propietaria del inmueble objeto de la pretensión reivindicatoria, se condena a "Guayacanes Ltda." a restituirlo a la primera y se abstiene de imponer condenas por prestaciones mútuas, por no haberse allegado en tiempo el dictamen pericial decretado para demostrarlas.

5. Apelado el fallo de primer grado por las dos partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, para desatar las apelaciones interpuestas, profirió sentencia el 11 de diciembre de 1992 (fls. 16 a 30, C-4), mediante la cual confirmó la del a-quo y la adicionó en el sentido de "ordenar a la sociedad demandada que pague a la demandante la suma de veinte millones trescientos quince mil novecientos treinta y seis pesos ($20'315.936) por concepto de los frutos del inmueble" (fl. 30, C-4).

II — La sentencia del tribunal

1. El tribunal, inicia el fallo impugnado con una síntesis de las pretensiones de la parte actora, la posición asumida frente a ellas por la sociedad demandada y, tras resumir la actuación de primera instancia, procede al examen de los presupuestos procesales, de los cuales afirma que se encuentran cumplidos (fls. 16 a 23, C 4).

2. Precisa luego que, conforme a lo expuesto, ha de examinarse si se reúnen los elementos axiológicos de la acción reivindicatoria (art. 946 C.C.). De ellos, afirma el sentenciador que se encuentra demostrado el derecho de dominio con los títulos cuyas copias auténticas allegó la parte actora (fl. 24, C-4); en cuanto a la posesión del inmueble por la sociedad demandada, la encuentra demostrada con la contestación de la demanda, en la cual se advirtió "solamente que el inmueble objeto de la pretensión reivindicatoria no lo posee en su totalidad", pues, tal como se advirtió en "la

escritura de englobe de un lote de terreno" se excluyó desde entonces una parte del inmueble. Además, agrega el sentenciador, esa posesión de la demandada "se constató en la inspección judicial y con la prueba testimonial, no quedando (sic) constancia alguna de la existencia de tercera persona o de colono en el inmueble" (fl. 25, C-4). Así mismo, con "la inspección judicial y el dictamen pericial" practicados como pruebas, aparece establecida la identidad del bien objeto de la pretensión reivindicatoria en este proceso (fl. 25, C-4).

3. En cuanto hace referencia a las pretensiones mutuas de entrada observa el fallador de segundo grado que sobre ellas no se resolvió por el a-quo, en virtud de que "la prueba pericial no se allegó oportunamente", aspecto este sobre el cual, sin embargo, habrá de decidirse ahora, entre otras cosas porque, para suplir la deficiencia anotada, el tribunal dió traslado de esa prueba pericial a las partes durante el trámite de la segunda instancia, quienes "no la objetaron" (fl. 29, C-4).

4. Con expresa invocación de los artículos 961 y 769 del Código Civil, manifiesta el tribunal que, conforme aparece demostrado en el expediente, a la sociedad Guayacanes Ltda., "le fue entregado" el inmueble a que se refiere este proceso "por Roberto Buendía Jaramillo, quien es precisamente el representante legal de la demandante; y aunque actuó allí en representación de otra sociedad, Buendía y Cía. Ltda., no puede pasar desapercibido el hecho de que esta sociedad a su vez es socia de la demandante y aún más, el señor Jorge Enrique Garibello, contador de la demandante, manifestó ser conocedor de la referida negociación; de igual manera Gustavo Salguero, socio de Agrícola Alaska Ltda., se declaró conocedor de la promesa de venta advirtiendo que no la confeccionaron a nombre de esa sociedad ya que Roberto Buendía tenía algunas limitaciones para firmar como representante legal", hechos estos que llevaron al tribunal "a concluir que la demandada es poseedora de buena fé, pues de ninguna manera se advierte que hubiera actuado con malicia cuando recibió el inmueble en virtud del contrato de promesa referido y por el contrario, era un hecho conocido por el propio gerente de la actora», razón esta por la cual, la sociedad demandada "no está obligada a la restitución de los frutos producidos por el inmueble antes de la contestación de la demanda", es decir, antes del 12 de diciembre de 1990 (fls. 27 y 28, C-4).

5. En ese orden de ideas y, habida consideración de que en la inspección judicial quedó establecido que "en general el lote está enmalezado" (fl. 28, C-4), que "al parecer no está produciendo frutos actualmente", los peritos "se dieron a la tarea de deducir los que hubiese podido producir el bien, tomando en cuenta el área de terreno apta para el cultivo de café", con estimación de los costos necesarios para su siembra y recolección anual, según "los precios de la cooperativa de caficultores desde 1986 hasta el 31 de diciembre de 1991", dictamen que, por decisión del tribunal, hubo de ampliarse para incluir el él los frutos producidos" durante 1992 (fl. 29, C-4).

De esta suerte, se tiene que, "según los expertos", por el año de 1991 el propietario del bien "pudo percibir" por concepto de frutos, la suma de quince millones ciento cincuenta y ocho mil ($15'158.000), y, "entre enero y noviembre" de 1992, "la suma de $5'157.936 para un total de $20'315.936", que será condenada a pagar la sociedad demandada a la demandante, punto este en que será adicionado el fallo de primer grado.

III – La demanda de casación

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada, ambos dentro de la órbita de la primera causal de casación (art. 368, C.P.C.), el primero por violación directa de normas sustanciales y, el segundo, por infracción indirecta de las mismas.

Cargo primero

En este cargo (folios 9 a 12, cdno. Corte), acusa el censor la sentencia que combate, invocando para el efecto la primera causal de casación (art. 368, num. 1, C.P.C.), por "ser violatoria, en forma directa, por aplicación indebida, de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 762, 768, 769, todos del Código Civil" (fl. 9, cdno. Corte).

En la sustentación del cargo propuesto, expresa el impugnador que, conforme a las exigencias doctrinarias y legales, para la prosperidad de las pretensiones de quien demanda la reivindicación de un bien, se exige la concurrencia de los elementos oxiológicos de la acción de

dominio, ya que "en faltando uno de tales elementos, preséntase como consecuencia el fracaso inexorable de la pretensión reivindicatoria por la inaplicabilidad absoluta de todas las normas que atañen a esta figura" (fl. 9, cdno. Corte).

A continuación, manifiesta que, sin entrar a discutir el "examen probatorio" del tribunal, es claro que el ad-quem "parte de la premisa de que la demandada posee la finca o hacienda Alaska por virtud de la entrega que se le hizo de ella cuando celebró la promesa de compraventa con Roberto Buendía, quien dijo obrar en nombre de Buendía y Cía. Ltda., y Gustavo Salguero Estrada como prometientes vendedores", sin que la demandada ostente título traslaticio de dominio del bien objeto del litigio (fls. 9 y 10, cdno. Corte).

No obstante tales supuestos de hecho, así fijados en la sentencia por el fallador, éste incurrió en los errores in judicando que se denuncian en el cargo, pues el tribunal aplicó las normas que gobiernan la reivindicación, no obstante que la sola entrega del bien prometido en venta no genera posesión, y esta "se excluye si quien detenta el bien con base en un contrato no lo hace contra la voluntad del dueño, ni este ha sido privado de la cosa del mismo modo, ya que en tal evento no se trata, desde ningún punto de vista, de un injusto detentador". De esta suerte, si, pues, —continúa y remata el impugnante—, "los hechos que vió como demostrados el sentenciador corresponden a la realidad que muestra el expediente, pero no se subsumen en las reglas jurídicas o normas sustanciales que aplicó, por faltar el elemento posesión del demandado, concluyese la improcedencia de la reivindicación instaurada y consecuencialmente de la condena al pago del valor de frutos que se impuso" (fl. 12, cdno. Corte), razón esta que estima suficiente para que se case la sentencia recurrida.

Consideraciones

1. *El derecho de dominio, como es suficientemente conocido, implica para su titular el poder jurídico de usar la cosa sobre el cual recae, percibir sus frutos y disponer de ella no siendo contra la ley o contra derecho ajeno y, en todo caso, con estricta sujeción a la función social que le es propia.*

2. *Esa es la razón por la cual, generalmente la propiedad va acompañada de la posesión, pues la disposición del bien requiere de ordinario*

la aprehensión material y la posibilidad efectiva de realizar en relación con el mismo actos de señorío, que suponen el contacto personal entre la persona y el bien sobre el que tales actos se cumplen.

3. Ello no obstante, bien puede suceder que el propietario no sea el poseedor de la cosa, al igual que, en ocasiones, quien ejerce la posesión puede no ser sin embargo el dueño del bien objeto de la misma.

4. Precisamente en ese orden de ideas, desde los romanos se instituyó como una de las acciones in rem en el derecho civil, la denominada actio reivindicatio en virtud de la cual, el titular del derecho de dominio desprovisto de la posesión, tiene legitimación para impetrar la restitución del bien por aquel que materialmente lo detenta como si fuera su dueño, sin serlo, y ejerce actos voluntarios sobre ese bien, como si lo fuese.

5. Con todo, la sola aprehensión y contacto material con la cosa no implica posesión, pues bien puede ocurrir que falte el elemento intencional y volitivo para considerarse como dueño en quien la detenta; es decir, que aunque exista el corpus se encuentre ausente el animus domini, como sucede con el arrendatario, el comodatario o el depositario, quienes no obstante estar en contacto material y personal con la cosa —corpus—, carecen sin embargo de la intensión y voluntad requerida para comportarse como dueños del bien —animus domini— pues, por el contrario reconocen que otro es el propietario y solo tienen la affectio tenendi.

6. En ese orden de ideas, surge como corolario indiscutible que la acción reivindicatoria exige que sea la demandada el poseedor y no el mero tenedor de la cosa, por lo que necesariamente ha de concluírse que si alla se dirige contra este último y no contra el primero, ella no puede culminar con sentencia favorable al actor.

7. Aplicadas las nociones anteriores al caso sub lite, encuentra la Corte que el cargo propuesto no puede tener éxito, por las razones que van a expresarse:

7.1. Aunque el censor manifiesta con rotunda claridad que acata las conclusiones probatorias del tribunal, es lo cierto que la sentencia impugnada en la fijación de los hechos dió por establecida la posesión por parte de la Sociedad Guayacanes Ltda. sobre el inmueble objeto del litigio, no solo en virtud de haberle sido entregado por la celebración

"de un contrato de Promesa de Compraventa suscrito entre la Sociedad Buendía y Cía. y Gustavo Salguero Estrada, ambos prometientes vendedores representados por el señor Roberto Buendía Jaramillo y la Sociedad Guayacanes Ltda, como Prometiente Compradora" (fl. 13, cdno. Corte), sino que, además, se apoyó en la demanda y en su contestación, como expresamente lo reconoce el recurrente—, y en ésta se acepta el haber poseído el bien inmueble a que se contraen las pretensiones de la actora, como lo puso de presente el tribunal (fl. 25, cdno. tribunal). De esta suerte, a contrario de lo que afirma la censura, la posesión por la demandada sobre ese bien halla sólido respaldo en el expediente; y, aunque el impugnador manifiesta acatar la cuestión fáctica tal cual la da por sentada el tribunal, es lo cierto que, en verdad, discrepa de ella. Así, mientras para el fallador está demostrada la posesión pues afirmada por la demandante se admitió por la sociedad demandada, hecho corroborado por algunos testigos (fl. 28, C-4), para la impugnación ello no es así y, por el contrario, solo pudo demostrarse la mera tenencia, derivada de la promesa de compraventa ya aludida, en virtud de la entrega del bien a la sociedad Guayacanes Ltda. por un tercero.

7.2. Siendo ello así, aparece entonces que el sentenciador, por haber encontrado probado el ánimo de señor y dueño en la demandada, esto es, en posesión del inmueble que se pretende reivindicar, la halló legitimada en causa para su demandada (art. 946, C.C.) y, probada como encontró la identidad del inmueble, aplicó las normas que rigen la reivindicación, como quiera que mediante ella se ejerció en este caso concreto el jus persequendi por la demandante, atributo este del derecho real de dominio, que su titular pone en actividad respecto "de la cosa en que recae el derecho", cuando este "sea atacado en una forma única: poseyendo la cosa", lo cual supone que "teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión de la cosa en que radica el derecho. Son dos situaciones opuestas e inconciliables de las cuales una ha de triunfar en el juicio de fondo" (Sentencia 27 de abril de 1955, G.J., tomo LXXX, pág. 85), situación esta que fue la que se dió en el caso aquí litigado.

7.3. Luego, esta deficiencia de técnica impide abordar el estudio de fondo de la presente acusación.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Cargo Segundo

Con invocación para proponerlo de la primera de las causales de casación (art. 368, num. 1 C.P.C.), acusa la parte recurrente la sentencia impugnada "de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 964, 762, 764, 768 y 769, todos del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho, manifiestos y trascendentes, así en el entendimiento de los hechos de la demanda y de su respuesta como en el examen, individual o de conjunto, de las pruebas que se produjeron en el proceso y que constan en el expediente" (fl. 12, cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo enunciado, manifiesta la demanda de casación, que el tribunal (fl. 25, cdno. tribunal), da a la contestación de la demanda "el carácter de confesión judicial a la luz de su contenido material" para deducir de ella prueba de la posesión del bien que se pretende reivindicar, sin tener en cuenta que "lo que se admitió, de manera parcial o total, con las adiciones y aclaraciones que se incluyeron, dista mucho de contener aseveraciones con consecuencias jurídicas adversas a la demanda da o favorables a la demandante, lo que presenta como palmario el yerro fáctico en que incurrió el fallador así en lo que vió como en lo que dedujo en el razonamiento que elaboró al examinar las probanzas, pues aprecia de manera tergiversada la realidad concerniente a la materia litigiosa y llegó, por ende, a la violación de las normas" que se señalaron como violadas (fl. 13, cdno. Corte). Ese error, a juicio de la censura, radica en que a la aceptación por la demandada de haber recibido el bien de sus promitentes vendedores, la sociedad Buendía y Cía, y Gustavo Salguero Estrada, se le ha dado el alcance de ser confesión de posesión, cuando en realidad "lo que acepta es sólo la detentación de la cosa por virtud de un contrato no traslaticio de dominio, o sea, que reconoce propiedad ajena, o lo que es lo mismo, que solo conserva la tenencia del predio Alaska" (fls. 13 y 14, cdno. Corte).

El tribunal —prosigue la impugnación—, "no vió en el documento en que consta la promesa, y que se anexó a la contestación, que en este se manifiesta que el predio o finca pertenece a la sociedad agrícola Alaska Ltda." y que, además, en él se pactó que si llegado el día señalado para el otorgamiento de la escritura pública que habría de darle cumplimiento "los prometientes vendedores no han adquirido el dominio de los bienes mencionados", la fecha se prorrogaría por 30 días más (fl. 14, cdno. Corte). Es decir, que ello significa, "sin que haya lugar a interpretaciones distintas, que la demandada recibió el inmueble con el conocimiento pleno de que perte-

necía a la accionante y que esta, por su lado, siempre supo que el tercero a que alude el hecho 9o. de la demanda como prometiente vendedor no era otro que su propio representante legal, es decir, Roberto Buendía Jaramillo, quien dijo actuar en nombre de Buendía y Cía. Ltda. y Gustavo Salguero Estrada, socios de Agrícola Alaska Ltda.; por lo que resulta contrario a la lógica, al buen sentido de las cosas y a lo que enseña la experiencia, ignorar, como lo hace el tribunal en su fallo, el conocimiento que esta sociedad tuvo en forma plena, por conducto de la persona que ejerce su representación y que fue artífice de la operación, del contenido de la promesa de compraventa y de las condiciones en que pasó el inmueble a ser detentado por Guayacanes Ltda., sociedad que, dentro del marco de la mayor honestidad y sin el propósito de valerse de argucias tendientes a buscar un fin benéfico en el proceso, manifestó en la contestación a la demanda que admitía la afirmación de que fuese la demandante la propietaria del bien que se pretende reivindicar, como puede apreciarse en la respuesta al hecho duodécimo, obrante al folio 53 del cuaderno primero, lo que armoniza con aquello de lo cual se dejó constancia en el documento de promesa" (fl. 14, cdno. Corte). Por ello, concluye la recurrente, "la conclusión probatoria del sentenciador de segundo grado es contraevidente a causa del yerro de facto que se cometió en el examen de las piezas o probanzas aludidas" (fl. 15, cdno. Corte).

Erró igualmente el sentenciador, según se asevera en la acusación, al deducir posesión por la demandada de la inspección judicial (fl. 8 vto., C-3) y del dictamen pericial rendido el 9 de marzo de 1992 (fl. 87, C-3), pues no se tuvo en cuenta que, tanto en la primera como en el segundo, se dejó constancia de que el inmueble se hallaba para entonces "enmalezado" y sin actos que indicar su explotación económica. Por ello, el tribunal, lejos de apreciar en su integridad las pruebas mencionadas, omitió considerarlas en su totalidad y, por lo mismo, no vió que la demandada, en lugar de "comportarse como lo haría el dueño, es decir, como poseedora de la finca, simplemente la ha detentado, sin proyectarse sobre ella económicamente, sin adelantar comportamientos que la hagan aparecer como titular del derecho de propiedad, sin desarrollar actividades que impliquen su animus rem sibi habendi o animus domini" (fl. 17, cdno. Corte).

Transcribe luego la censura de algunos apartes de los testimonios rendidos por Jorge Hernández Giraldo, Martha Buendía Marín, Gustavo

Salguero Estrada y Jorge Enrique Garibello Bernal, (fls. 17 y 18, cdno. Corte), tras lo cual afirma que, la conclusión del tribunal en el sentido de que esas declaraciones testificales prueban la posesión de la demandada sobre el bien objeto del litigio, se oponen "abiertamente al contenido de éstas, ya que si Guayacanes Ltda. recibió el bien con base en un título no traslaticio de dominio y con la indudable aquiescencia del representante legal de la accionante, al que inclusive, se le entregaron sumas de dinero para pagar al Banco Ganadero una deuda como la atestigua Gustavo Salguero Estrada, lo que inexorablemente se deduce, sin equívocos, es que la demandada solo alcanzó la calidad de simple tenedora del predio, lo que logró con el beneplácito del representante de la demandante" (fl. 19, cdno. Corte).

De otro lado, es manifiesto el yerro de facto de la sentencia acusada en cuanto asevera que la posesión de la demandada no fue desvirtuada con "constancia alguna de la existencia de tercera persona o colono en el inmueble, hecho este que fue único que había resaltado la contestación a la demanda con relación a la posesión material (fl. 25, cdno. tribunal)". Es evidente ese yerro, no solo porque ese no es el punto de debate, sino porque "que exista o no, un tercero que ocupa parte del terreno, en nada modifica los hechos que con claridad meridiana narró la demandada sobre su condición de simple tenedora con la aquiescencia del representante legal de la demandante y varios de sus socios; lo que, al no ser apreciado, condujo al sentenciador a concluir erróneamente el elementra el elemento posesión" (folio 19, cdno. Corte).

Además, expresa la demanda de casación que el tribunal ignoró también el indicio grave que se deduce de la no comparecencia del señor Roberto Buendía Jaramillo a la audiencia de conciliación en este proceso (art. 101, num. 2, C.P.C.), pues es evidente que, aunque se presentó certificación médica de enfermedad del mencionado señor, representante legal de la sociedad demandada, el 7 de mayo de 1991, se incumplió "'el deber de presentar, antes de la hora correspondiente", prueba siquiera sumaria de justa causa para no comparecer a la audiencia iniciada y suspendida el 2 de junio de ese año, pues ese certificado fue presentado 'el 12 de junio siguiente", de lo cual ha debido deducirse un indicio grave en contra de la actora, "de lo cual concluyese con mayor fuerza aun que la demandada es mera tenedora con la aquiescencia de quien ejerce la representación de la actora" (fl. 20, cdno. Corte).

Las falencias anotadas respecto de las pruebas citadas, a juicio de la parte recurrente, constituyen errores evidentes de hecho en su apreciación, con tal trascendencia que, de no haber ellos existido, no habrían prosperado las pretensiones de la sociedad demandante, razón esta por la cual, remata el cargo con petición expresa de que se case la sentencia impugnada y alegación de que, en sede instancia, se revoque la sentencia del a-quo y se absuelva a la parte demandada (fls. 21 y 22, cdno. Corte).

Consideraciones

1. Tal cual lo ha sostenido invariablemente la jurisprudencia de esta Corporación y lo recuerda el censor con transcripción parcial de ella, la violación indirecta de normas sustanciales por error de hecho en la apreciación de las pruebas, exige que el juzgador haya incurrido en equivocación de juicio en esa actividad, que a más de su ostensible, protuberante, de carácter evidente, sea además trascendente, esto es, que guarde relación de causa a efecto con la decisión judicial que se combate.

2. Dado que, en el caso de autos, la censura se endera a demostrar que el tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas que señala, será indispensable establecer primero si se cometió el yerro mencionado y, además, si efectivamente tiene la trascendencia exigida por la ley para destruir la sentencia impugnada.

2.1. Asevera el censor que el tribunal incurrió en esta especie de error, porque no vió que conforme al texto de la promesa de compraventa suscrita por la empresa Guayacanes Ltda. con la sociedad Buendía y Cía. y Gustavo Salguero Estrada, la primera recibidó el inmueble "Alaska" de quien no era dueño, a sabiendas de esa circunstancia, es decir, reconoció que otro era el propietario, lo que excluye la posesión de la parte demandada en este proceso reivindicatorio, pese a lo cual el tribunal así lo hizo con violación indirecta de las normas sustanciales que se dicen infringidas.

En primer lugar, advierte la Corte que tal como está planteada la censura, ella resulta intrascendente, porque si el tribunal para establecer la demostración del elemento no se fundó directamente en el documento de promesa (al que simplemente alude como antecedente de la negociación) sino en la contestación de la demanda, la inspección judicial, el dictamen

pericial y la prueba testimonial, mal puede afirmarse, como dice el censor, que no vió que su contenido hablaba que no era dueño. Es decir, si ese medio probatorio no fue fundamento de la posesión demostrada, mal puede afirmarse que hubo error en el contenido del mismo.

Ahora bien, si lo que con la censura se pretende es endilgarle error al tribunal en no haber visto la prueba documental contentiva de la promesa que desvirtuaba la demostración de la posesión encontrada por el ad-quem, la acusación resulta defectuosa, puesto que no señala el sentido del yerro cometido, lo que no puede sustituír de oficio la Corte, visto el carácter dispositivo del recurso de casación. Con todo, la Sala observa que, en el punto, el sentenciador de segundo grado no incurrió en este tipo de error por lo que hace a la contestación de la demanda, ya que a la afirmación del actor de que la sociedad Guayacanes Ltda. posee materialmente el bien objeto del litigio, (hechos 7, 8, 9, 10 y 13 demanda, folio 26, 27 y 28, C-1), la demandada inicial expresó que admite tales hechos y, aunque asevera que su posesión no se refiere "a la totalidad del inmueble", en manera alguna desplegó actividad probatoria tendiente a demostrar sobre qué parte del bien no ejerce la posesión que, en principio, acepta ejercer, tal como lo manda el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil. Así, entonces las cosas, es claro que el error que se endilga al fallador carece de la protuberancia y magnitud que de él exige la ley para la prosperidad del ataque edificado sobre su existencia. Al contrario, la interpretación de la contestación de la demanda resulta acompasada con la fijación de los hechos en la etapa de la litis-contestatio, y, en consecuencia, no aparece que pugne con la lógica, ni que sus conclusiones al respecto sean ostensiblemente equivocadas.

2.2 A juicio del censor, el tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la inspección judicial (fl. 81 vto., C-3) y el dictamen pericial rendido el 9 de marzo de 1992, pues de esas pruebas aparece que la sociedad demandada, "lejos de comportarse como lo haría el dueño, es decir, como poseedora de la finca, simplemente la ha detentado, sin proyectarse sobre ella económicamente", lo que indica que no ha actuado como dueña del inmueble.

Sobre el particular, ha de observarse por la Corte que en la inspección judicial practicada al inmueble (fls. 81 y 82, C-3), si bien es verdad que se hace constar que "el lote de terreno se encuentra entalezado, sin mejora reciente" (fl. 81 vto.), también es cierto que, aún así, el yerro sería intrascendente, como quiera que ese hecho fue precisamente puesto de presente

por los peritos al rendir su dictamen y calcular los frutos que el bien habría podido producir de haber sido explotado adecuadamente con cultivos de café, como ocurre con tierras similares de la región.

2.3. De otra parte, téngase en cuenta que el tribunal, atendidas las particulares circunstancias de la negación, concluyó que el señor Roberto Buendía Jaramillo, quien dijo actuar en nombre y representación de la sociedad Buendía y Cía., Ltda. y Gustavo Salguero Estrada", entregó el inmueble a Guayacanes Ltda., aunque en ello no intervino la sociedad Agrícola Alaska Ltda., hecho este que el tribunal analizó, para concluír que, de todas maneras, el inmueble "fue entregado por Roberto Buendía Jaramillo quien es precisamente el representante legal de la demandante", sociedad de la cual, a su vez, es socia la actora, hecho este que "no puede pasar desapercibido" (folios 27 y 28, C-4), para pretender desconocer la posesión de la sociedad demandada.

2.4. Así las cosas, el razonamiento del tribunal no aparece de bulto como contrario a la realidad, ni sus conclusiones fueron apoyadas tan solo en las pruebas atadas por el impugnador, dado que, como se vió, a ellas tam bién llegó el sentenciador en virtud de la prueba indiciaria, punto este no atacado por el censor, de un lado; y, de otro, no contrario a la lógica de los hechos, ni a la razonabilidad sobre la forma en que se llevó a cabo la negociación entre las partes, motivo este por el cual el fallo atacado resulta incólume, ya que en punto a la prueba indiciaria, se ha sostenido por la Corte que *"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 la quiebra de la sentencia objeto de la acusación" (G.J., tomo LXXXVIII, No. 2198, pág. 177).*

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 15 de diciembre de 1992, en el proceso ordinario iniciado por la Sociedad Agrícola Alaska Ltda. contra la sociedad Guayacanes Ltda.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

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

Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

La presente providencia no la suscribe el magistrado doctor Alberto Ospina Botero por cuando no participó en su discusión y aprobación por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana
Secretario

*ESCRITURA PUBLICA / NOTARIO / FIRMA / DEBER DEL JUZGADOR /

1). Se encuentran sometidas a estatuto especial tanto las formalidades (perfeccionamiento) tanto de las escrituras públicas, como aquellas que en particular se refieren a la autorización y firma del notario.

2). Si iniciado un proceso declarativo de inexistencia de escritura pública por falta de la firma del notario, y con posterioridad a dicha iniciación, estando en curso tal proceso, se obtiene la subsanación de la firma con autorización de la superintendencia de notariado y registro, la que antes de la sentencia de primer o segundo grado es aducida y aportada por las partes para que sea tenida en cuenta en la decisión final de aquella pretensión, el juez puede encontrarse en el deber excepcional o ineludible de decretar de oficio la prueba.

3). No constituye una facultad sino un deber de los funcionarios judiciales, el decretar pruebas de oficio, para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aprarece en el expediente.
Igual sentido: Sentencia No. 444 del 26 de octubre de 1988.

4). Excepcionalmente en este caso se incurriría en error de derecho alegable en casación, que supone la preexistencia de la prueba pertinente de un hecho sobreviviente, que al no ser decretado de oficio, contrariando la ley, de contera conduce al juzgador al quebrantamiento indirecto de la norma sustancial contemplada en el artículo 100 del Decreto 960 de 1970. Por ese deber, en este caso, el juzgador de instancia también quebrantó el art. 305 —inciso final— del C. de P. C.

F. F.: Decreto: 960 de 1970 Art.: 14, 40, 13, 100 ibídem; Decreto Num.: 2148 Año: 1983 Art.: 47; C. de P. C. Art.: 179, 305 ibídem.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Civil— Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Referencia: Expediente No. 4293 *Sentencia No. 112*

Se deciden por la Corte los recursos extraordinarios de casación interpuestos por GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO, ALFREDO MOSQUERA GARZÓN, ALFREDO, JORGE Y FERNANDO MOSQUERA TRUJILLO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva —Sala de Familia—, el 29 de septiembre de 1992, en el proceso ordinario promovido por GILMA MOSQUERA DE DÍAZ, como heredera de URSULINA TRUJILLO DE MOSQUERA contra ALFREDO MOSQUERA GARZÓN, la sociedad "AGROPECUARIA MOSQUERA HERMANOS LTDA. —en liquidación— y los señores ALFREDO, FERNANDO, JORGE Y GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO, HEREDEROS TAMBIÉN DE URSULINA TRUJILLO DE MOSQUERA.

I. Antecedentes

1. La señora Gilma Mosquera de Díaz, actuando al efecto como heredera de Ursulina Trujillo de Mosquera convocó mediante demanda que por reparto correspondió conocer al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva (fls. 37 a 41, C-1), a la sociedad "Agropecuaria Hermanos Ltda." —en liquidación— y a los señores Alfredo, Fernando, Jorge y Gratiniano Mosquera Trujillo, herederos también de la misma causante, a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que, en síntesis, se proveyese sobre las pretensiones siguientes:

1.1. Que se declare la inexistencia de la escritura pública No. 866, otorgada supuestamente el 22 de julio de 1975 en la Notaría Segundo del Círculo de Neiva, por carecer de la firma del Notario.

1.2. Que, en consecuencia, se considere como "no celebrado" el contrato de compraventa en ella contenido, mediante el cual Alfredo Mosquera Garzón dice vender y la sociedad demandada (hoy en liquidación), dice comprar la hacienda denominada "El Hotel", con tres lotes o "cerramientos" conocidos con los nombres de "Mangón del Arrayán", "Mangón de la Casa" y "Mangón del Plato, Peñón o Tigre", ubicados en la comprensión territorial del municipio de Aipe, departamento del Huila.

1.3. Que se condene a los demandados a restituir "esas propiedades con sus respectivos frutos naturales y civiles" a la sociedad conyugal formada por Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo de Mosquera, (en liquidación en la sucesión de esta última), frutos que se determinarán en concreto conforme a lo establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, según el texto de esta norma, vigente a la presentación de la demanda (abril 4 de 1987).

1.4. Que se ordene a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva la cancelación de la inscripción de la referida escritura pública en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 200-0002142, 200-0002493, 200-0002494 y 200-0002495, de tal suerte que los títulos de propiedad de los inmuebles respectivos, queden "vigentes en favor de la sociedad conyugal formada entre Alfredo Mosquera Garzón y la causante Ursulina Trujillo de Mosquera" (f. 37 vto., C-1).

2. Como supuestos fácticos de sus pretensiones, expuso la demandante, en resumen, los siguientes:

2.1. Durante la vigencia de la sociedad conyugal formada en virtud del matrimonio católico celebrado con Ursulina Trujillo el 16 de julio de 1925, en el caserío de Guacirco, parroquia de Neiva, el señor Alfredo Mosquera Garzón adquirió a título oneroso, la hacienda denominada "El Hotel" con sus cerramientos de nombres "Mangón del Arrayán", "Mangón de la casa" y "Mangón del Plato, Peñón o Tigre", "ubicado todo en la vereda El Diodal, municipio de Aipe, a términos de la escritura pública #1.454 de 28 de diciembre de 1968, de la Notaría Segunda de Neiva, registrada en el libro I, Tomo I, página 459, número 806 y matrícula en Libro de Aipe, Tomo 6, números 1198 a 1202", (fl. 38, C-1), inmuebles cuya descripción y linderos aparecen en detalle en la demanda.

2.2. El señor Alfredo Mosquera Garzón, "en su afán de favorecer a unos hijos y desfavorecer a otros, especialmente a las hijas mujeres, se apresuró a simular la venta de esas valiosas propiedades", en favor de sus hijos varones Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo, para lo cual, mediante la escritura pública cuya inexistencia se impetra declarar, dijo vender, por la suma de $1'000.000, a la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda." los bienes a que se refiere la demanda, sociedad esta formada por sus hijos varones aquí demandados, constituida por escritura pública No. 775 de 3 de julio de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva, con registro mercantil No. 23-08910-3 y cuya duración contractual se pactó desde la fecha de su otorgamiento, "hasta el 2 de julio de 1980" (fl. 38, C-1).

2.3. En declaración escrita, rendida y autenticada ante el Notario Segundo del Círculo de Neiva, los señores Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo, manifestaron haber recibido directamente de su progenitor los inmuebles a que tendrían derecho como herederos suyos al fallecimiento de éste y, en consecuencia, expresan que, sobre "los inmuebles que quedaren" distintos a los recibidos por ellos, tendrán "derecho exclusivo" los "demás herederos". Además se obligan, como fundadores de la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda.", a no enajenarla mientras vivan sus padres y expresan que "sobre ella solo adquirimos la plena propiedad cuando ocurra su deceso, quedando por tanto mientras viva él, bajo su usufructo" (fls. 38 y 38 vto., C-1).

2.4. Antes de iniciar este proceso, la señora Gilma Mosquera de Díaz, aquí demandante adelantó uno en unión de otras personas contra los mismos demandados, con la pretensión de que se declarase la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 866 de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva el 22 de julio de 1975, proceso este que, aunque favorable a la actora en las instancias, finalmente le fue adverso, pues la Corte Suprema de Justicia, "luego de casar el fallo del tribunal revocó el del juzgado en razón a (sic) que la escritura 866 de 1975 de la Notaría 2a. de Neiva carece de la firma del Notario", según aparece en "las providencias judiciales de 16 de septiembre de 1986 y de 13 de febrero de 1987" (fl. 38 vto., C-1).

2.5. La señora Ursulina Trujillo de Mosquera, falleció el 5 de junio de 1981, y en el proceso de sucesión y liquidación de su sociedad conyugal,

fueron reconocidos con interés jurídico para intervenir en él, su cónyuge Alfredo Mosquera Garzón, quien optó por gananciales y sus hijos legítimos Gilma Mosquera de Díaz, Alfredo, Fernando, Jorge y Gratiniano Mosquera Trujillo, la primera hoy demandante y los otros cuatro, aquí demandados.

3. Notificados que fueron los demandados del auto admisorio de la demanda y corrido que fue el traslado de la misma y sus anexos, los demandados Alfredo Mosquera Garzón, Gratiniano, Alfredo, Fernando y Jorge Mosquera Trujillo, le dieron contestación como aparece a folios 81 a 83 del cuaderno uno. En ella, en síntesis expresaron atenerse a lo que se pruebe, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y, ello no obstante, manifestaron que, si fueren acogidas por la jurisdicción, se reconozca a los demandados como de "buena fé", pues no son ellos los responsables de las omisiones que se han señalado como fundamento de la demanda" (fl. 82, C-1), razón por la cual esa buena fé habrá de tenerse en cuenta para ordenar el reconocimiento y pago de las mejoras realizadas por los demandados en los predios a que se refiere el litigio.

4. Para culminar con ellos la primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Neiva, en sentencia dictada el 26 de mayo de 1989 (fls, 96 a 109, C-1), acogió las súplicas de la demanda, reconoció a los demandados "las prerrogativas contempladas en el artículo 966 del Código Civil en sus numerales 5o. y 6o.", como "poseedores de mala fé". Dispuso además, no ordenar la restitución del precio "porque a través de los autos se demostró que no fue pagado por la sociedad compradora" y "cancelar el registro de la demanda", cuya inscripción se había decretado como medida cautelar.

5. Apelado el fallo del a quo por los demandados, (fls. 111 a 116, C-1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, —Sala de Familia—, desató la apelación mediante sentencia proferida el 29 de septiembre de 1992 (fls. 127 a 149, C-4). En ella, se confirmó la declaración de inexistencia de la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva; se dispuso tener "por no celebrado" el contrato de compraventa a que ella se refiere; se ordenó la restitución de los predios a que se refiere la demanda, a la sociedad conyugal y a la sucesión ilíquida de Ursulina Trujillo de Mosquera; se revocó el reconocimiento de "las prerrogativas contempladas en el artículo 966 del C. Civil en sus numerales 5o. y 6o." a los demandados como poseedores de mala fé, e igual se hizo respecto a lo

dispuesto sobre no restitución del precio pactado por haberse "demostrado que no fue pagado por la Sociedad compradora". En su lugar, en cuanto hace a prestaciones mutuas, el tribunal ordenó, previas las compensaciones a que haya lugar, "el pago a favor de los demandados y con cargo a la sociedad conyugal reconocida", de la suma de $9'000.000, por concepto de mejoras; condenó a Alfredo Mosquera Garzón a pagar a los demás demandados la suma de $1'000.000 "por concepto del precio de la finca El Hotel" y, finalmente, ordenó a los demandados restituír a "la sociedad conyugal formada por los esposos Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo de Mosquera, esta última fallecida, la suma de treinta y un millones veinte mil pesos ($31'020.000).

II. Motivación del fallo del tribunal

1. Luego de sintetizar el litigio y la actuación surtida en la primera instancia, el tribunal, tras analizar a espacio la legitimación activa y pasiva en este proceso, concluye que ésta y los presupuestos procesales se encuentran cumplidos, al igual que halla reunidos los elementos de validez de lo actuado, razón por la cual procede al estudio de mérito de la cuestión litigada.

2. En ese orden de ideas, manifiesta el sentenciador que en el proceso se encuentra demostrado que la escritura pública cuya inexistencia se impetra declarar, no fue firmada "por el Notario Segundo de la ciudad de Neiva, ante quien la suscribieron las partes del negocio (fls. 21 y ss., C-1)" (fl. 135, cdno. Corte).

3. A continuación, procede el tribunal a transcribir algunos apartes de la sentencia de casación de 16 de septiembre de 1986 y de la sustitutiva del fallo en ella casado, dictadas ambas en el proceso en que la aquí demandante reclamó de la jurisdicción se declarase la simulación del contrato contenido en la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva (folios 135 a 137, C-4) y expresa a renglón seguido que por las razones expuestas se ha de declarar la inexistencia de la escritura citada y, consecuencialmente, el contrato de compraventa a que ella se refiere "se tendrá por no celebrado y sin efectos jurídicos (fl. 138, C-4).

4. Sentado lo anterior, el tribunal manifiesta que, por encontrarse demostrado que la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda."

recibió materialmente la finca objeto del litigio y, teniendo en cuenta que los demandados aceptan encontrarse en posesión del inmueble (fls. 2 y ss., C-3), a ellos les corresponde "restituirlo a favor de la sociedad conyugal Mosquera Trujillo", cuya liquidación se adelanta en el proceso de sucesión de Ursulina Trujillo de Mosquera, restitución en la cual habrán de ser incluídos "los frutos civiles y naturales producidos desde la fecha del contrato de compraventa, dada la carencia de efectos jurídicos del proyecto de negocio" (fl. 138, cdno. Corte).

3. Dado que en el expediente aparece la demostración de que "las mejoras hechas al predio El Hotel y sus encierros", ascienden a la suma de nueve millones ciento cincuenta y nueve mil setecientos cincuenta ($9'159.750), según el dictamen pericial que obra a folios 1 y ss. del cuaderno dos, tal suma "se reconocerá a favor de los demandados", pues ese dictamen, prosigue el sentenciador—, "no fue objetado por la demandante y se observa consecuente con la realidad que entraña el manejo y la explotación adecuados de un predio rural" (fl. 139, C-4).

6. En punto a la restitución del precio pactado en el contrato que se dispone tener por no celebrado expresa el sentenciador que: "En verdad se trata de un extremo no debatido. No lo pidió tampoco la demandante, empero en el proceso, así hay que decirlo, se afirma que el vendedor recibió el pago del precio acordado, como se puede leer en la escritura cuestionada y en las respuestas de los demandados al cuestionario que les formuló el apoderado de la demandante (fls. 2 y ss. del C-3), afirmaciones que no fueron controvertidas; que no resultan desvirtuadas en el curso del proceso, al punto que la Sala considera que ciertamente el precio fue pagado como se estipuló en la escritura tantas veces mencionada" (fl. 139, C-4), por lo que, siendo ello así, y para evitar el enriquecimiento ilícito del vendedor, "es necesario ordenar" que este "regrese a los compradores el valor total del precio recibido por concepto de la compraventa no realizada" (fl. 140, cdno. citado).

7. En cuanto al pago de los frutos civiles naturales, asevera el tribunal que, en aplicación de lo dispuesto por el nuevo texto que el Decreto 2282 de 1989 imprimió al artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, fue ordenada de oficio la práctica de algunas pruebas, conforme a las cuales (dictamen pericial, informes de compañías petroleras de la región), luego de su análisis (fls. 140 a 143, C-4), llega a la conclusión de que el dictamen de los peritos en mención solo puede aceptarse "en cuanto se refiere a la explo-

tación agrícola a que ha sido sometido el inmueble y es por ello que ordenará en la parte resolutiva que los demandados reintegren dentro del término que se señalará, a favor de la sociedad conyugal formada entre los esposos Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo, la suma de treinta y un millones veinte mil pesos ($31'020.000.oo) mcte., valor de los frutos civiles provenientes de los arrendamientos de los lotes de terreno, por tenerse este concepto como el más adecuado para tasar los citados rendimientos, ante dificultades para determinarlos por otros procedimientos, expuestos por los peritos y que la Sala acepta" (fls. 143 y 144, C-4).

8. Insiste, luego el tribunal en que conforme a lo prescrito por los artículos 38, 40 y 100 del Estatuto de Notariado y Registro, la escritura pública que no haya sido autorizada por Notario es inexistente como tal y, en consecuencia, el contrato en ella contenido ha de tenerse por no celebrado y sin efecto ninguno.

9. Por último, el sentenciador expresa que, "ningún pronunciamiento hará la Sala respecto de la décimosegunda copia auténtica de la escritura pública #866 del 22 de julio de 1975, procedente de la Notaría Segunda de Neiva, que fuera firmada por el Notario actual, en razón de la autorización que para el efecto otorgó la Superintendencia de Notariado y Registro, por medio de la Resolución #2736 del 14 de mayo de 1992, por tratarse de documento aportado al proceso inobservando la preceptiva de los artículos 174 y 183 del C. de P. C." (fl. 147, C-4).

III. Las demandas de casación

Dos demandas fueron presentadas para sustentar los recursos extraordinarios de casación por ellos interpuestos contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva —Sala de Familia—, en este proceso: la primera, por Gratiniano Mosquera Trujillo (folios 6 a 27, edno. Corte); y la segunda, por Alfredo Mosquera Garzón, Alfredo, Jorge y Fernando Mosquera Trujillo (fls. 29 a 36, edno. Corte).

Dado que, el único cargo propuesto en la primera de las demandas citadas y el primero de la segunda de ellas, son de idéntico contenido y están llamados a prosperar, la Corte solo avocará el estudio de estos, pues, en tales condiciones, el análisis de los demás se hace innecesario.

Cargos único de la primera demanda
y primero de la segunda demanda

Como aparece a folios 17 a 27 y 39 a 49 del cuaderno de la Corte, en los cargos único de la primera demanda y primero de la segunda, —en texto idéntico—, se acusa la sentencia impugnada, "con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por la vía indirecta, por ser violatoria, por indebida aplicación del artículo 100 del Decreto-ley 960 de 1970, infracción proveniente de error de derecho consistente en la violación medio, por falta de aplicación, del artículo 228 de la Constitución Nacional y de los artículos 179, 180 y el inciso 4o. del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, contentivo de una norma de carácter probatorio, y por indebida aplicación de los artículo 174 y 183 del mismo Código", infracciones todas relacionadas con la negativa a la apreciación de la décima segunda copia auténtica de la escritura pública número 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva (fls. 17 a 18, de este cuaderno, primera demanda, y 39 a 40 del mismo, segunda demanda).

En desarrollo de la argumentación expuesta para la sustentación de los cargos así formulados, manifiestan los recurrentes que para el mejor entendimiento de la acusación es necesario recordar que en proceso anterior entre las mismas partes se impetró declarar la simulación del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva, declaración que fue denegada luego de casado el fallo de segunda instancia en ese proceso, en cuya sentencia de reemplazo la Sala de Casación Civil entonces "se abstuvo de declarar inexistente la escritura, porque estimó que tal inexistencia era apenas temporal y no definitiva, toda vez que los interesados podían hacerla válida con la intervención de la Superintendencia de Notariado y Registro". (fls. 18 y 40, primera y segunda demanda, respectivamente).

A continuación, los casacionistas expresan que: "Lo que la Corte advirtió que podía ocurrir fue lo que sucedió en el curso de este proceso. Que como el vicio de que adolecía la escritura 866 fue solamente la falta de la firma del Notario, pues en todo lo demás están cumplidos la plenitud de los requisitos que la ley exige para la validez del contrato de compraventa en ella contenido, la inexistencia transitoria desapareció". (fls. 19 y 41, cdno. Corte, primera y segunda demanda, en su orden). De tal manera que, en relación con tal escritura pública, "el Tribunal vió eso, que era inexistente

pero no lo es. Vió la verdad real, la verdad verdadera, pero se atuvo a una realidad procesal desaparecida, con apoyo en que la prueba de la existencia de la escritura que adolecía de inexistencia temporal fue aportada al proceso en forma irregular", actuación esta del tribunal que, a juicio de los recurrentes, coloca al sentenciador de segundo grado en posición de desconocer la verdad real, "para rendirle culto a principios procesales desde luego mal aplicados, como se verá a continuación", pues, con ello, "prevaleció la ley procesal sobre la ley sustancial, con lo cual se viola el artículo 228 de la Constitución Nacional" (fls. 19 y 41, cdno. Corte, primera y segunda demanda en su orden).

Señalan luego los censores que el tribunal, al aducir como razón para dejar de apreciar la décimosegunda copia de la escritura pública en cuestión, dizque porque ella se adujo fuera de las oportunidades prescritas por los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil, no tuvo en cuenta que la firma de ese documento por el señor Notario Segundo de Neiva en mayo 27 de 1992, es un hecho posterior a la época de presentación y de contestación de la demanda y que, en este caso, olvidó el tribunal que se trata "de hechos nuevos que acaecen con posterioridad a la iniciación del proceso, los cuales obviamente no pueden estar debidamente probados hasta cuando sucedan". (fls. 20 y 42, cdno. Corte), por lo que, en casos tales, la ley impone su alegación al interesado, quien está gravado con la aportación de la prueba, para que se aprecie por el juez, aún decretando esa prueba en forma oficiosa (art. 179 y 180 del C.P.C.), aunque el artículo 305 manda que el juzgador, una vez que la prueba obre en autos debe "considerarla de oficio" en la sentencia.

Aducen además los recurrentes, que la controversia sobre la inexistencia de la escritura pública debatida en este proceso, necesariamente ha de verse afectada por el hecho de haber sido firmada por el Notario con autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro, hecho ocurrido con posterioridad a la demanda, como que esta "se presentó el 3 de junio de 1983 y la escritura adquirió la existencia de que adolecía el 27 de mayo de 1992, al ser firmada por el señor Notario" (fls. 22 y 44, cdno. Corte, demandas primera y segunda, en su orden), circunstancia esta que fue debidamente alegada antes de proferir el fallo impugnado, en la audiencia de segunda instancia durante el trámite del recurso de apelación. Ello significa, que el tribunal aplicó al caso litigado indebidamente los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil y dejó de aplicar el artículo 305 del mismo

estatuto, aplicable al caso por tratarse de "hechos nuevos", cuya ocurrencia fue posterior a la demanda. Por tal razón, a juicio de los censores, ha de ser casada la sentencia que se impugna y, en su reemplazo, en sede de instancia, se ha de revocar la de primera, para en su lugar, declarar la existencia de la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva (fls, 26 y 49 de este cuaderno, primera y segunda demandas de casación).

Consideraciones

1. Es verdad averiguada que las sentencias de segundo grado pueden ser atacadas por violación indirecta de las normas sustanciales, cuando, según las circunstancias que se tuvieran o debieran tener presente, se sujetan en su formulación a la técnica de casación.

1.1. Primeramente advierte la Sala que se encuentran sometidas a estatuto especial tanto las formalidades de las escrituras públicas, como aquellas que en particular se refieren a la autorización y firma del notario.

1.1.1. En efecto, recuerda la Sala que conforme a lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto-Ley 960 de 1970, el proceso de "perfeccionamiento" de una escritura pública, comprende varias etapas sucesivas e independientes entre sí, que, aunque de suyo son actos separables, en conjunto constituyen un acto complejo, al término del cual nace a la vida jurídica esa categoría especial de instrumento público que el legislador denomina escritura pública, es decir, el documento contentivo de declaraciones emitidas ante notario en actos jurídicos y que se incorpora al respectivo protocolo.

En ese orden de ideas se distinguen con absoluta claridad, la recepción de las declaraciones; la extensión de las mismas, o sea su "versión escrita"; el otorgamiento, o sea el asentimiento de los otorgantes al texto que ha sido extendido; y, por último, la autorización que, conforme al tenor de la ley (art. 14, Decreto-Ley 960 de 1970), "es la fe que imprime el notario" al instrumento, "en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados". Es decir, el Notario como guardián de la fé pública, con su firma, que estampa "en último lugar" (art. 40, Decreto-Ley 960 de 1970), asevera que ese instrumento público fue ela-

borado con estricto cumplimiento "de los requisitos formales del caso" y que los otorgantes, de otro lado, "presentaron los comprobantes pertinentes"; y, a virtud de ello, le imprime entonces con el acto de firmarla, el carácter de escritura pública en ese documento que habrá de ser protocolizado como tal.

1.1.2. De otra parte, con estricto rigor lógico-jurídico, el decreto 960 de 1970, por el cual se expidió el "Estatuto del Notariado", dedica el Título III a la "Invalidez y Subsanación de los Actos Notariales", lo que, de entrada, muestra a las claras que el legislador extraordinario distinguió abinitio entre los actos nulos y aquellos simplemente irregulares. Los primeros, son los que tienen ocurrencia cuando "desde el punto de vista formal", se omita el "cumplimiento de los requisitos esenciales" en los casos específicamente determinados por el artículo 99 de ese estatuto, y se sanciona con la invalidez el acto notarial que adolezca de uno cualquiera de los vicios allí señalados. En cuanto a los demás, es decir, los afectados de simple irregularidad, pueden ser objeto de "subsanación", de enmienda o corrección, y de ello se ocupan las restantes normas del citado Título III del Decreto-Ley 960 de 1970. Ello acontece con el artículo 100 de ese estatuto, según el cual, cuando quiera que en un instrumento público en proceso de perfeccionamiento como la escritura pública falture la autorización notarial, mientras ella no se produzca, no se adquiere esa calidad, ni ese documento tiene existencia como escritura pública.

Con todo, si al instrumento "faltare solamente la firma del notario", sin causa que justifique la negativa a su autorización, puede quien se encuentre en el cargo suscribir el instrumento previa autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro (arts. 100, Decreto-Ley 960 de 1970 y 47 del Decreto 2148 de 1983), la que será concedida "con conocimiento de causa", hipótesis esta en la que por el cumplimiento de la última de las etapas previstas en la ley para que el "perfeccionamiento" de la escritura pública, es decir, por la "autorización" (arts. 13 y 14, D-Ley 960 de 1970), el instrumento que hasta antes de ella era inexistente como escritura pública, adquiere plena existencia como tal.

1.2. Siendo así las cosas, resulta pertinente concebir varias posibilidades de alteraciones de documentos escriturarios, tal como cuando iniciado un proceso declarativo de inexistencia de escritura pública por falta de la firma del notario, con posterioridad a dicha iniciación y estando en curso dicho proceso, se obtiene la subsanación de la firma con autoriza-

ción de la superintendencia de notariado y registro, la que antes de la sentencia de primer o segundo grado es aducida y aportada por las partes para que sea tenida en cuenta en la decisión final de aquella pretensión. En tal situación, el juez puede encontrarse en el deber excepcional o ineludible de decretar de oficio la prueba, so pena de violar las reglas de disciplina probatoria aplicable a la norma.

1.2.1. Ciertamente, como en muchas ocasiones lo ha reiterado esta Corporación la atribución que la ley le otorga al juez o magistrado para decretar pruebas de oficio cuando quiera que "las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes" (art. 179 C.P.C.) si bien, por el interés público del proceso, no constituye una facultad sino un deber para tales funcionarios establecida para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aparece en el expediente (Sentencia No. 444 del 26 de octubre de 1988); no es menos cierto que sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuales son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador de la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable del juzgador, no es menos cierto que solo a él le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio, pues le basta decretarlas sin recurso alguno (art. 179, inc. 2o. C.P.C.) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues, solo depende de su iniciativa). Por ello resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y, por consiguiente, no procede a darle valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso.

1.2.2. Sin embargo, cosa distinta acontece cuando quiera que en un proceso, como el sub-exámine, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso. Porque en tal evento

las circunstancias objetivas, ajena a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar mas ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. Si ello es así, corresponde al juez el deber ineludible de decretar de oficio dicha prueba para que, una vez incorporada y controvertida legalmente en el proceso, pueda proceder mediante su apreciación a adoptar una decisión conforme a la realidad probatoria de los hechos iniciales y sobrevinientes. Porque la atribución legal para decretar de oficio las pruebas, por las circunstancias objetivas y ostensibles que rodean el caso, imponen el deber ineludible de hacer uso de dicha atribución, pues no hay fundamento alguno para considerar inútil dicha prueba, ni para estimarla extraña a las alegaciones de las partes, sino, por el contrario, dicha prueba resulta necesaria para precaver una decisión absurda y contraria a la realidad.

Y ello precisamente se presenta cuando frente a una pretensión inicial de inexistencia de una escritura pública determinada fundada en la omisión de la firma notarial, le sobreviene durante el proceso la alegación y prueba de la subsanación por orden del competente, de la firma del notario. Porque en dicho evento, al prescindirse de esta prueba (por no incorporarse legalmente) se arriesga el juzgador a adoptar una decisión relativa a la ausencia de firma del notario, cuando, de acuerdo con la prueba aducida, se sugiere, a pesar de que aún no sea regular, que ella ya existe de acuerdo con el procedimiento posterior. Luego autorizar una decisión en este sentido no solo resulta absurda sino igualmente contraria a la realidad, porque sería permitir que se adopte una resolución sobre una prueba de una escritura que carece de la firma del notario, cuando por otra parte existe otra prueba de la misma escritura que muestra lo contrario, es decir, que sí tiene firma. De allí que la interpretación legal que autorice tal absurdo, que se consigue no decretando de oficio la referida prueba, no deba estimarse como la mas acertada. Luego, esta última no ha de ser otra que la de asumir el deber ineludible de dictar el decreto de oficio de la prueba correspondiente, para proceder luego a la decisión pertinente.

Luego, bajo la inteligencia que aquí se le da al artículo 179 del C.P.C., en armonía con el 180 ibidem, el deber de decretar de oficio una prueba asume el carácter ineludible cuando quiera que por las circunstancias objetivas (ajenas a la negligencia, y maniobras de las partes) y ostensibles del proceso, es la actitud pertinente para ajustar la realidad probatoria a los hechos sobrevinientes aducidos y probados, que impidan fallos absurdos contrarios a la realidad última alegada y probada. Si ello es así, síguese entonces que la violación de este deber que excepcionalmente se torna ineludible en este caso, constituye un quebranto a la norma de disciplina probatoria mencionada, que, a su vez, impide, contrariando dicho precepto, otorgarle valoración probatoria precisamente a la prueba que, por los anteriores motivos, debió ineludiblemente ser decretada e incorporada de oficio con la consiguiente contradicción del caso. Por esta razón, excepcionalmente en este caso se incurriría en error de derecho alegable en casación cuando frente a la situación concreta mencionada, que, como se vió, supone la preexistencia de la prueba pertinente de un hecho sobreviniente, que al no ser decretado de oficio, contrariando la ley, de contera conduce al juzgador al quebrantamiento indirecto de la norma sustancial contemplada en el artículo 100 del Decreto 960 de 1970.

2. Sentado lo anterior, se observa por la Corte que los cargos propuestos como único en la primera demanda y como primero en la segunda, han de prosperar, por las razones que van a expresarse a continuación:

2.1. Es verdad incontrovertida en este proceso, que el objeto del litigio es que se declare la inexistencia de la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva, como quedó establecido en la demanda y su contestación.

Es igualmente cierto que al expediente fue allegada copia auténtica (décimosegunda) de la referida escritura pública, en el texto de la cual aparece una constancia suscrita por el señor Notario Segundo del Círculo de Neiva el 27 de mayo de 1992, en la que expresa que la suscribe, con autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro, "conforme a la Resolución No. 2736 del 14 de mayo de 1992, protocolizada mediante escritura No. 1407 de fecha 25 de mayo de 1992" (folios 96, C-4).

2.2. En la sentencia objeto de impugnación mediante los recursos extraordinarios en los cuales se formulan los cargos que se analizan ahora por la Corte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva —Sala de Familia- , manifestó que sobre la copia auténtica de la escritura pública mencionada en el numeral inmediatamente precedente, no haría "ningún pronunciamiento" en la parte resolutiva, en razón de "tratarse de documento aportado a proceso inobservando la preceptiva de los artículos 174 y 183 del C. en P.C." (fl. 147, C-4).

2.3. Así las cosas, salta a la vista que el sentenciador de segundo grado pasó por alto en forma absoluta lo dispuesto por los artículos 179, 180 y 305 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de no darle cumplimiento al deber ineludible que este caso tenía para decretar de oficio la prueba que con relación a un hecho se le aducía como extintivo de la pretensión inicial formulada, con lo cual impidió igualmente la posibilidad de la aplicación del artículo 305 citado: lo que, en su conjunto llevó al sentenciador a violar indirectamente el artículo 100 del Decreto 960 de 1970.

2.3.1. En efecto, por ese deber, ineluctable en este caso, el juzgador de instancia también quebrantó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, norma esta que precisamente para impedir fallos contrarios a la realidad de la vida, formalmente impecables pero en contraevidencia rotunda con la verdad material, ordena al juzgador que cuando ocurran con posterioridad a la presentación de la demanda hechos nuevos, que por su propia índole sean modificatorios o extingan la relación jurídico sustancial controvertida, esos hechos sobrevinientes habrán de ser tenidos en cuenta en la sentencia, supuesto, como es obvio, que aparezcan probados y que hubieren sido alegados a más tardar en los alegatos de conclusión, lo que, en rigor se cumplió a cabalidad en el caso sub-lite, como aparece de bulto en el acta de la audiencia pública que en virtud de lo pedido por la parte demandada y en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, se celebró en el curso de la segunda instancia (fls. 113 a 115, C-4).

2.3.2. Si, como aparece en el acta mencionada, los apoderados de las partes en forma expresa se refieren a la décimo-segunda copia de la escritura pública cuya inexistencia se impetró declarar por la jurisdicción, y está aceptado por ellos que la firma del Notario fue impuesta en ese instrumento luego de presentada la demanda y antes de la audiencia

referida (la escritura pública fue firmada por el Notario el 27 de mayo de 1992, por autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro conferida por Resolución #2736 de 14 de mayo de 1992, y la audiencia pública aludida se celebró el 3 de septiembre de 1992), es imperativa la conclusión de que el hecho sobreviniente, debió ser objeto de decreto de prueba de oficio por reunir las condiciones arribas citadas, a fin de que pudiera ser apreciada "en la sentencia". Más, como así no procedió el sentenciador de segundo grado, resulta de ello que se llevó de calle lo preceptuado por los artículos 179, 180 y 305 del Código de Procedimiento Civil pretextando que la prueba de haberse suscrito tal escritura pública no se allegó dentro de las oportunidades probatorias (arts. 174 y 183, C.P.C.), pues, como se dijo, estaba, conforme a las normas citadas, en el deber forzoso de decretar de oficio esa prueba, antes de proceder a dictar sentencia. En efecto, resulta de bulto que el hecho sobreviniente en torno a la relación jurídico-sustancial materia de debate judicial ocurrió después y no antes de la demanda inicial de este proceso y, además, que la prueba del mismo se allegó antes de la audiencia convocada durante el trámite del recurso de apelación (art. 360 C.P.C.) y que, por si fuera poco, a la escritura pública ya firmada por el Notario se refirieron las partes, sin objetarla ni tacharla, durante la celebración de esa audiencia, ni tampoco con posterioridad a ella. Sin embargo, fue ostensible el incumplimiento del juzgado frente al deber ineludible que existía en el presente caso para decretar de oficio dicha prueba, a fin de que, una vez incorporada al proceso y controvertida, pudiera ser apreciada en la sentencia en el sentido que resulta pertinente. Luego, al no hacerlo así incurrió en error de derecho al quebrantar las mencionadas normas de disciplina probatoria con relación a la citada prueba y que de contera le impidió darle el valor probatorio que le asigna la ley para la incorporación regular.

2.3.3. Agréguese a lo dicho, que el pronunciamiento judicial de ser la escritura pública en cuestión inexistente como tal, pese a que el Estado, por conducto de la autoridad pública (Superintendencia de Notariado y Registro) autorizó su suscripción posterior por el Notario Segundo de Neiva, equivaldría a desconocer por completo, sin razón jurídica alguna la validez y eficacia de ese acto, para dar por no existente lo que manifiestamente existe, posición esta que sería no solo reñida con la lógica, sino violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 305 del C.P.C. y 100 del Decreto 960 de 1970.

2.3.4. Viene entonces de lo dicho, que la sentencia impugnada habrá de ser casada por la Corte. Sin embargo, previamente a la sentencia sustitutiva esta Corporación decretará de oficio algunas pruebas (arts. 375, 179 y 180 C.P.C.).

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, C A S A la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva —Sala de Familia—, el 29 de septiembre de 1992 en el proceso iniciado por GILMA MOSQUERA DE DIAZ contra la sociedad "AGROPECUARIA MOSQUERA HERMANOS LTDA. (en liquidación), ALFREDO MOSQUERA GARZON, ALFREDO, JORGE, FERNANDO y GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO y, actuando en sede de instancia, previamente al fallo correspondiente, conforme a lo dispuesto por los artículos 375, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, RESUELVE:

DECRETAR de oficio la incorporación como prueba regular del presente proceso las copias auténticas de las escrituras públicas No. 866 del 22 de julio de 1975 y No. 1407 del 25 de mayo de 1992 de la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, que obran a folios 92 a 103, C-4, presentadas por el demandado Gratiniano Mosquera Trujillo (fl. 90, C-4), y a las cuales aludieron las partes en la audiencia a folios 113 y ss. del C-4.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación, por su prosperidad. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Referencia: Expediente No. 4293

Alberto Ospina Botero en permiso Rafael Romero Sierra

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

La presente providencia no la suscribe el magistrado doctor Alberto Ospina Botero, por cuanto no participó en su discusión y aprobación por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana
Secretario

***VIOLACION NORMA SUSTANCIAL — Vía Indirecta**

Existiendo una discreta autonomía en los jueces de instancia para valorar la prueba, cuándo se configura la violación indirecta por yerros probatorios.

*CONFESION / DECLARACION DE PARTE

Distinción entre la confesión y la declaración de parte. En qué medida la declaración de parte adquiere relievancia probatoria.

*ERROR DE HECHO / INDICIO

Error de hecho en tratándose de la prueba indiciaria.
Igual sentido: Cas. Febrero 23 de 1990; Cas. Marzo 3 de 1984.
F. F.: C. de P.C. Art.: 232.

*ERROR DE DERECHO / TESTIMONIO SOSPECHOSO

Error de derecho respecto del testigo acreditado como sospechoso.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil — Santafé de Bogotá Distrito Capital, trece (13) de septiembre de 1994

Magistrado Ponente: *Dr. Héctor Marín Naranjo*

Rad. Expediente 3979 Sentencia No. 112

Decide la Corte el recurso de Casación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de febrero 12 de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá dentro del proceso ordinario adelantado por CLARA PULECIO DE ESPINOSA, frente a la

nario adelantado por CLARA PULECIO DE ESPINOSA, frente a la URBANIZACION BOSQUE MEDINA LTDA., en liquidación.

Antecedentes.

1. Correspondió al Juzgado 16 Civil del Circuito de esta ciudad conocer de la demanda en que la actora pretende que se condene a la sociedad demandada a restituirle la suma de seis millones trescientos cincuenta y un mil trescientos once pesos con veinte centavos ($6.351.311,20), junto con sus intereses corrientes mercantiles desde la fecha en que los recibió hasta cuando se haga el pago y con la aplicación de la corrección monetaria. Así mismo solicita que se declare a la mencionada sociedad responsable de los perjuicios que le causó la ejecución con título hipotecario que cursó, entre las mismas partes, en el Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

2. Fundamentó estas peticiones en los hechos que sucintamente así se resumen:

2.1. La sociedad "URBANIZACION BOSQUE DE MEDINA, en liquidación", demandó en el Juzgado 26 Civil del Circuito de esta cindad a la aquí demandante, mediante los trámites propios de un juicio hipotecario, con el fin de obtener el pago de la suma de $3.900.580 junto con sus intereses moratorios. Basó tales pretensiones en que, de conformidad con la escritura pública No. 2005 de mayo de 1993, otorgada en la Notaría 1a., la ejecutada se declaró deudora de la suma de $4.5000.000, a una tasa efectiva del 34% anual y los cuales pagaría en seis cuotas semestrales de $1.000.000.oo, cada una, adeudadas en forma vencida por la obligada.

2.2. La ahora demandante, compelida por la ejecución y para evitar los perjuicios que con la misma se le causarían, transó con la ejecutante la deuda en la suma de $6.351.311,20, los cuales fueron pagados mediante cheque girado por "INVERSIONES SAMAR LTDA.", a quien la señora PULECIO DE ESPINOSA le vendió el apartamento.

2.3. Sin embargo, agrega la demanda, la realidad era otra porque la sociedad "URBANIZACION BOSQUE MEDINA S.A.", vendió a la demandante el inmueble por la suma de $14.000.000,oo, que la compradora pagó así: $10.000.000.oo que la vendedora declaró recibidos en efectivo en la escritura de venta. Y el excedente, es decir, la suma de

$4.000.000,oo, con préstamo otorgado por "AHORRAMAS", garantizado con hipoteca y que fue oportunamente abonado a la deuda que por mayor valor tenía la sociedad vendedora con tal Corporación.

2.4. Que habiendo pagado la demandante la totalidad del precio a la sociedad demandada en la forma acotada en la escritura de compraventa, la deuda hipotecaria por $4.5000.000,oo resulta irreal e inexistente, fruto de un error de la compradora y por lo tanto fue indebido el pago, es decir, se pagó lo no debido.

2.5. Que al encontrarse compelida a vender precipitadamente el apartamento, se le causaron graves perjuicios puesto que obtenía un ingreso mensual de US$3 000,oo por concepto de arrendamiento a la sociedad "COLOMBI CITIES (SIC) SERVICES PETROLEUM CORPORATION".

2.6. Una vez notificada del auto admisorio de la demanda, la sociedad demandada aceptó algunos hechos, negó la mayoría, se opuso a sus pretensiones y propuso excepciones de mérito.

2.7. Trabada en estos términos la relación procesal, la primera instancia transcurrió por sus diversas etapas para concluir con sentencia denegatoria de las pretensiones de la actora, puesto que se declaró probada una de las excepciones de la defensa. La demandante apeló tal providencia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el cual la confirmó.

La sentencia de tribunal

A vuelta de relatar los hechos de la demanda y de encontrar satisfechos los presupuestos procesales, encuentra el *ad-quem* inobjetable la sentencia recurrida conforme a las pruebas allegadas y en cuyo análisis, a continuación, se adentra.

1. Repara en la existencia de una promesa de compraventa entre las partes, en la cual establecen la forma de pago y los pormenores de la negociación.

2. El dictamen pericial en el cual los peritos contables detallan los pagos realizados por la demandante, incluyendo aquellos que corresponden a las cuotas de la hipoteca de segundo grado constituida a favor de la

demandada, explicando, además, por qué razón el saldo del negocio fue el anotado en la escritura.

3. Las declaraciones de FELIPE ENCINALES SILVA y GUSTAVO HOLLMAN GAVIRIA, "...si bien para ese entonces vinculados a la firma "OSPINAS Y CIA LTDA." encargada de manejar las ventas de los apartamentos y por tal motivos sujetos a crítica por el gestor de la actora, pueden fundamentar una conclusión similar a la adoptada por el *a-quo*...", toda vez que relatan la historia de la negociación y mora de la demandante en el pago de las tres cuotas, lo cual lleva a aceptar que el gravamen hipotecario no fue oportunamente atendido.

4. Destaca las imprecisiones, dudas y evasivas de la demandante durante el interrogatorio de parte.

5. Para finalizar, concluye que de las pruebas allegadas se infiere que no existe error en el pago, como así se desprende, también del indicio de que la hipoteca de segundo grado fuera suscrita el mismo día y en la misma notaría en que se suscribió la escritura de venta, siendo imposible que la demandante hubiese aceptado aquella y pagado las tres primeras cuotas sin reparo alguno. La tesis del error carece de solidez, porque la demandante estaba enterada, como lo acreditan las pruebas, que la obligación de $10.000.0000,oo no estaba satisfecha.

La demanda de casación

En un único cargo, con apoyo en la causal primera de Casación, se acusa a la sentencia del Tribunal de haber violado indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 2.313, 2.314, 2.315, 2.316 y 2.318 del Código Civil, a causa de errores manifiestos en la apreciación probatoria.

El desarrollo del cargo se plantea en estos términos:

1. El Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la declaración de parte de la demandante, según la siguiente demostración:

1.1. Que la respuesta a la primera pregunta del interrogatorio, en la cual la demandante contestó que "...eso se pagó antes de la promesa de venta se pagaron $10.000.000,oo de pesos (sic.) (diez millones de pesos), y

luego cuando la escritura me dieron la subrogación de Ahorramas que fueron cuatro y medio millones...", fue posteriormente adicionada al responder la cuarta pregunta, donde la absolvente reconoce que se equivocó al responder la primera pregunta porque para la promesa solo pago "un millón y pico..." y el excedente a la firma de la escritura.

1.2. En el transcurso de su versión la demandante reitera que pagó en efectivo la suma de $10.000.000,oo el día de la firma de la escritura y el saldo restante de $4.000.000,oo con el crédito de Ahorramas. A pesar de lo cual no vio el Tribunal, que únicamente repara en las imprecisiones y dudas de la deponente, que es categórica, firme e insistente en manifestar el pago, sin que haya prueba que desvirtúe una confesión que debe tenerse como indivisible.

Que en las 17 preguntas que se le formularon, con violación incluso, de lo dispuesto en el artículo 207 que prohibe interrogar sobre los mismos hechos, la absolvente plantea en diferentes formas el pago, con aclaraciones y explicaciones que no pueden separarse. Concluye este segmento afirmando que la demandante no fue imprecisa puesto que siempre contestó con claridad y firmeza.

1.3. Hace recaer la trascendencia del cargo en que el sentenciador no tuvo en cuenta las manifestaciones del pago para enfrentarlas ante la escritura de compraventa en la cual el vendedor declara recibido en efectivo el precio. Así mismo, en que supone una confesión que no hace y hace divisible una confesión indivisible.

2. Incurrió, también, en error de hecho en la apreciación de la declaración de FELIPE ENCINALES SILVA, testigo que expresa no recordar, por el transcurso del tiempo, la negociación. Empero el Tribunal la tuvo en cuenta para aceptar que el gravamen hipotecario no fue atendido en la forma prevista y que en momento alguno la demandante puso reparo a la existencia de esta obligación.

El desacierto consiste, agrega, en que se hace decir al testigo lo que no dijo, pues mientras este no recuerda la negociación, el fallador se apoya en esta declaración para sacar sus inferencias sobre la misma.

3. El Juzgador no tuvo en cuenta las copias auténticas del expediente contentivo del juicio hipotecario promovido por la sociedad demandada contra la demandante en el Juzgado 26 Civil del Circuito, motivo por el cual

no vio que el poder otorgado por la ejecutante fue suscrito por GUSTAVO HOLLMAN GAVIRIA, como tampoco advirtió que se pretendía el pago del saldo insoluto de la compraventa del apartamento.

4. Refiriéndose más adelante al testimonio de HOLLMAN GAVIRIA afirma que fue tachado por la actora, habida consideración de la relación laboral que lo une a "OSPINAS Y CIA S.A.", socio mayoritario o "...único socio de la demandada..."

Sin embargo el Tribunal se abstuvo de apreciar la tacha y como le dio mérito demostrativo al testimonio, sin poder hacerlo, incurrió en error manifiesto de hecho.

5. El sentenciador incurrió en evidente error de hecho por no tener en cuenta el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada, expedido por la Cámara de Comercio y no se dio cuenta, en consecuencia, que es de propiedad casi exclusiva de "OSPINA Y CIA S.A.", por lo que puede decirse sin exageración, que entre las dos sociedades hay identidad de intereses. "...Siendo trascendental la intervención de OSPINAS Y CIA S.A., no se tenía muy claro cual era su razón de ser y el Tribunal pasó por alto hecho tan definitivo...", incurriendo en el yerro aducido.

6. Incurrió el *ad-quem*, también, en error de hecho manifiesto-en la apreciación de la promesa de compraventa porque no vio que se trataba de un documento elaborado diez meses antes de la escritura y que por tratarse de un acuerdo preparatorio suele ser modificado en cualquier momento por las partes. En cambio, la escritura pública es el acto definitivo, sobre el cual no puede prevalecer la promesa. Como así lo hizo el fallador, incurrió en el error enrostrado.

7. En otro error de la misma índole incurrió por no haber apreciado en el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada que es una comerciante domiciliada en Bogotá, calidad de la cual se derivan importantes obligaciones y derechos.

8. Agrega el censor que el Juzgador incurrió en un nuevo error de derecho por apreciar el dictamen pericial con violación del artículo 69 del

C. de Co., por cuanto que, siendo comerciante la demandada y no siéndolo la demandante, los libros son solo un principio de prueba en favor del comerciante que necesita ser completado con otras pruebas. "...Como en este negocio la prueba pericial no fue completada con otras pruebas, carece de mérito probatorio..."

9. Igualmente incurrió en error de hecho en la apreciación de los indicios. En efecto, que se hubiese constituido la hipoteca el mismo día y en la misma notaria en que lo fue la escritura, que la demandante hubiese pagado las tres primeras cuotas y estuviera enterada del saldo de la deuda, son hechos que se constituyen en un solo indicio, razón por la cual no se reúne la exigencia de que haya pluralidad de indicios, requisito indispensable para conformar su mérito probatorio.

Además, no tuvo en cuenta los siguientes contraindicios: 1) La confesión que la vendedora hace en la escritura pública de tener recibidos en efectivo $10.000.000,oo; 2) la entrega del apartamento a la compradora, que "concreta la realidad de la venta". 3) El pago de la suma de $4.000.000,oo efectuado por AHORRAMAS como abono al precio y 4) la hipoteca a favor de esta Corporación.

10. El Tribunal incurrió en error de derecho "...con violación del artículo 232 del C. de P.C...", así:

Declaró el vendedor que había recibido la suma de $10.000.000,oo en efectivo y $4.000.000,oo por el crédito de AHORRAMAS, es decir, el precio de la venta. "...Entonces es muy evidente que se trataba de comprobar un elemento esencial del contrato, EL PAGO. Luego ha debido darle aplicación al artículo 232 del C. de P.C., inciso segundo y en consideración además a la falta de un documento o de un principio de prueba por escrito, el Tribunal ha debido concluir que surge un INDICIO GRAVE de la inexistencia del respectivo acto, pues por otra lado no están acreditados las excepciones que trae la norma..."(?).

Para finalizar concluye que debido a esos errores de apreciación probatoria condujeron a que el *ad-quem*, quien atendió una declaración contravidente y sin respaldo en otras pruebas, infiriera que no había ningún error en la constitución de la hipoteca y por lo tanto que el pago había sido válido.

Consideraciones

1. La acusación que en el primer lugar le enrostra el censor a la sentencia impugnada se refiere a un supuesto error de hecho en la apreciación de la declaración de parte vertida por la demandante en el transcurso de la primera instancia, sindicación que conduce a la Sala a las siguientes precisiones.

1.1. *En forma reiterada y permanente ha sostenido la Corte que, existiendo una discreta autonomía en los jueces de instancia para valorar la prueba, la violación indirecta por yerros probatorios, solo se configuran cuando la supuesta equivocación del sentenciador es evidente, esto es, que por ostensible no requiera de raciocinios mas o menos exhaustivos para encontrarla y, además, que sea trascendente, es decir, que tenga tal influencia en la sentencia, que sin el error, la decisión se habría proferido en sentido distinto.*

1.2. De otro lado, no puede confundirse la confesión con la declaración de parte, como lo insinúa la censura. La confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o, por lo menos, resultan favorables a la contraparte. La última es la versión, rendida a petición de la contraparte o por mandato judicial oficioso, por medio de la cual se intenta provocar la confesión judicial.

En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario. O, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba.

1.3. Se infiere, entonces, con facilidad, que el *ad-quem* no tenía por qué reparar en la declaración de la demandante en la medida en que esta insistía en relatar hechos que en un todo le eran favorables. Que, por ende, su silencio no solo es absolutamente intrascendente, sino ajustado a la ley.

En efecto, cuando reitera la interrogada que suscribió la escritura de hipoteca a favor de la demandada por un error puesto que ya había pagado la suma de $10.000.000,oo como reza la escritura de compraventa, está afir-

mando hechos que le benefician y que, en tal medida, tenía la carga de probar con medios distintos a su propia declaración.

1.4. *Cosa muy diferente a la confesión resulta ser que de la conducta asumida por la parte en el transcurso del interrogatorio, el Juez deduzca un indicio en su contra.* Así, el Tribunal al enumerar los medios de prueba que sustentan su decisión dijo:

"... d) La forma imprecisa, dubitativa y en veces evasiva con que la parte demandante contestó el interrogatorio de parte, absteniendose en qué forma atendió al pago de los diez millones convenidos, expresando simplemente no recordarlo y de paso imputando responsabilidad a "Ospinas y Cía. S. A.", por los presuntos errores contables que permitieron incurriera en error al firmar la hipoteca y atender al pago de la suma allí consignada pues que, reitera, para ese momento nada debía conforme se hiciera constar en la escritura de venta celebrada con la urbanizadora..."

Se observa, por tanto, que el Tribunal no dedujo confesión alguna, sino que, vista el acta contentiva de la declaración en su realidad objetiva, encontró que las respuestas de la absolvente eran evasivas y dubitativas, de lo cual infirió en su contra un indicio, así no lo hubiese afirmado expresamente. Y aunque esta inferencia no fue atacada por el recurrente, lo que de por sí sería suficiente para despachar la acusación, se observa que la misma no es contraevidente, si se confrontan las respuestas a las preguntas 6, 9, 10, 11, 12, 15 y 16, en las cuales la declarante se limita a contestar que no recuerda o no sabe los hechos personales por los cuales se le interroga.

2. La censura le endilga, igualmente, a la sentencia, errores de hecho en la apreciación de los testimonios de FELIPE ENCINALES SILVA y GUSTAVO HOLLMAN GAVIRIA.

2.1. En lo concerniente al primero, afirma que a pesar de que el deponente dice no recordar la negociación celebrada entre las partes, el fallador le otorgó valor de convicción en lo atinente a la misma.

Examinada esta declaración se observa que, efectivamente, su autor manifiesta que no recuerda concretamente los pormenores de aquella, no obstante lo cual, narra el trámite y condiciones usuales en ese tipo de acuerdos entre la sociedad vendedora y los futuros compradores, especialmente

lo relativo a la necesidad de no pactar cláusulas resolutorias, atendiendo con ello las exigencias de la Corporación financiera y, en consecuencia, a la necesidad de celebrar documento separado cuando la misma vendedora financiaba parte del precio.

Por tal razón, el Tribunal analizó este testimonio en conjunto con el de HOLLMAN GAVIRIA, para efectos de obtener convencimiento sobre el desenvolvimiento de la relación contractual entre las partes. Y aunque no discrimina lo narrado por uno y otro, de modo que aquel también aparece diciendo lo que éste último relata, lo cierto resulta ser que uno y otro testimonio se complementan en lo que al desarrollo del negocio concierne. En lo demás, esto es "...la mora en que incurriera (la demandante) ante el no pago de tres de las cuotas y en resumen, otros aspectos que toman esos testimonios suficientes para aceptar que el gravamen hipotecario no fue atendido en la forma prevista, y que en momento alguno la demandante puso reparo de ninguna naturaleza a la existencia de la obligación en forma tal representada...", hechos a los cuales no alude este testigo y que el Tribunal pone descuidadamente en su boca, el yerro aparece como intrascendente puesto que el otro declarante sí se refiere a ellos en la forma señalada por el fallador.

2.2. La acusación de error en la apreciación de la versión de GUSTAVO HOLLMAN GAVIRIA se acomete junto con la de errores en la estimación de los documentos que prueban las circunstancias que hacen sospecha su versión.

Al respecto, se observa que el error de hecho se hace consistir en que el sentenciador otorgó convicción a un testigo acreditado como sospechoso, circunstancia que debió invocarse como error de derecho pues el susodicho es aspecto que concierne a la valoración probatoria llevada a cabo por el juzgador respecto de tal testimonio.

Abstracción hecha de la falta de técnica anteriormente señalada, observa la Sala que si bien es evidente que el Tribunal no se pronunció expresamente sobre la tacha, puesto que se limita a reconocer que por estar vinculado el declarante a "OSPINAS Y CIA. S.A." y por "...tal motivo sujetos a crítica por el gestor de la actora...", y que, por el contrario, le otorgó convicción a su deposición, no es menos cierto que no incurrió en error al apreciarla de tal forma.

En efecto, no impide la norma que se reciban o se estimen los testimonios sospechosos. Solo exige que se valoren con mayor severidad, es decir, que se sometan a un análisis más agudo y crítico que el de personas ajenas a toda sospecha. Mas en la medida en que pasado por una criba tan rigurosa resulte responsivo, exacto, completo, verosímil y concordante con las demás pruebas que obran en el proceso, no debe desestimarse.

Y tales predicados, sin lugar a dudas, pueden aplicarse al testimonio que se enjuicia. En consecuencia, no se equivocó el Tribunal cuando le atribuyó poder de convencimiento. Y en este orden de ideas, resultan intrascendentes las acusaciones por supuesta preterición de los documentos que acreditaban la tacha, tales como los certificados de la Cámara de comercio y las copias del proceso hipotecario que cursó en el Juzgado 26 Civil del Circuito.

3. Se duele también el censor de yerros en la valoración de la prueba documental, específicamente, por no reparar en que la promesa de compraventa es un contrato anterior y preliminar que no puede prevalecer sobre el definitivo, y en el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada, que acredita que esta es una comerciante, calidad de la cual se desprenden "...obligaciones y derechos muy especiales..."

3.1. Pues bien, precisamente por tratarse de un contrato preliminar a uno definitivo, por recoger todos los elementos indispensables de este y porque las reglas de la experiencia indican que la escritura pública de compraventa de inmuebles en no pocas ocasiones no contiene la total realidad de la negociación, la promesa de contrato suele ser fiel trasunto de la misma. Luego no se trata de que la escritura pública prevalezca sobre la promesa, sino, simplemente, de que el pacto orientado a celebrar en el futuro un acto jurídico, hace parte del ítem negocial y que, en esa medida, recoge las estipulaciones que rodean el negocio definitivo. Así las cosas, es un instrumento idóneo para conocer e interpretar el querer de los contratantes e, inclusive, si es del caso, podría hasta llegar a probar contra lo dicho en la escritura.

3.2. Además de haberla tenido en cuenta en el momento en que encontró cabalmente reunidos los presupuestos procesales, no menciona, ciertamente, el Tribunal la certificación de existencia y representación de la demandada, omisión que no tiene ninguna trascendencia para los fines que se propone el impugnante, quien por lo demás simplemente se limita a afir-

mar que de la calidad de comerciante que no vio el fallador por desconocer tal documento, se desprenden importantes derechos y obligaciones sin relacionar cuáles y en qué medida son afectados por la sentencia.

4. No es cierto, como lo expresa el recurrente, que el sentenciador apreció el dictamen pericial independientemente de cualquier otra prueba, en contravía de lo dispuesto por el artículo 69 del C. de Co., cuando se hacen valer contra personas no comerciantes, porque, por el contrario, la decisión adoptada se fundamenta no solo en el dictamen, sino en los demás medios de convicción que en forma expresa en la misma se relacionan, fijando razonadamente en cada uno de ellos la convicción que le ofrecen.

5. Ahora bien, en lo que a la pluralidad de los indicios concierne, ha sostenido la Corte que,

"...Como las calidades de pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios son aspectos de hecho que se refieren a la objetividad misma de la prueba y no a la valoración de esta, su apreciación tiene que quedar bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades entraña un error de hecho y no de derecho. La calificación que de los indicios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son plurales, graves, precisos y conexos, o, por el contrario, únicos, leves y no concordantes entre sí, es función que se guarnece en la autonomía del fallador de instancia, cuyo criterio tiene que permanecer inmutable en casación mientras no se demuestre que adolece de error fáctico evidente, porque contradice ostensiblemente los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza...". (Cas. Febrero 23 de 1990; Cas. Marzo 3 de 1984).

En este orden de ideas, no resulta contraevidente deducir, como el *ad-quem*, que la suscripción de las escrituras públicas de compraventa e hipoteca a favor de la demandada en un mismo día y Notaría y con una numeración secuencial, que hubiese firmado la segunda escritura sin leer su contenido, y el pago sin reparos de tres cuotas de la obligación hipotecaria, son hechos independientes y plurales que permiten inferir que no existió el error en el pago que aduce la actora y por el contrario, que esta estaba enterada al otorgar la hipoteca, del verdadero saldo de la venta.

6. Además de lo ya dicho en torno a la prueba indiciaria, no puede inferirse el indicio de que trata el artículo 232 del C. de P.C., que en forma ambigua reclama el censor, porque lo cierto es que las partes sí dejaron constancia escrita de que se adeudaba parte del precio, pues tal es la connotación que tiene la escritura pública 2005 de mayo 5 de 1983 de la Notaría primera en la cual la demandante se declara deudora de la sociedad demandada en la suma de $4.5000.000,oo "...por concepto de saldo del valor del inmueble que le compró por medio de la escritura dos mil cuatro (2004)..." y en garantía de la cual otorgó la hipoteca de segundo grado que se hizo valer en el juicio ejecutivo del Juzgado 26 Civil del Circuito.

Luego el cargo no prospera.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de decisión Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia proferida el 12 de febrero de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, dentro del proceso ordinario adelantado por CLARA PULECIO DE ESPINOSA frente a LA URBANIZACION BOSQUE MEDINA LTDA.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense oportunamente.

Notifíquese

Pedro Lafont Pianetta, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero —en uso de permiso—, Rafael Romero Sierra

PRINCIPIO DE LA TRASCENDENCIA/NULIDAD PROCESAL-LEGITIMACIÓN/ EMPLAZAMIENTO INDEBIDO - LEGITIMACION

1.) Según el principio de la trascendencia, quién está legitimado para alegar un motivo de nulidad procesal, quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos.

2.) La legitimación para alegar la nulidad por emplazamiento irregular sólo la tiene la persona que ha sido convocada al proceso de la manera tenida como anómala.
F. F.: art. 143 inc: 3; 142 . del C. de P.C.

*SUSPENSIÓN PROCESAL/PROCESO PENAL/NULIDAD PROCESAL

1). La suspensión del proceso, si bien se debe adoptar cuando el fallo del proceso penal haya de influir necesariamente en la decisión civil, tal cuestión —la de carácter necesario de la influencia—, la difiere la ley al prudente criterio del juzgador civil.

2). Cómo ha de entenderse configurada la nulidad procesal en tratándose de la causal relativa a la suspensión.
Igual sentido: sentencia 28 de febrero de 1991.

F. F.: art. 170 num. 1 del C. de P.C.; 140 num. 5, 171 inc. 2, 168 inc. final, 170 inc. final ibídem.

*CASACIÓN-Fundamentos de la Acusación/DEMANDA DE CASACIÓN/ERROR DE HECHO

1). Distinción de las expresiones "clara" y "precisa" de la forma de exponer los fundamentos de cada acusación de que trata el art. 374 del C. de P.C., como requisito para la demanda de casación.

2). La claridad relativo al error de hecho.

*DEMANDA - Requisitos/PRETENSIÓN/CAUSA PETENDI/DEMANDA-Requisitos/INEPTITUD DE LA DEMANDA

La contradicción entre el petitum y la causa petendi de la demanda, hace inepta a ésta.
F. F.: Art.: 75. del C. de P.C.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil — Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de Septiembre de 1994.

Magistrado ponente *Dr. Héctor Marín Naranjo*

Rad.- Expediente No 3960.- Sentencia No. 114

Despacha la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que data del dieciocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por la señora MARIA GLORIA RUIZ CARRILLO en frente del señor HUMBERTO CETINA GAMEZ.

Antecedentes.

1. Al Juzgado Sexto Civil del Circuito e Santafé de Bogotá D.C., correspondió por reparto asumir el conocimiento de la demanda presentada por María Gloria Ruíz Carrillo para que, previos los trámites de un proceso ordinario a surtirse con citación y audiencia de Humberto Cetina Gámez, se dictase sentencia en la que se la declarase dueña, por haberla adquirido mediante usucapión, de una casa-lote distinguida con el número 12 de la

manzana 3 de la urbanización "La Estrada", de esta ciudad, junto con las mejoras allí puestas, inmueble distinguido con el nro. 71-05 de la carrera 61A, y calle 71A, nro. 61A-10, comprendido dentro de los linderos que en el libelo se describen. Y que, en consecuencia, se ordenase la inscripción de la sentencia en la oficina competente.

2.- A fin de sustentar la anterior pretensión la actora dijo que venía poseyendo de manera pacífica, pública e ininterrumpida el inmueble materia de la pretensión, según actos que ha consistido en "levantar paredes de cerramiento, habitaciones, locales y garajes y, en fecha anterior cultivando hortalizas y siembros varios para el uso doméstico..."; que también ha pagado el impuesto predial, ha dado en arrendamiento parte del inmueble, y le ha instalado "luz, agua, andenes, tablado de pisos en parte y embaldosinado en el resto...". Y que no ha reconocido a nadie como dueño.

3.- La demanda anterior se admitió mediante auto del 3 de abril de 1979, el cual se notificó al demandado el 14 de agosto siguiente. Además, se dispuso y se practicó el emplazamiento de aquellas personas que se creyeran con algún derecho sobre el bien.

Cetina se opuso a la declaratoria del dominio deprecada y, a ese fin, negó los hechos que le sirven de fundamento.

El curador ad-litem de las personas indeterminadas también respondió el libelo, mas expresó que ni aceptaba ni se oponía a las pretensiones de la actora.

4.- Después de un dilatado y accidentado trámite, el Juzgado, con fecha 24 de agosto de 1990 dictó, sentencia desestimatoria de lo pedido por la demandante, confirmada luego por el Tribunal en la que es materia del presente recurso.

La sentencia del Tribunal

1.- Tras señalar que concurren los presupuestos procesales y que no existe motivo de invalidez de lo actuado, el Tribunal, en la parte considerativa, reproduce lo pedido por la demandante para decir que "la pretensión transcrita es sumamente clara en el sentido de perseguir

el reconocimiento de la prescripción ordinaria", siendo sus circunstancias distintas a las previstas para la prescripción extraordinaria.

2.- Cita los artículos 2528 y 674 del C.C., y expone que "para demostrar que se ha poseído un inmueble y reclamar su pertenencia en virtud de prescripción ordinaria, debe probarse la existencia de un justo título y diez años de posesión", para anotar, a renglón seguido, que en este caso "no existe prueba documental constitutiva del justo título, que a su vez corrobore o respalde la pretensión del libelo demandatorio.. ". De esto infiere que mal podría declararse la pertenencia con fundamentos pobatorios distintos, que llevarían a la configuración de la prescripción extraordinaria.

3.- Llama la atención sobre el principio de la congruencia de las decisiones judiciales, en particular sobre que éstas deben ser consonantes con la causa expresada en la demanda. Manifiesta que en este caso "se expone como causa de la petición de declaración de pertenencia, el haber ganado el bien inmueble por prescripción ordinaria; pero a través (sic) de la etapa probatoria no se allegaron los medios exigidos para obtener tal declaración, sino que se vinculan al expediente versiones que bien podrían dar lugar a un reconocimiento de la prescripción, pero de carácter extraordinario..."

Trae a cuento jurisprudencia de la Corte, para decir entonces que "las limitaciones establecidas por el principio de la congruencia de los fallos jurisdiccionales, impone a quienes elaboran las demandas una mayor atención y precisión en la redacción de las peticiones y en los fundamentos en que estas se apoyan a fin e evitar que el juzgado quede 'impedido' o limitado para resolver frente a las equivocaciones o errores cometidos en la formulación de las pretensiones".

Concluye diciendo que el Juzgado obró de manera acertada al negar las pretensiones "ya que los supuestos en que se fundaron éstas, no se demostraron".

La demanda de casación

Contiene tres cargos en contra de la sentencia anterior, los dos primeros propuestos con base en la causal quinta del artículo 368 del C. de P.C., y el tercero con fundamento en la causal primera ib. La Sala habrá de despacharlos en el mismo orden.

Cargo Primero

1.- En él se denuncia haberse incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 9 del actual artículo 140 del C. de P.C., que corresponde al numeral 9 del antiguo artículo 152 ib.

2.- Con el propósito de desarrollarlo, empieza el recurrente por reproducir la constancia y visible al fl. 10 del cuaderno primero, de acuerdo con la cual "para los efectos del numeral 6 del artículo 413 del C. de P.C. en concordancia con el 318 de la misma obra se fija el presente edicto por el término de un mes, hoy 20 de abril de 1979".

Dice que el antiguo artículo 413, en su numeral 7, se remitía al artículo 318 de la época en que se dejó la anterior constancia, para destacar enseguida el tenor de esta última norma, acerca de cuyo alcance ofrece algunos comentarios.

3.- Asevera que en el presente caso, "si bien se dejó la constancia de haber fijado el edicto..., no se dice allí en que lugar del juzgado se satisfizo esta conducta, ni aparece que en realidad se haya dado cumplimiento exacto a ella...", amén de que tampoco se cumplió con la agregación del edicto al expediente.

Expone cual es, a su juicio, el propósito de exigir que el edicto se fije en un lugar público de la secretaría, por espacio de un mes.

4. Vuelve sobre el artículo 318, en tanto que allí se ordenaba que el edicto debía expresar "la naturaleza del proceso, el nombre de las partes y la prevención que se les designaría curador ad-litem" por causa de su no comparecencia, al igual que sobre el artículo 413 en relación con que el edicto debía contener "la especificación de los bienes, con expresión de su ubicación, linderos, número o nombre.

5. Manifiesta después que a la demandante le asiste interés para alegar esta causal por la vía del recurso de casación, "cuando se omite la citación de los indeterminados o esta es defectuosa (...), no pudiéndose argumentar que ha sido saneada por la impugnante en casación, puesto que esta causal de nulidad afecta el interés de todas las partes en el proceso y puede ser alegada por cualquiera de ellas, considerándose además por analogía insaneable.".

Cargo Segundo:

1. El recurrente inicia la sustentación respectiva diciendo que "esta suerte de irregularidad se presentó desde el momento en que fue iniciada investigación penal por estafa, en relación con el inmueble a que se refiere la demanda de pertenencia, la cual, lógica y necesariamente habrá de influir o afectar el resultado de ese pleito instaurado en torno a la adquisición de la propiedad, con base en la prescripción alegada por la parte demandante...". Que el Juzgado de Instrucción Criminal solicitó reiteradamente sobre el hecho punible por estafa, en relación con este proceso, pero que ni el Juzgado ni el Tribunal "dispusieron suspender el trámite del proceso, de tal manera que fue fallado haciendo caso omiso de la existencia ostensible de la investigación penal que habrá de afectar jurídicamente los resultados de la acción civil...".

2. Señala que lo anterior constituye una cuestión prejudicial penal que incide en el resultado del asunto civil. Que, anota un poco después, se ha presentado un error in procedendo "por haberse dictado la sentencia de primera y segunda instancia, después de ocurrida la causal de suspensión indicada en los artículos 170 de las dos codificaciones pluricitadas...".

3. Tal anomalía, remata, sólo puede ser subsanada por la vía del recurso de casación, por lo que pide a la Corte que decrete la nulidad y devuelva el expediente a las instancias para que se renueve la actuación anulada.

Se considera:

1. La Corte, en sentencia del 10 de julio de 1990, reiterando lo expuesto en oportunidades anteriores en relación con la alegación de nulidades, incluso en la fase procesal del recurso de casación, dijo lo que a continuación se reproduce.

" ". El Código (de procedimiento civil)... no sólo consignó reglas acerca de la oportunidad y legitimación para alegar (los motivos de nulidad), sino que estableció, además, todo un sistema de saneamiento tácito; de tal suerte que las nulidades procesales no se pueden alegar por cualquier persona ni en el momento que le provoque. Por lo que toca a la legitimación para alegar un motivo de nulidad, si se tiene en cuenta el principio de la trascendencia, se puede sentar como regla general la de que está

legitimado para alegar una nulidad procesal quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos. Con todo, carecen de legitimación: a)... b)... c) La nulidad por indebida representación o emplazamiento en legal forma, sólo puede alegar la persona afectada...' ".

En relación con lo señalado en el literal c) de la jurisprudencia precedente, viene al caso puntualizar que ello es del modo dicho puesto que de conformidad con el inciso 3 del artículo 143 del C. de P.C., "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada". Este inciso guarda estrecha armonía con el inciso 3 del artículo 142 ib., según el cual "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, podrá también alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339, o como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión si no se alegó en las oportunidades anteriores. La declaración de nulidad sólo beneficiará a quien la haya invocado, salvo cuando exista litisconsorcio necesario".

Así, pues, de estos dos preceptos emerge con toda nitidez que, como lo advirtió la Corte en la sentencia atrás mencionada, la legitimación para alegar la nulidad por emplazamiento irregular sólo la tiene la persona que ha sido convocada al proceso de la manera tenida como anómala, lo cual, a su vez, conduce a decir que en el presente caso esa invocación le incumbe a los terceros indeterminados que, habiendo sido emplazados, se crean con algún derecho sobre el bien materia de la declaratoria de dominio, y no a la parte recurrente en casación, demandante en el proceso. Y, si se quiere, la aplicación del mandato legal debe ser más rigurosa en casos como el presente, o sea, cuando la decisión no es adversa a los intereses de los terceros, sino a los de la parte actora, puesto que esta, mediante el expediente de la alegación de la nulidad, no busca otra cosa que reabrir el debate con miras a enmendar los desaciertos en los que, en su momento, incurrió, cuando, como es palpable, tuvo todas las oportunidades que la ley le brinda, e, incluso, actuando con lealtad procesal —e indirectamente en favor de su propia posición— pudo haber puesto de presente las imperfecciones que, en su sentir, hubiesen rodeado la convocatoria de los terceros indeterminados.

Esa razón, entonces, es suficiente para que el primer cargo no pueda abrirse paso.

2. *Igual suerte debe correr el segundo cargo.*

En efecto, dejando de lado que el recurrente no individualizó cuál era, entre las establecidas en el artículo 140 del C. de P.C., la causal de nulidad que a este otro ataque le sirve de soporte, omisión que sería bastante para desestimarlo, tal censura, como se sabe, se basa en que se dictó sentencia no obstante la existencia de una investigación penal que, en sentir del impugnador, estaba llamada a influir necesariamente en la decisión que en este asunto debía adoptarse.

Viene, por lo tanto, a ser tempestivo observar que la sobredicha circunstancia, por sí sola, carece de la entidad suficiente para configurar la nulidad. En verdad, con toda nitidez se desprende de las pertinentes disposiciones legales que es indispensable el decreto de la suspensión del proceso. Asimismo, que tal medida, si bien se debe adoptar cuando el fallo del proceso penal haya de influir necesariamente en la decisión de civil, tan cuestión la del carácter necesario de la influencia—, la defiere la ley al prudente criterio del juzgador civil (num. 1, art. 170, C. de P.C.).

En tal virtud, para que pueda hablarse de la presencia de la nulidad no basta con que se esté adelantando un proceso penal donde se examinen hechos que también sean propios del civil, ni siquiera que el juez penal así se lo pida al civil, sino que, como se viene diciendo, se produzca el decreto de suspensión y que, sin embargo, el juez civil reanude el diligenciamiento del asunto antes de que la suspensión sea levantada.

La Corte, ocupándose del punto anterior, en sentencia del 28 de febrero de 1991, expuso lo que a continuación se inserta:

"No obstante que el estatuto procesal señala que "el proceso es nulo en todo o en parte... cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo' (art. 140, num. 5, C. de P.C.), la estructuración de la causal relativa a la suspensión debe entenderse, en un primer requisito de proceso suspendido, conforme a la naturaleza de dicho fenómeno, cuya existencia constitutiva, pues depende de ella, además de haberse producido una causa legal, se requiere no sólo una decisión judicial según las voces de los artículos 170 ("El juez decretará la suspensión del proceso...') y 171 ("Decreto de suspensión y sus efectos. Corresponderá al juez... resolver

sobre la procedencia de la suspensión...'), adoptada únicamente cuando el "negocio se encuentra en estado de dictar sentencia' (art. 171, inc. 2 ib)... , sino que es indispensable, además, que dicha providencia se encuentre en firme porque sólo "a partir del auto que la decrete produce los mismos efectos de la interrupción' (art. 171, in fine, ib.) de que "no correrán los términos y no podrá ejecutarse ningún acto procesal, con excepción de las medidas de aseguramiento' (art. 168 inc. final, C. de P.C.), que es lo que se trata de asegurar, mediante el establecimiento de la citada nulidad, en caso de adelantarse el proceso suspendido sin haberse reanudado legalmente. De allí que no se configura esta causal cuando quiera que no se produce auto alguno en firme de suspensión, por no haberse proferido decisión alguna o haberse hecho en forma negativa...". Ello es así en todos aquellos casos distintos a los previstos en el inciso final del artículo 170 del C. de P.C., que no es la situación a estudio.

En el anterior orden de ideas, y visto que, como ya ha sido dicho, en la especie de esta litis no hubo decreto de suspensión del proceso por razón de la invocada prejudicialidad penal, se sigue que no se da la nulidad correspondiente y que, consecuencialmente, el segundo cargo también es impróspero.

Cargo Tercero:

1. Dentro del marco de la causal primera de casación, aquí se le enrostra a la sentencia la violación de los artículos 407, 82, 83, 75, 76, 85, 97-7, 98, 99 y 401 del C. de P.C.; 2512, 2513, 2518, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 758, 759, 764, 765, 766, 768, 769, 770, 775, 777, 780 y 785 del C.C., como consecuencia del manifiesto error de hecho cometido en la apreciación de la demanda.

2. Al fundamentarlo, el recurrente expresa que para el Tribunal estaban reunidos los presupuestos procesales, en primer término el de la demanda en forma, y transcribe un aparte de su sentencia.

Manifiesta que "de la observación del petitum y la causa petendi de la demanda, en concordancia con las aseveraciones del Tribunal sobre los fundamentos de su fallo, tenemos que fácilmente se ve que la demanda no reúne los requisitos formales, ya que no cumple las exigencias de los artículos 75, numerales 5, 6 y 7, en armonía con el 97 numeral 7 del C. de P.C., pudiendo citarse también el 85 del mismo código...".

3. Reproduce el texto de la primera súplica confrontándolo con los hechos primero y segundo, para decir que entonces "salta a la vista que la demanda... no reúne las exigencias formales, y no ha debido ser admitida, como tampoco ha debido el Tribunal proferir sentencia de fondo denegando las pretensiones de libelo...", y que esta ha debido ser inhibitoria.

Cita in extenso, de nuevo, la sentencia, e insiste en que la interpretación de la demanda cumplida por el tribunal "no cabe" porque... "ella ha de ser apreciada en su conjunto, como un todo unitario, teniendo en cuenta todas las partes de ella..., y en este caso, del examen en conjunto de dicho libelo, emerge la verdad real y procesal de que lo que quiso demandar doña María Gloria fue la pertenencia con base en prescripción extraordinaria, de naturaleza muy distinta a la ordinaria; de modo que la causa petendi examinada armónicamente con los demás elementos de la demanda, permite concluir que la apreciación del Tribunal es... manifiestamente errónea, por cuanto con lógica irrebatible no puede negarse que la causa para pedir fue concebida desde el momento de la presentación de la demanda, y desde luego, dicho escrito en su totalidad, sin que haya sido modificado desde ese momento procesal hasta ahora".

4. Más adelante, trae algunos comentarios relacionados con la congruencia dice que "el Tribunal ha incurrido en apreciación errónea de la demanda, por cuanto al interpretarla concluyó que las pretensiones que él estimó como planteadas por la parte demandante son las alusivas a la prescripción ordinaria, la cual, no aparece respaldada por los hechos señalados en la causa petendi de dicho escrito. Nótese – agrega— que a través de todo el proceso y hasta este momento todo ha girado en torno a los elementos fácticos constitutivos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, tendiente a adquirir por este modo, la declaración de propiedad para efectos pertinentes sobre el bien".

Vuelve sobre la congruencia y señala que "con la demanda elaborada como aparece en los autos y la decisión de fondo desestimatoria no se altera en nada este principio en este caso, lo mismo que si la sentencia hubiera sido estimatoria pues ante cualquiera de las dos circunstancias, la sentencia debía ser congruente... con "los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley', y ya hemos afirmado que la causa petendi

es la que aparece aquí en la demanda referida a la prescripción extraordinaria de dominio".

Se considera:

1. De conformidad con el ordinal 3 del artículo 374 del C. de P.C., en su primer inciso, es requisito de la demanda de casación la exposición de los fundamentos de cada acusación *"en forma clara y precisa"*.

Aparentemente, ambas condiciones apuntan hacia la misma connotación, desde luego que, en una de sus acepciones, lo *claro* y lo *preciso* son sinónimos. Sin embargo, cuando la regla legal incluyó los dos términos para perfilar ciertos rasgos técnicos de la demanda la casación fue porque los reputó como expresivos de conceptos separados, cada un de los cuales debe hallarse presente en aquella.

Entonces, mientras que la claridad concierne a que la demanda debe ser perceptible por la inteligencia sin duda ni confusión, o sea, fácil de entender no solo en su presentación sintáctica, sino también en su construcción lógica, lo preciso se ha de referir a que la acusación sea exacta, rigurosa, a que contenga todos los datos que permita individualizarla dentro de la esfera propia de la causal que le sirve de sustento.

Cuando la acusación se sitúa en la vía indirecta de la causal primera de casación, la demostración de los errores de apreciación probatoria que a la sentencia se le atribuyan en aquella, ha de sujetarse a las sobredichas exigencias.

Particularmente, la claridad en lo relativo al error de hecho exige que la tarea comparativa entre lo que expone la sentencia y el tenor de la prueba tenida como indebidamente apreciada, o dejada de apreciar, es aprehensible sin esfuerzo y sin que en la mente del juez de la casación se suscite algún tipo de perplejidad o confusión acerca del sentido o alcance del discurso orientado a demostrar el error y su evidencia. En este orden de ideas, a la claridad se opone que, dentro del mismo cargo y en lo tocante con la misma prueba, se planteen dilemas que, al estarle vedado a la Corte escoger entre sus extremos por razón del carácter dispositivo y excepcional del recurso, lo tornan en contradictorio, tal como acaece con el que ahora se despacha, conforme pasa a constatarse.

2. En efecto, el recurrente al comienzo de su fundamentación, reiterando lo que antes había expuesto en el mismo sentido, dice lo siguiente:

"Sin mayor dificultad, se concluye que el escrito introductivo en mención no reúne los requisitos formales preindicados —se refiere el censor a los previstos en los numerales 5, 6 y 7 del artículo 75, en el numeral 7 del artículo 97, y en el artículo 85 del C. de P.C.— , puesto que mientras que en el petitum piden de una manera, en la causa petendi no presenta los fundamentos de la demanda en armonía con el petitum...". Y agrega en el parágrafo siguiente: "De modo que salta a la vista que la demanda en este proceso no reúne las exigencias formales, y no ha debido ser admitida, como tampoco ha debido el Tribunal proferir sentencia de fondo denegando las pretensiones del libelo...".

En cambio, más adelante sostiene lo siguiente:

"Acorde con lo comentado, teniendo en cuenta las cuestiones formales anteriormente examinadas y lo discurrido con respecto a las consideraciones de la sentencia del Tribunal, está indicando que no cabe la interpretación que el Tribunal ha dado a la demanda, ya que ella he de ser apreciada en su conjunto, como un todo unitario, teniendo en cuenta todas las partes de ella..., y en este caso, del examen en conjunto de dicho libelo, emerge la verdad real y procesal de que lo que quiso demandar doña María Gloria fue la pertenencia con base en prescripción extraordinaria, de naturaleza muy distinta a la ordinaria; de modo que la causa petendi examinada armónicamente con los demás elementos de la demanda, permite concluir que la apreciación del Tribunal es errónea...".

Así pues, mientras que por un lado el error de percepción probatoria habría residido en que no se reparó que existía una contradicción entre el petitum y la causa petendi de la demanda, la cual la hacía inepta, por otro se da a comprender que el sentido del libelo apunta hacia la prescripción extraordinaria pues que esta fue la que quiso invocar la actora.

Expuesta dentro del mismo cargo, ambas proposiciones son antitéticas y, por ende, le sustraen la debida claridad a su planteamiento, lo cual se traduce en un defecto técnico de entidad suficiente para dar al traste con él.

3. Finalmente, no se diga que viéndolos por separado, conforme lo prescribe el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, en su numeral 2, es posi-

ble llegar a una solución diversa, porque no se está ante circunstancias distintas indebidamente involucradas en el mismo cargo, sino que son expresiones del mismo yerro endilgado al Tribunal. Y aun cuando lo fueran, lo cierto es que cuando el Tribunal concluyó que el entendimiento correcto de la demanda debía encaminarse hacia la prescripción ordinaria o usucapión, no dijo nada que pudiera ser tildado de manifiestamente contrario a lo que en ese escrito aparece consignado, porque la verdad es que mirado él en su conjunto, esa inteleeción resulta ser una de las que válidamente le son adjudicables, desde luego que, aparte del diáfano tenor de la parte petitoria de la demanda, los hechos narrados encajan con lo que es la prescripción ordinaria, así ellos no hubieran sido descritos en completa o total correlación con la previsión abstracta de la pertinente regla legal. Por mejor decirlo, nada hay en ellos que permita sostener que, de manera exclusiva, son caracterizadores de la prescripción extraordinaria. Por esta razón, entonces, el cargo, así se le escindiera en dos, tampoco podría abrirse paso.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, NO CASA la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que data del dieciocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por MARIA GLORIA RUIZ CARRILLO en frente de HUMBERTO CETINA GAMEZ.

Costas en el recurso de casación 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, Héctor Gómez Uribe, Conjuez.

*CASACION-Cumplimiento Sentencia Recurrida/PREVALENCIADEL DERECHO SUSTANCIAL

1). Si a pesar de ser ejecutable el fallo proferido por el ad quem, y sin reparo de las partes se concede el recurso extraordinario por el Tribunal, se admite luego por la Corte y se tramita hasta quedar en estado de dictar sentencia con la cual debe ultimarse el recurso extraordinario, en esas condiciones, debe decidirse tal medio de impugnación, porque si bien el ordenamiento procedimental debe acatarse, también no se puede desconocer el principio procesal de la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, postulado éste que el constituyente de 1991 lo elevó a la categoría constitucional.

2). Razón de ser del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el ritual o formal.
Igual sentido: Discusiones del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, por el constituyente de 1991.
F.F.: C. de P.C. Art.: 4; C.N. Art.: 228.

DERECHO DE DEFENSA/TECNICA DE CASACION/MEDIO MIXTO/MEDIO NUEVO/TESTIMONIO

1). Se quebrantaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos y planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa.

2). Los medios mixtos, no son de recibo en casación.

3). Cuándo se construye medio nuevo de casación.

4). Medio nuevo en la prueba testimonial.
Igual sentido: G.J.T., LXXXIII, pág. 76; G.J. XLI, pág. 208: LXXXII, pág. 78 y 79; G.J.T.XCV, pág. 497; CXLVII, pág. 26; G.J.T. CXXXIX, pág. 84; G.J.T. LXXXIII, Pág-77

Corte Suprema de Justicia.-- Sala de Casación Civil Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Alberto Ospina Botero*

Referencia: Expediente No. 4308 *Sentencia No. 115*

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de diciembre de 1992, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el proceso de investigación de la paternidad natural adelantado por la menor Yenniffer Zamira Arias González contra José Iván Duque Henao.

Antecedentes

I. Por demanda presentada el 3 de octubre de 1991, que por reparimiento le correspondió al Juzgado Quinto Promiscuo de Familia, solicitó la mencionada demandante, mediante su representante legal, que con audiencia del referido demandado, se le declarase hija extramatrimonial de éste, se fijasen los alimentos correspondientes y se ordenase tomar en el acta de nacimiento de la menor su verdadero estado civil.

II. La demandante apoyo sus pretensiones en los hechos siguientes:

a). Liliana María Arias González conoció a José Iván Duque Henao hace más o menos siete (7) años, y a los quince (15) días de tal hecho "sostuvieron su primera relación sexual, relaciones que continuaron en forma permanente hasta el mes de octubre de 1990, fecha para la cual" aquélla quedo embarazada.

b). El 4 de mayo de 1991 nació la menor Yenniffer Zamira Arias González, fruto de las relaciones sexuales ocurridas entre Liliana María Arias y José Iván Duque Henao.

c). Durante el embarazo de Liliana María, José Iván le daba mensualmente a aquella la suma de quince mil pesos ($15.000) para gastos, cantidad "que le entregaba en presencia de María Lucia Vargas en unas ocasiones y en otras ocasiones delante de Aura Liliana Gaviria y Viviana Clemencia Arias, pues estas personas siempre la acompañaban a recibir dicho dinero". Además, cuando nació la menor Yenniffer Zamira, en una oportunidad el demandado le entregó a la citada Liliana María, para cubrir gastos de la menor, la suma de treinta mil pesos ($30.000).

d). "El señor José Iván Duque Henao ha reconocido como suya a la menor, no sólo haciéndose cargo del mantenimiento de la madre durante el embarazo, sino también en la intimidad de su vida social; sólo que como se ha vuelto incumplido en los deberes para con su hija es preciso recurrir a la justicia, para demostrar el parentesco".

III. Enterado el demandado de las pretensiones de la menor demandante respondió en el sentido de negar los hechos de la demanda, salvo el primero, por lo que culminó con oposición a las súplicas.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia mediante la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, menos la atinente a fijación de cuota alimentaria para la menor.

V. Inconforme la parte demandada con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 7 de diciembre de 1992, por el cual se confirmó el proferido por el a-quo, se revocó la decisión denegatoria de alimentos, y como sustitutiva de esta última, se condenó al demandado a pagarle a la menor demandante, cada mes, el cincuenta por ciento (50%) del salario mínimo legal.

VI. Contra lo así decidido por el Tribunal, la misma parte interpuso el recurso de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a decidirlo.

La Sentencia Impugnada

Referidos por el *ad-quem* los antecedentes del litigio y una vez que da por cumplidos los presupuestos procesales, sienta las reflexiones siguientes:

a). Que de acuerdo con los hechos de la demanda, se tiene que la pretensión de filiación extramatrimonial se apoya en las causales de que tratan los ordinales 4o., 5o. y 6o. del artículo 6 de la Ley 75 de 1968.

b). Que con los testimonios rendidos por María Teresa Idárraga de Cardona, Aura Liliana Gaviria Giraldo, María Luisa Vargas Londoño y Liliana María Arias González, así como el interrogatorio de parte rendido por el demandado, se acreditan los elementos que configura la causal por relaciones sexuales.

c). Que "aunadas las declaraciones de las testigos atrás mencionadas que legalmente *existen* y que gozan de *validez* por haber sido decretadas en legal forma, fueron recepcionadas por el funcionario facultado para ello, quienes las rindieron no presentaron inhabilidad o incapacidad alguna para tal efecto según se desprende de la ausencia de constancia en tal sentido por el señor juez que las recaudó, no sufrieron de coacción al momento de pronunciarse sobre los hechos que narraron, prestaron el juramento de ley, fueron recibidas con las formalidades procesales debidas y además disfrutan de *eficacia probatoria* ya que la demostración de los hechos contenidos en las mismas obviamente tienen vinculación con la causal de paternidad extramatrimonial a estudio, ellas resultan de manifiesta utilidad para el mismo fin, de sus textos se evidencia que las deponentes se encontraban en pleno goce de sus facultades mentales y denotaron una buena capacidad memorativa pues sus dichos son claros, precisos, lógicos, coherentes, en ellos diferenciaron con nitidez los hechos que conocían en forma directa y personal y aquellos de los que se habían enterado por conducto de la madre de la menor demandante, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon aquellos por ellas percibidos en forma inmediata que los determinan como de posible ocurrencia y no como provenientes de su imaginación o que hayan sido objeto de conjetura suyas y finalmente no existen entre ellas contradicciones graves y ostensibles ni motivos suficientes de sospecha que impidan valorar sus testimonios, ya que la amistad nacida de lazos personales o familiares en casos como el que ocupa nuestro

estudio no constituyen óbice suficiente para desechar las respectivas declaraciones habida cuenta que el art. 218 del C.P.C. dispone que en la apreciación del testimonio sospechoso (art. 217 ibidem) se deben tener en cuenta las circunstancias de cada caso y la experiencia enseña que son las personas más allegadas a otra las que gozan de mayores probabilidades de enterarse de su vida privada, podemos concluir que las mismas vinculan sentimentalmente a la pareja Duque Arias y la presentan con singulares rasgos de familiaridad e intimidad en un período corrido entre 1984 y finales del año de 1990 con posterioridad al momento en que el señor José Iván Duque regresó por última vez de los Estados Unidos y Liliana María ya *estaba en embarazo*, sin consideración a los hechos que dijeron conocer de oídas ya que en estos aspectos sus dichos carecen de valor probatorio, por cuanto de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con la disposición contenida en el art. 187 del C.P.C., tales testimonios no deben ser apreciados individualmente sino 'en conjunto' y ha agregado que en la tarea referente a la valoración probatoria de aquellos no se le puede 'exigir todos y cada uno de los detalles al deponente, en forma que se pretenda pedir al testigo una absoluta concordancia, ya que es perfectamente entendible que pueden presentarse pequeñas diferencias que en nada lo afectan' (Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de noviembre de 1987, Mag. Pon. Dr. Eduardo García Sarmiento. Cita Extractos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Relatoría de la Sala de Casación Civil. Trimestre de octubre a diciembre de 1987, pág. 404).

"En tal virtud, no se hace imprescindible que cada una de las testigos haya señalado específicamente la ocurrencia de hechos de los cuales se infiere un trato especial entre el presunto padre y la madre de la menor actora en el lapso atrás mencionado sino que hayan aportado datos que unidos permitan inferir el primero y conformar el segundo".

d). Que en "aplicación a lo precedente como de los hechos narrados por las testigos VIVIANA CLEMENCIA ARIAS GONZALEZ, MARIA TERESA IDARRAGA DE CARDONA, AURA LILIANA GAVIRIA GIRALDO y MARIA LUISA VARGAS LONDOÑO se puede inferir, se reitera, la existencia de un singular trato personal y social que existió entre los señores José Iván Duque Henao y Liliana María Arias González durante el lapso atrás referido, comunicación que incluso se prolongó en el tiempo durante la casi totalidad del período de gestación que culminó

con el nacimiento de menor Yenniffer Zamira tal como coincidieron en señalarlo las mismas declarantes en forma responsiva, exacta y completa, quienes indicaron haber presenciado en diversas oportunidades las entregas de dinero que mediante cheques del Banco Cafetero de esta ciudad le hacía el aquí demandado a Liliana María personalmente o por intermedio de las testigos, lo cual se confirma con el hecho de haber tenido cuenta corriente aquel en la institución bancaria mencionada hasta mayo de 1991 (fl. 1 Cdno. No. 5), para que velara por su subsistencia, recibiera los cuidados médicos necesarios así como las drogas requeridas y refiriéndole afectivo del comportamiento asumido por el primero frente a la segunda al estar pendiente de su salud, y denotar alegría cuando se evidenciaba en la figura femenina el crecimiento de la criatura (fls. 6 a 9 Cdno. No. 2, 1 a 5, 9 a 12 Cdno. No. 3), hechos estos que igualmente se constituyen en un indicio que sirve para reforzar la existencia de las relaciones sexuales a estudio durante el tiempo en que se presume de derecho ocurrió la concepción de la actora, para llegar finalmente a la *conclusión*, después de enlazar los hechos confesados por el demandado con los otros que emanan de las declaraciones de las testigos mencionadas y la de la madre de la demandante y el *indicio general* que emana del resultado de 'Impresión sobre Paternidad COMPATIBLE' que arrojó el examen de genética practicado por expertos del Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que no fue contradicho por el demandado (fl. 10 Cdno. No. 2) que si bien es una prueba que 'no sirve para acreditar por sí misma quién es el padre', sino quién no lo es por 'su carácter negativo excluyente', tal como lo ha dicho la Corte, el resultado positivo 'autoriza a seguir investigando por otros medios para establecer si el PUDO SER que esa prueba significa, ha de confundirse con EL SER' y por ello para tomar tal prueba como 'fuente de certeza' es imprescindible 'vincularlo adecuadamente a otros datos del proceso' (Sentencia 21 de noviembre de 1987, Mag. Pon. Dr. Eduardo García Sarmiento. Cita Gaceta Judicial No. 2427, pág. 301) y en la misma medida, aunado a otros elementos de convicción puede contribuir a ubicar en el tiempo el trato sexual entre una pareja, que los agregados que a su confesión aquel presentó se encuentran desvirtuados con las pruebas enunciadas en segundo término y que por ello ha de aceptarse que la causal de paternidad de cuyo estudio nos ocupamos se encuentra cabalmente acreditada, así para llegar a este resultado nos hayamos fundamentado en hecho que son demostrativos de la consagrada en el ordinal 5o. del art. 6o. de la Ley 75 de 1968".

d). Finalmente expresa el *ad-quem* que "como no obran en los autos pruebas idóneas y suficientes que no permitan colegir que la madre de la menor demandante tuvo pluralidad de relaciones sexuales durante la época en que se presume la concepción de aquella, medio exceptivo que requiere en primer término la demostración de la existencia del referido trato carnal con un hombre u hombres determinados y por el contrario las testigos VIVIANA CLEMENCIA ARIAS GONZALEZ, AURA LILIANA GAVIRIA GIRALDO, MARIA TERESA IDARRAGA DE CARDONA y MARIA LUISA VARGAS LONDOÑO fueron enfáticas al señalar que desde 1984 hasta que Liliana María Arias quedó en embarazo de su hija Yeniffer no frecuentó la compañía de hombre diferente al aquí demandado y por otra parte tampoco se ha demostrado que el señor Duque Henao se hubiera encontrado en absoluta imposibilidad física de acceder carnalmente a la progenitora de la actora entre el 8 de julio de 1990 y el 5 de noviembre del mismo año bien por su ausencia del país en tal época o por las denominadas IMPOTENTIA COEUNDI o GENERANDI, situaciones respecto de las cuales les correspondía la carga de la prueba al demandado en aplicación a lo dispuesto en el art. 177 del C. de P. Civil, es él quien debe correr con el riesgo desfavorable de que no se haya demostrado, lo cual se traduce en la ausencia de los hechos consagrados en el último inciso del ordinal 4o. del art. 6o. de la Ley 75 de 1968 tendientes a enervar o destruir la presunción de paternidad que surge cuando el hecho que le sirve de soporte es el trato carnal referido en la primera parte del mismo ordinal, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar".

La Impugnación

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 quebranto de los artículos 1o., 4 ordinal 4o., inciso 1, 2 y 5 de la ley 45 de 1936; artículo 6 ordinales 4o., inciso 1, 2 y 5 de la ley 75 de 1968; 92 y 411-5 del C.C.; 16 y 31 de la ley 75 de 1968, a consecuencia de errores de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

El cargo lo desarrolla sobre los asertos siguientes:

a). Que los testimonios en que se apoyó el Tribunal para despachar favorablemente las pretensiones de la demandante, fueron los de

Viviana Clemencia Arias Alzate, María Teresa Idarruga de Cardona, Aura Liliana Gaviria Giraldo, Liliana María Arias González y María Luisa Vargas Londoño.

b). Que en la recepción de esta prueba testimonial no se dio aplicación a la regla contenida en el numeral 2 del artículo 228 del C. de P.C., consistente en que el Juez enterará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos, y cumplido lo anterior continuará interrogándolo para precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos. Si el Juzgador incumple con este requisito, incurrirá en causal de mala conducta.

c). No habiéndose practicado la prueba testimonial, antes mencionada, con sujeción a lo que se acaba de expresar, resulta que este medio de convicción "fue irregularmente allegado al proceso, razón que impedía su apreciación", so pena de incurrirse en un yerro de derecho.

d). Las normas que regulan los requisitos exigidos para la recepción de la prueba son insoslayables por el Juzgador, "como quiera que tienden a la inmaculación del medio probativo y al logro del mayor grado de espontaneidad y convicción fáctica, lo que iría en desmedro si se permitiera su inadvertencia por el Juzgador".

e). Que el error de derecho referido resulta tan trascendente para la recepción y apreciación de la prueba, que su omisión por el Juzgador acarrea sanción disciplinaria.

f). Que sin la prueba testimonial combatida, se tiene "'que la sentencia del *ad-quem* no habría sido estimativa, deviene incuestionable que su derrumbamiento acarrea el revés total de la sentencia impugnada. Y no de otra manera podría ser, puesto que la confesión de que el demandado se encontraba en Colombia en la época de la concepción de la actora y la certificación antropoheredobiológica compatible, no pasan de ser indicios leves en el sub-júdice, como el mismo *ad-quem* allí lo reconoce".

Se considera

1. -A título de introducción conviene advertir que cuando una sentencia es contentiva de resoluciones ejecutables y ha sido recurrida en casación por la parte agraviada, respecto de la cual no se ha solicitado por el recurrente la suspensión de su cumplimiento, le corresponde al Tribunal ordenar la expedición de copias a costas el impugnante, dentro del término legal, so pena de que el ad-quem declare desierto el recurso, o de que la Corte la inadmita.

Empero, si a pesar de ser ejecutable el fallo proferido por el **ad-quem**, *y sin reparo de las partes se concede el recurso extraordinario por el Tribunal, se admite luego por la Corte y se tramita hasta quedar en estado de dictar sentencia con la cual debe ultimarse el recurso extraordinario, considera la Corporación que, en esas condiciones, debe decidirse tal medio de impugnación, porque si bien el ordenamiento procedimental debe acatarse, también no se puede desconocer que en la misma legislación ritual sienta algunas reglas que son contentivas de principios universales, entre ellas, el de que el fin de los procedimientos se contrae a la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4 del C. de P.C.), postulado éste que por revestir especial y trascendental importancia, el constituyente de 1991 lo elevó a la categoría de constitucional, con mayor alcance, al establecer que en las actuaciones judiciales "prevalecerá el derecho sustancial" (art. 228), lo cual se traduce, tal como lo tiene señalado la doctrina y la jurisprudencia, en que el derecho formulario no puede interpretarse y aplicarse con tanto rigor en procura de no sacrificar el denominado derecho sustancial, máxime cuando las partes litigantes no se han dolido de la actuación cumplida, teniendo las oportunidades legales para ello.*

Como antecedente de los postulados constitucionales rectores de la administración de justicia, entre ellos el de la prioridad o prevalencia del derecho sustancial sobre el ritual o formal, se afirmó en las discusiones de dicho principio por el Constituyente de 1991, que su razón de ser y su necesidad de entronizarlos en la Carta, radica en que "se ha convertido la forma en un medio no para garantizar el derecho sino para negarlo. El descuido en el saneamiento de las formas conduce con frecuencia al Juez a dictar sentencias inhibitorias, en abstracto, o a terminar el proceso con una nulidad. Debe entenderse que forma y contenido son inseparables en

el Derecho de Defensa y Debido Proceso y que por descuido del Juez o de los abogados no puede sacrificarse el derecho sustancial. Habrá un instante en que, si no se alegaron vicios de procedimiento, éstos se entienden saneados para dar paso a la sentencia de fondo. Este principio dará lugar a una nueva concepción del derecho procesal; no más nulidades procesales al momento del fallo, ni sentencias inhibitorias, ni sentencias en abstracto, ni mucho menos sentencias absolutorias cuando el Juez se considera incompetente, como ha sucedido muchas veces de modo lamentable. --Hoy el procedimiento se ha convertido en una excusa para eludir el fallo y negar el derecho impetrado".

Claro está, y es entendible, que no pretendió el Constituyente de 1991 hacer tabla raza del derecho instrumental o procedimental, sino proscribir el excesivo rigorismo formal, pues de no ser así, no resultaría fácil explicar que por otra parte la misma Carta Política exija como uno de los elementos del debido proceso, la observancia de las formas propias de cada juicio, tal como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional.

En pos de estos criterios, resulta más aceptable resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, que sustraerse al conocimiento del mismo, lo cual explica las reflexiones que seguidamente se sientan.

2. *El cargo, tal como viene formulado, fácilmente se advierte que no prospera, por lo que pasa a explicarse:*

a). El fundamento del error de derecho que en esta censura se denuncia, consiste en que los cinco testimonios que tuvo en cuenta el Tribunal, para decidir como lo hizo, no se recibieron con sujeción a las formalidades legales, específicamente, con la consistente en que el Juez, al comenzar a recibir la declaración, debe enterar sucintamente al testigo acerca de los hechos, y por demás le ordenará que haga un relato en cuanto le conste sobre los mismos.

b). Que la parte recurrente, ni en la recepción de la prueba ni en el curso de las instancias formuló reparo alguno a la forma como el Juzgador practicó la prueba testimonial, lo cual se traduce en que *los puntos planteados en el cargo vienen a ser presentados, por primera vez, en el recurso extraordinario de casación, lo cual es inadmisible, por constituir un medio nuevo.*

c). Sobre el punto que se viene analizando, la Corte ha sostenido, de manera uniforme y reiterada, desde hace varias décadas, que *se quebrantaría "el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos y 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 información de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la preterm*isión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido con quebranto de la garantía institucional" (G.J.T. LXXXIII, pág. 76).

d). Cuando la acusación a la sentencia del Tribunal no concierne con la violación de la ley sustancial por vía directa, que es el campo propio para que la crítica o razonamiento puramente jurídico de la censura no constituya medio nuevo, sino que se formula ***por la vía indirecta***, en que fuera del razonamiento jurídico formula planteamientos atinentes a los hechos o las pruebas que no le merecieron reparos en las instancias por el recurrente en casación, se está igualmente en presencia de un medio nuevo en el recurso que la jurisprudencia califica de "medios mixtos, que tampoco son de recibo en casación, como igualmente lo tiene sentado la Corte" (G.J. XLI, pág. 208; LXXXIII, págs. 78 y 79).

e). Con motivo de los fundamentos que se acaban de señalar, ha sostenido la Corte que *constituye medio nuevo en casación y, por tanto, inaceptable, cuando en el recurso extraordinario se alega, por primera vez, defectos rituales respecto de las pruebas aducidas, pues sobre el particular ha afirmado que el "cargo planteado por primera vez en casación, con base en defectos rituales que se le imputan a la aducción de la prueba..., implica un medio nuevo que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario" (G.J. T. XCV, pág. 497; CXLVII, Pág. 26). Así mismo, "toda alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteados ni discutidas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación" (G.J.T. CXXXIX, pág. 84).*

3. -En este orden de ideas, cuando la censura, sin reparo en las instancias, introduce en casación un medio nuevo, atinente a la recepción de la prueba testimonial, punto respecto del cual no formuló reparo alguno en los grados de jurisdicción que le preceden al recurso extraordinario, no puede luego en este introducir esos hechos, porque, como lo ha dicho la Corte "lo que no se alega en instancia no existe en casación" (G.J.T. LXXXIII, Pág. 77).

4. -Fuera de lo hasta aquí reseñado, contribuye al despacho desfavorable del recurso la circunstancia de haber concurrido la parte recorrente a la recepción de algunos de los testimonio que son materia de la impugnación, a pesar de lo cual, en dicha oportunidad, no formuló reparo alguno a la forma como se recepcionaron, lo cual sube de punto al fracaso de la censura.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Resolución

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

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

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

Pedro Lafont Planetta, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, con salvamento de voto, Héctor Marín Naranjo con salvamento de voto,

Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra con salvamento de voto. Raimundo Emiliani Roman Conjuez

*CASACION-Deserción (SALVAMENTO DE VOTO)

Si la Corte al entrar a decidir el recurso de casación pudo advertir que le había dado cabida sin fundamento legal, como quiera que ya estaba desierto, debió considerar, sin que ello fuera inoportuno, la improcedencia de la impugnación por causa de deserción y abstenerse de examinar los cargos propuestos.

Igual sentido: G.J. tomos LXX, 2; XC, 330; CXXXVIII, 83 y CLI, 38; citada en sentencia inhibitoria de Casación Civil, fechada el 15 de marzo de 1984., publicada en la G.J. T. CLXXVI, pág. 103

F. F.: Art.: 371. de C. de P. C.

Salvamento de Voto

Como quiera que no compartimos la decisión mayoritaria, en tanto que se pronunció de fondo sobre la demanda de casación, estando de por medio un motivo legal que lo impedía, con todo respeto expresamos las razones de nuestro disentimiento, en los términos siguientes:

a. Como se advierte en el proemio de las consideraciones del fallo, cuando una sentencia es contentiva de resoluciones ejecutables y ha sido recurrida en casación por la parte agraviada, y respecto de esa sentencia no se ha solicitado por el recurrente la suspensión de su cumplimiento, le corresponde lo Tribunal ordenar la expedición de copias a costas del impugnante dentro del término legal; so pena de que el ad-quem declare desierto el recurso; además, si no se profiere dicha orden, el recurrente debe solicitar la expedición de las copias (art. 371 del C. de P.C.).

b. Lo anterior significa que el incumplimiento de tal carga procesal, en cuanto revela un abandono de la impugnación imputable al recurrente, genera un motivo legal de deserción del recurso que, a su vez, se traduce en la ejecutoria del fallo de segunda instancia y, por ende, cobra los efec-

tos de cosa juzgada; por lo mismo, excluye cualquier tramitación posterior derivada de la inicial concesión de la impugnación, la que de llegar a producirse resulta irremediablemente ineficaz.

c. En esas circunstancias, ese perspicuo efecto de la deserción, no se redime por el hecho de que a pesar de ésta se admita el recurso y, posteriormente, la demanda sustentatoria del mismo; ni tampoco, puede resurgir la impugnación, ya descaecida por mandato legal procesal —de orden público y obligatorio cumplimiento— por el silencio guardado por las partes, puesto que no queda a su albedrío en casos como el presente —por acción y omisión— tornar en suspensivo el efecto devolutivo propio del recurso de casación, ni, mucho menos, darle nueva vida a una actuación ya agotada.

d. Providencias de trámite o interlocutorias que se dicten a pesar de la deserción legal preexistente, jamás pueden vincular al sentenciador de la casación hasta el extremo de quedar impelido a decidir de fondo tal impugnación; aflora de inmediato un obstáculo que conduce necesariamente a la inhibición.

Sobre el punto, en varias ocasiones ha dicho la Corte, apoyada en razones que a nuestro entender no merecen rectificación, que cuando «erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio capacidad para comprometerla en un nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso (G.J., tomos LXX. 2; XC 330; CXXXVIII, 83 y CLI, 38)» (Citada en sentencia inhibitoria de Casación Civil, fechada el 15 de marzo de 1984, publicada en G.J. CLXXVI, p. 103).

e. Por último, en frente del reconocido principio constitucional y legal, de la prevalencia de la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, orientado a que ésta no resulte avasallada por el exacerbado prurito de las formas, debemos señalar que precisamente porque de la

deserción legal del recurso de casación adviene la ejecutoria del fallo del ad-quem, los hechos precedentes que le dan lugar a dicho fenómeno no comportan únicamente un aspecto formal y adjetivo sosloyable, no se puede perder de vista que también está de por medio el principio de la cosa juzgada, sin la cual la seguridad jurídica sería mera entelequia; principio por cuya aplicación, la sentencia objeto del recurso de casación desierto, se toma en inmutable y definitiva, quedando así definido el derecho disputado en juicio.

En conclusión, para nosotros resulta evidente que si la Corte al entrar a decidir el recurso de casación pudo advertir —como en verdad sucedió— que le había dado cabida sin fundamento legal, como quiera que ya estaba desierto, debió considerar, sin que ello fuera inoportuno, la improcedencia de la impugnación por causa de deserción y abstenerse de examinar los cargos propuestos. Esa y no otra es la razón de nuestro respetuoso disentimiento.

Ut supra.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Héctor Marín Naranjo, Rafael Romero Sierra

Revision-Procedencia

No resulta procedente en revisión, atacar la sentencia del tribunal dejando incólume y por fuera de su impugnación la proferida por la Corte en casación, toda vez que siendo aquél un remedio extraordinario instituído para combatir los fallos pasados por autoridad de cosa juzgada, el recurso no puede ser intentado con éxito, sino cuando la sentencia que se impugna está revestida de la citada condición.
F.E.: art. 379 del C. de P.C.
Igual sentido: Auto del 23 de Agosto de 1984.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 5178 *Sentencia No. 287*

Procede la Corte a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el recurrente.

Antecedentes:

1. BERNARDO GALINDO BELTRAN formula recurso extraordinario de revisión "contra la sentencia proferida por la Sala Civil del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.E. (hoy Santafé de Bogotá D.C.) fechada en noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y nueve (1989)..."

2. Afirma el recurrente en su libelo, que la sentencia a revisar es la proferida en segunda instancia, dentro del proceso ordinario por él promovido frente a EFRAIN CAICEDO BOTELLO Y OSMAN ESCANDON RODRIGUEZ, contra la cual se interpuso recurso de casación, el

que "fuera fallado mediante proveído de Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992), notificado mediante edicto fijado el día cuatro (4) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992) y adquiriera Ejecutoria el día once del mismo mes y año,...".

3. Así las cosas, se evidencia que el recurrente en revisión no combate el fallo proferido por la Corte con motivo del recurso de casación, sino el proferido proceso ordinario del que conoció en primera instancia el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa (Cund).

Consideraciones:

1. Dispone el artículo 379 del Código de Procedimiento Civil, que el recurso extraordinario de revisión procede contra los sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema, los Tribunales Superiores, los Jueces de Circuito, Municipales y de Menores, excepto las que dicten los Jueces Municipales en única instancia.

2. Por tanto, cuando en un proceso se han proferido sentencias de primera y segunda instancia y, por interposición del recurso de casación contra el fallo del Tribunal, se ha dictado la correspondiente sentencia por la Corte, lo que debe impugnarse por vía de revisión, tiene que ser ésta última providencia, por ser la que al agotar el proceso, termina en definitiva la controversia.

3. En este orden de ideas, no resulta procedente en revisión, atacar la sentencia del Tribunal dejando incólume y por fuera de su impugnación la proferida por la Corte en casación, toda vez que siendo aquél un remedio extraordinario instituido para combatir los fallos pasados por autoridad de cosa juzgada, el recurso no puede ser intentado con éxito, sino cuando la sentencia que se impugna está revestida de la citada condición, la que en el caso en estudio, no le corresponde más que a la decisión de la Corte, por ser la que en últimas concentra la inmutabilidad e intangibilidad de la cosa juzgada, pues la ruptura de esa sentencia es la que permite reabrir el examen del asunto litigioso.

4. Sobre el punto esta corporación ha dicho:

"...cuando en un debate litigioso se ha proferido sentencia de primera instancia, de segunda y, además, por interposición del recurso de casación

contra la de segundo grado, también ha recaído fallo por la Corte sobre el mencionado medio de impugnación extraordinario, la sentencia atacable en revisión forzosamente tiene que ser esta última, una vez ejecutoriada, así los hechos estructurales de la causal invocada hubiesen tenido venero en cualquiera de las instancias. No puede, pues, el recurrente en revisión atacar el fallo del Tribunal dejando incólume y por fuera de su impugnación el proferido por la Corte en casación". (Auto de 23 de agosto de 1984).

5. Como en el caso sub lite el recurrente ataca la sentencia del Tribunal, mas no la proferida por la Corte al desatar el recursos de casación, adviértese la improcedencia del recurso impetrado, lo cual impone el rechazo de la demanda que la contiene.

Decisión

En virtud de lo expuesto, la Corte resuelve RECHAZAR el recurso extraordinario de revisión propuesto por el recurrente contra la sentencia de 24 de noviembre de 1989, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Reconócese al Doctor JESUS ALBERTO RINCON MENDEZ como apoderado judicial de BERNARDO GALINDO BELTRAN en los términos y par los efectos del memorial poder.

Notifíquese.

Alberto Ospina Botero

SENTENCIA INHIBITORIA / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta

El fallo inhibitorio no puede combatirse en casación por violación directa de la ley sustancial, sino montando la acusación por vía indirecta.

ERROR DE HECHO - Requisitos / ACCION REIVINDICATORIA -Identidad del Bien

1) En el caso sub-judice, el Tribunal no incurrió en error de hecho evidente al encontrar que la pretensión reivindicatoria deducida por el actor apunta sólo a una porción del predio y no a su totalidad.

2) Qué se requiere para que el yerro fáctico tenga incidencia en casación.

F. F: C.C. Art.: 946; C. de P.C. Art.: 368 Numral.: 1

DEMANDA - Requisitos / BIEN INMUEBLE - Identificación / INEPTITUD DE LA DEMANDA

El actor, en este caso, no sólo estaba obligado para cumplir con los requisitos de forma de la demanda, a señalar la ubicación y linderos de la porción de terreno sobre la que versa la pretensión de dominio, sino que igualmente estaba llamado a proporcionar en particular los linderos de cada una de las parcelas a predios en poder individual de los poseedores demandados, requisito este otro que por no haber observado dicho demandante reafirma aún más la ineptitud del libelo introductor.

F. F.: Art.: 75, 76. del C. de P.C.

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

Magistrado Ponente: *Alberto Ospina Botero*

Referencia: Expediente No. 4344 Sentencia No. 116

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 17 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este proceso ordinario promovido por Orlando Bustamante Sánchez frente a Iván Pacheco Meléndez, Juan Jinete Chávez, José María Ríos Barrios, Héctor Manuel Ospino Moscote, Tito Barrios Roda, Enso Mariano Suárez Medina, Carlos Romero Arrieta, Arturo Ospino Carranza, Eduardo Pareces Suárez, Iluminada Suárez Fuentes, Bernabé Severo Suárez Fuentes, Bernabé Barranco, Juan de Avila, Emiro López y Gustavo Cervantes.

Antecedentes

1. Por demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Plato, departamento del Magdalena, el citado demandante solicita que con audiencia de los referidos demandados se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

a) Pertenece en dominio absoluto al demandante, el predio rural denominado "La Elvira", ubicado en el municipio de Ariguaní, Magdalena, de extensión superficiaria de 802 hectáreas, aproximadamente, cuyos linderos se describen en la demanda.

b) Consecuente con lo anterior, se condene a los demandados restituir al actor, seis (6) días después de ejecutoriada la sentencia, "el predio llamado "LA ELVIRA', cuya ubicación y linderos ya fueron mencionados en esa demanda", "junto con las cosas que forman parte del fundo o que se reputan como inmuebles...".

c) Los demandados pagarán al actor, seis (días después de ejecutoriada la sentencia, el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble o los que hubiera podido producir con mediana inteligencia y cui-

dado, calculados a justa tasación pericial, desde enero de 1983 hasta cuando se produzca la restitución; lo mismo que los perjuicios que con su posesión le causaron al demandante.

d) El demandante no está obligado a indemnizar las "expensas necesarias" a que alude el artículo 965 del C.C., porque los poseedores son de mala fe.

e) Las costas del proceso serán de cargo de los demandados, quienes las pagarán al demandante seis (6) días después de ejecutoriada la sentencia.

II. Como razones de pedir se citaron en esencia las que seguidamente se compendian:

a) Por sentencia de 25 de noviembre de 1955, el Juzgado Civil del Circuito de Plato, Magdalena, declaró que el actor adquirió el inmueble por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, decisión protocolizada en la Notaría del mismo lugar, y elevada allí a escritura pública No. 342, de 24 de octubre de 1958.

b) Mediante escrituras 150 de 4 de septiembre de 1974 y 447 de 7 de noviembre del mismo año, otorgadas en Difícil y Plato, Magdalena, respectivamente, el actor enajenó 260 hectáreas a Enrique Parelo Contreras y 250 hectáreas a Oscar Bustamante Barrios, títulos que fueron debidamente registrados; pero, a más de eso, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria declaró extinguida a favor de la Nación, por Resolución No. 3148 de 3 de septiembre de 1980, 61 hectáreas, por lo que los linderos actuales del predio de propiedad del actor son los que se precisan en el hecho segundo de la de la demanda.

c) Con excepción de las segregaciones dichas, el demandante es el propietario del inmueble "La Elvira", estando vigente el registro de su título en la correspondiente Oficina de Instrumentos Públicos, y desde cuando lo adquirió ejerció actos de dominio traducidos en la explotación agrícola del mismo, hasta cuando se sucedieron los hechos perturbadores de los demandados, quienes lo despojaron en forma violenta de una porción del predio, sobre la que, en forma conjunta con el saldo que le queda, ejercía él su posesión pública y pacífica, aprovechándose aquéllos que, por motivos

de grave enfermedad, el actor debió ausentarse "por períodos largos y así dejar al cuidado de terceras personas sus bienes, entre ellos "LA ELVIRA'.

d) Los demandados comenzaron a poseer, bajo amenazas, la parte de la finca objeto de reivindicación, a partir del mes de enero de 1983, "y desde entonces explotan los pastos con ganados de su propiedad, han construido casas de habitación, corrales de madera, destruido bosques que constituían reservas forestales", y son de mala fe para efectos de las restituciones mutuas a que haya lugar.

III. A excepción de Enso Mariano Suárez Medina, a quien o se halló para notificarle la demanda, los restantes demandados procedieron a darle respuesta oportuna l libelo (fls 45 a 46 y 62 a 64 C. 1), menos Juan Jinete Chávez y Tito Barrios Rada quienes guardaron silencio, en el sentido de negar el despojo violento que aduce el actor, pues "llegaron al inmueble por los medios pacíficos y legales porque todos o en su gran mayoría adquirieron las mejoras...", como se demuestra "con los documentos privados de compraventa a diferentes personas" allegados con la contestación de la demanda, a lo cual agregan, que no es verdad que sean poseedores de mala fe; y que el actor dejó de poseer materialmente dicho inmueble desde antes de 1974, estando privado actualmente de la posesión material total sobre el mismo. Por lo tanto, se oponen a las súplicas de la demanda.

IV. El a-quo le puso término a la primera instancia mediante sentencia de 5 de julio de 1988, en la cual se hicieron los siguientes pronunciamientos:

"1)Declarar que pertenece a (sic) dominio pleno y absoluto del señor Orlando Bustamante Sánchez, la finca denominada 'LA ELVIRA' ubicada en el Municipio de "Ariguani' relacionada en la demanda cuyos linderos y demás especificaciones son los siguientes: Norte, partiendo del punto O situado en la esquina Noroeste de la finca 'Elvira', en la intersección del predio "San Martín', con la división de 'Las Mercedes', de Tito Barrios, al P. 1 colindando con el predio "Las Mercedes', de Benjamín León antes, hoy 'San Martín', de Tito Barrios en una longitud de 140 mts. lineales del P. 1 al P. 4, con predio 'La Cristalina', de José Meza Pacheco, antes, hoy de Nicanor Fontalvo; en una distancia de 542 mts. lineales siguiendo del p. 4 al p. 20 con predio 'Centro América', de Orlando Bustamante Sánchez, antes, hoy 'La Ponderosa', de Enrique Farelo Contreras, en una extensión lineal de 2.72 mts. y con parcelas de La Nación 7-9 10a-10b-10c-11-12-13-

14-15-19-20-21-22-23-24 con los puntos y medidas descritos. Sur, siguiendo del punto 30 al punto 40, con parte del predio 'LA ELVIRA', de Orlando se corrige, Orlando Bustamante Sánchez, hoy 'BRASILIA' de Oscar Bustamante Barrios, antes, hoy de Iván Pacheco Meléndez y mide por este lado 1.671 metros del punto 42 al punto 48, colindando con predio 'Cundinamarca', de Próspero Castillo, antes, hoy de los sucesores de Pompeyo Ospino en una distancia de 1.370 mts. lineales del punto 48 al punto 53, colindando con predio 'Cundinamarca Caumito' de Próspero Castillo, antes, hoy de Guillermo Aragón en una longitud de 1993 mts. lineales, internamente con las parcelas de La Nación números 7 9-10-a-10b-10c-11-12-13-14-15-19-20-21-22-23-24- en los puntos y medidas anteriormente descritos. Este, saliendo del punto 20 al punto 30 colindando con el predio 'Santa Teresa', de Andrés Meza Anaya, antes, hoy de Alfredo Enrique Farelo Contreras, en una distancia de 771 mts. lineales siguiendo del punto 40 al punto 42, con predio 'BRASILIA', de Oscar Bustamante antes, hoy de Iván Pacheco Meléndez deslinda en una distancia de 1.14 metros lineales. Internamente con las parcelas de La Nación número 9-10a-10b-10c-11-12-13-14-15-19-21-24 en los puntos y medidas anteriormente descritos. Oeste, partiendo del punto 53 al punto 63, con el predio 'AL CUAMITO', de Próspero Castillo, antes, hoy 'La Dicha', de los sucesores de Miguel Ríos en una extensión de 1.580 mts. lineales: siguiendo del punto 63 al punto 73 con predio 'Santa Rosa', de Ramón Peña antes, hoy de José María Ríos en una extensión de 623 mts., las cercas colindantes pertenecen a 'La Elvira', de Orlando Bustamante y del punto 68 al 0 de partida y cierra el polígono, con predio 'LAS MERCEDES', de los sucesores de Benjamín de León, hoy de Tito Barrios, en una longitud de 1.536 mts. lineales internamente con las parcelas de la Nación 7 9 10a-10b-10c-11-12-13-14 15 19-21-21-22-23-24-".

"2)Ordénase a los demandados Iván Pacheco Meléndez, Juan Jinete Chávez, José María Ríos Barrios, Héctor Manuel Ospino Moscate, Tito Barrios Rada, Carlos Romero Arrieta, Antonio Ospino Carranza, Eduardo paredes Suárez, Iluminada Suárez Fuentes, Bernabé Barranco, Juan de Avila, Emiro López Bravo, Gustavo Cervantes Cañare, ... restituir los predios que poseen y que se determinaron en el dictamen pericial con linderos y hectaraje, predios que pertenecen a la finca 'LA ELVIRA' de que se habló en el punto anterior, con todas sus construcciones y anexidades, entrega que deberá surtirse a los diez días hábiles siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia, en favor del señor Orlando Bustamante Sánchez.

"3)Reconocer en favor de los demandados anteriormente referidos, el derecho a que se le abonen las mejoras necesarias establecidas en el bien inmueble de que se ha hablado, hasta la entrega real y material al demandante; liquidación ésta que se hará conforme a los artículos 307 y 308 del C. de P.C.; los demandados podrán llevarse los materiales de las obras hechas después de contestada la demanda siempre que puedan separarse sin detrimento de la cosa reivindicada y que el propietario Orlando Bustamante Sánchez rehuse pagarles el precio que tendrían dichos materiales después de separados.

"4)Reconocer en favor de los demandados vencidos el derecho de retención de la cosa hasta cuando se verifique el pago o se le (sic) asegure a su satisfacción la condena referida en el punto anterior.

"5)No hay costas en la presente instancia..." .

V) Inconforme con lo así resuelto en materia de prestaciones mutuas y, en general, con el sentido de la decisión, el demandante y los demandados, con excepción de Enso Mariano Suárez medina, interpusieron, respectivamente, recurso de apelación decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en sentencia de 17 de noviembre de 1992, en virtud de la cual revocó la del *a-quo*, declarándose inhibido para resolver sobre el fondo del litigio; sin imposición de costas, decisión contra la cual la parte demandante interpuso el recurso de casación.

Fundamentos de la sentencia del tribunal

Una vez puntualiza que para el *a-quo* quedó suficientemente determinado el bien a reivindicar y que, por tanto, para él se trata de cosa singular o cuota determinada de la misma, por cuanto, agrega, en concepto de dicho sentenciador el demandante cumplió con ese requisito de la acción incoada, consistente en 'singularizar en la demanda la cosa reivindicable por su lindero (sic), la determinó como elemento objetivo del litigio" , el Tribunal hace las precisiones siguientes, que transcribirá la Corte en gracia de su concreción:

"Es en este punto precisamente en donde la Sala discrepa del criterio que llevó al juez de competencia a pronunciar el fallo, por los motivos que a continuación se expresan:

"El apoderado de los demandados muy acertadamente trajo en cita la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de Justicia, fechada el 26 de agosto de 1954, en la que se precisa que cuando se trata de reivindicar tan solo una porción de un globo más grande de tierra a que se refieren los títulos del demandante, es necesario señalar de manera precisa en la demanda cuáles son los linderos de la porción reivindicable ya que para la determinación del objeto de la acción no basta con especificar los generales del terreno del cual forma parte la porción reivindicada.

"Lo anterior tiene plena complementación con el principio sentado por el artículo 305 del C.P.C. sobre la congruencia de la sentencia, que obliga al juez a fallar de acuerdo con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que dicho estatuto contempla.

"Era pues una carga procesal del demandante señalar de manera precisa los linderos de las distintas porciones o lotes que se encontraban en posesión de los demandados para que el juzgado, al momento de fallar pudiera hacer las condenas en consonancia con lo pedido, para de esta forma dar plena aplicación al precepto contenido en la norma procesal que se acaba de citar.

"No basta pues solamente con que durante la diligencia de inspección judicial el funcionario actuante estableciera la identificación de cada parcela y que posteriormente los señores peritos determinaran las áreas de acuerdo con los informes que les suministraran los demandados o terceras personas ajenas al litigio; es menester que la identidad establecida por ellos (juez-peritos) coincida con la exactamente pedida en la demanda para que pueda hablarse de que la cosa reivindicable estuvo suficientemente singularizada.

"Considera la Sala que para resumir los anteriores planteamientos basta con hacerse una pregunta: Qué debe dar el juez en la sentencia? y la respuesta no puede ser otra distinta a la que debe dar lo que se le pide, siempre que los supuestos de hecho se encuentren debidamente probados.

"No puede pues pedirse en reivindicación de manera genérica 'un lote' o 'una porción' que forma parte de un predio de mayor extensión: es necesario que tal lote o porción se determine suficientemente a fin de evitar situaciones absurdas o ilegales como sería el caso en que un demandado

poseyera varios lotes, con tiempos distintos de posesión, alguno de los cuales sobrepasan los veinte años. En este caso, cuál sería el lote a reivindicar y cómo haría el poseedor para alegar, por otros)".

La demanda de casación

Cuatro cargos, todos por la causal primera de casación, esgrime la parte demandante contra la sentencia del Tribunal, los cuales se despacharán así: delanteramente, los dos primeros y, luego, los dos restantes.

Cargo Primero

En él se acusa la sentencia de violar los artículos 669, 762, 764, 765, 766, 768, 770, 771, 772, 773, 774, 787, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 969 del C.C., por falta de aplicación, en relación con los artículos 228 de la C.N., 305 incisos 3o. y 4o., 37-4 y 76 del C. de P.C.

Al desarrollarlo manifiesta el recurrente que el Tribunal encontró plenamente probado y así lo aceptó que la demanda iniciatoria de este proceso pretendió la reivindicación de la totalidad de la finca 'LA ELVIRA'; que el predio era poseído por los demandados en porciones o lotes individuales comprendidos dentro de los títulos de dominio del demandante y dentro del fundo LA ELVIRA; que éste se encontraba perfectamente delimitado en la demanda de acuerdo con la ley, y que coincidía por su ubicación, linderos y características con las señaladas en los títulos de dominio y en la demanda, comprobados así mismo en la diligencia de inspección judicial; y que no obstante establecerse plenamente la identificación de cada parcela y que ellas están comprendidas dentro de la Finca La Elvira, al no señalarse los linderos de las distintas porciones o lotes que se encontraban en posesión de los demandados, la demanda era inepta y el juzgador no podía fallar en consonancia con lo pedido.

Sigue expresando el censor que a pesar de tener por demostrado lo anterior, en especial que la pretensión reivindicatoria recae sobre la totalidad de la finca 'La Elvira' legalmente identificada en la demanda, el Tribunal en vez de fallar de fondo el proceso, lo hizo en forma inhibitoria aduciendo ausencia del presupuesto procesal demanda en forma, por la no inserción de los linderos de las porciones poseídas por los demandados, cuando el citado presupuesto si 'está presente' en la actuación, al haberse identificado plenamente la finca La Elvira; conducta esa, continúa, con la

que el sentenciador confundió la falta de identificación del inmueble reivindicado con el fenómeno de la plus petitio". Para el recurrente el presupuesto procesal demanda en forma está cumplido porque en el libelo se identificó legalmente la finca 'La Elvira' y por cuanto el Tribunal aceptó que las parcelas poseídas por los demandados están comprendidas dentro de esa finca. Por eso, la censura se expresa así: 'La identificación del bien objeto de reivindicación para deducir el presupuesto procesal demanda en forma se cumple cuando se identifica el inmueble reivindicado así la totalidad del mismo no esté en posesión de los demandados pero las partes de éste que posean se comprendan dentro de aquél...".

Después de transcribir jurisprudencia de la Corte atinente al pronunciamiento de fallo infrapetita, el recurrente señala que, 'sin incurrir en errores de valoración probatoria', el sentenciador dejó de pronunciar fallo de mérito como se lo imponía el inciso tercero del artículo 305 del C. de P.C. al exceder lo pedido por el demandante lo probado en el proceso, para pronunciarse en forma inhibitoria, sin ser eso lo procedente. Que, al obrar así incurrió en la violación de la normatividad sustancial señalada al comienzo del cargo.

Sostiene el impugnante en otro aparte de su censura que "Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que la 'Plus Petitio', o 'infa petita' es acusable en casación por la causal primera y no por 'inconsonancia', hipótesis susceptible de presentarse en sentencia inhibitoria cuando el Juzgador deja de fallar el mérito o fondo de la cuestión al estimar sin yerro probatorio ninguno que 'lo pedido por el demandante excede de lo probado 'y no obstante por el exceso deduce omisión de un presupuesto procesal dejando de fallar el fondo y de reconocer 'solamente lo último', pues en tal caso, nada falla".

Consecuentemente, pide casar la sentencia y proferir la que en derecho corresponde.

Cargo Segundo

En éste se acusa la sentencia de infringir los artículos 669, 762, 764, 765, 766, 768, 770, 771, 772, 773, 774, 787, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 969 del C.C., 228 de la C.N., 4o., 37-4 del C. de P.C., por falta de aplicación, en relación con el artículo 66 del C. de P.C.

En orden a demostrarlo el recurrente comienza por hacer un resumen de las consideraciones del *ad-quem*, para aseverar luego que éste 'aceptó

las conclusiones del juzgador de primera instancia en torno de los presupuestos axiológicos de la acción reivindicatoria, encontrando que en la demanda se pretendía la reivindicación de *todo el globo de terreno llamado LA ELVIRA*, que era poseído por los demandados, pero no obstante aceptar que dentro del globo de terreno están las porciones poseídas por los demandados estimó inepta la demanda y ausente el presupuesto procesal de demanda en forma, por la sola circunstancia de no haberse señalado los linderos de cada una de estas porciones y en esa virtud, en vez de desatar el fondo del asunto profirió sentencia inhibitoria'.

Puntualiza luego que a la conclusión anterior llegó el sentenciado '*con prescindencia de toda valoración probatoria*, sobre la exigencia perentoria del artículo 76 del C. de P.C...', para advertir más adelante, una vez plantea la necesidad de no sacrificar el derecho sustancial con la exigencia de formalidades excesivas y de citar a este respecto jurisprudencia de la Corte en las cuales se apoya, que contrario al pensamiento del Tribunal 'resulta incontestable la estricta observancia del requisito formal de singularización de la cosa reivindicada, porque la demanda, como lo aceptó el sentenciador de segundo grado, contiene con precisión y claridad el fundo o predio reivindicado (Finca La Elvira) con indicación de su extensión, nomenclatura, linderos y características que lo especifican, acatándose así la exigencia formal establecida en el artículo 76 del C. de P.C., tanto... más, si como lo dice el mismo fallador, las porciones individualmente poseídas por cada uno de los demandados están comprendidas dentro de la cosa singular objeto de reivindicación'.

Una vez reitera, en otro aparte de su censura, que al proferir el Tribunal fallo inhibitorio por no haberse señalado de manera precisa las porciones en poder de los demandados, violó el art. 76 del C. de P.C. y las restantes normas de derecho sustancial que dejó reseñadas en el comienzo del cargo, el censor solicita se case la sentencia, y su sustituya por la llamada a reemplazarla.

Se considera

1. Los dos cargos que para su despacho conjunto acaban de resumirse, se resienten de los defectos que, en el plano de la técnica del recurso de casación, pasan a exponerse:

A consecuencia de haber considerado el Tribunal que en la demanda introductoria del proceso no se identificó por sus correspondientes linderos la porción menor de la finca "La Elvira" poseída por los demandados que fue objeto de esta acción reivindicatoria, dicho sentenciador concluyó en la forma en que lo hizo, esto es, que el libelo es inepto y, por ende, está ausente el presupuesto procesal 'demanda en forma'. Como en esa reflexión del Tribunal no existe desacierto suyo en la denominación jurídica del señalado presupuesto, por cuanto *objetivamente la inobservancia de requisitos formales en la demanda genera legalmente ese impedimento procesal, el fallo así pronunciado (inhibitorio) no puede combatirse en casación por violación directa de la ley sustancial, y la única manera de impugnarlo es, según reiterada jurisprudencia de la Corte, montando la acusación por vía indirecta, pues en sana lógica no cabría otra censura que la de tipo probatorio.*

Pero, algo más, sin esfuerzo de mayor consideración se advierte que, el fallo inhibitorio en comentario descansa, mediatamente, en la apreciación hecha por el Tribunal del material probatorio, por cuanto fue de allí de donde él extrajo su conclusión relativa no solo a que la pretensión reivindicatoria recae únicamente sobre una porción de la finca "La Elvira" y no sobre toda ella, sino además en cuanto a que esa porción menor objeto de reivindicación no fue individualizada como corresponde legalmente por sus correspondientes linderos. Desde luego, frente a esas consideraciones, el inconforme con la inhibición tendría que advertir que la impugnación contra lo así decidido sólo puede sustentarla en el preciso campo de la apreciación probatoria.

Si, en el caso de los cargos que se estudian, se admitiera que, por haber manifestado en el desarrollo de los mismos el recurrente como la violación de la ley sustancial se produjo sin que el sentenciador hubiese incurrido 'en errores de valoración probatoria', el ataque así contenido en ellos viene formulado por vía directa, las censuras aquí estudiadas son, forzosamente, antitécnicas, por lo que viene de verse, es decir, porque no hubo desacierto del Juzgador en la denominación del referido presupuesto procesal. Ese mismo tratamiento es el que, adicionalmente, se impone darles a dichos cargos, al aceptarse por la Corte que viene formulados por vía directa, si se tiene en cuenta que a lo largo de las respectivas impugnaciones el censor, lejos de aludir expresamente a que el Tribunal hubiera incurrido en yerro de apreciación probatoria, por el contrario cabalga sobre la idea de que, tal

como lo solicita el actor en el libelo, dicho juzgador admitió que la acción reivindicatoria recae sobre la totalidad de la finca 'La Elvira', buscando demostrar con ello que lo que se imponía era un fallo infra petita.

Entendido, pues, como no parece ser de distinto modo, que los cargos vienen formulados por vía directa, la censura es, cual se anunció, técnicamente defectuosa, no solo por lo ya indicado de cara al fallo inhibitorio, cuanto porque, mirada la acusación desde otra perspectiva, vale decir, ante la aspiración sustitutiva de un fallo infra petita, el casacionista concluye, a pesar de todo, distinto de como lo hace probatoriamente el Tribunal (si bien manifiesta que está de acuerdo con él en que la pretensión reivindicatoria versa sobre la totalidad de la finca 'La Elvira', consideraciones esas que, por apartarse objetivamente de las que extrajo en realidad el ad-quem, son ajenas en sí mismas a la acusación por vía directa. Dicho de modo diverso, aún cuando la impugnación se formula por vía directa, en su desarrollo el Censor se aparta (así sea consciente o inconscientemente pero es lo cierto que de manera objetiva) de una fundamental conclusión fáctica del Tribunal, consistente ella en que la pretensión reivindicatoria recae solamente sobre una porción de la finca mencionada.

2. Ahora bien, si se prescindiera de las consideraciones anotadas y se reflexionara diciendo que, de hecho, los cargos estudiados denotan en el fondo y por fuerza de lo dicho una acusación por vía indirecta, toda vez que, se repite, al apoyarse la censura en que la pretensión reivindicatoria involucra toda la finca 'La Elvira" se aparta automática e implícitamente de la conclusión contraria del Tribunal, aún así esas impugnaciones no están llamadas a abrirse paso, pues ese supuesto fáctico de que habla el recurrente es irreal, ya que, como es fácil constatarlo, así se deduce de la realidad probatoria del proceso. En efecto, basta observar de manera integral la demanda para comprobar que la acción reivindicatoria allí deducida sólo está referida, cual lo advierte el ad-quem, a una porción de la finca 'La Elvira' poseída por los demandados, y no a la totalidad de ese mismo predio como emerge de la acusación, pues aún cuando en la pretensión segunda se pide, como consecuencia de la declaración de dominio impetrada en la petición primera, la reivindicación de toda la finca, es de ver cómo en el *hecho séptimo* del citado libelo el mismo actor expone que '... se halla privado *en forma parcial* de la posesión material del predio 'LA ELVIRA', por cuanto *parte de ella* (sic) la poseen..." los demandados (subraya la Sala).

De manera, pues, que el Tribunal no cometió error probatorio evidente alguno, cuando dedujo de la apreciación de la demanda que la pretensión reivindicatoria del actor recae sobre una porción de la finca 'La Elvira' y no sobre su totalidad; lo que de paso conduce a manifestar que tampoco se dan los presupuestos legales del fenómeno de la plus petitio, a que aspira el recurrente como solución sustitutiva.

3. Los cargos, por ende, no son prósperos.

Cargo Tercero

Por su conducto se le achaca a la sentencia el quebranto indirecto de los artículos 669, 762, 764, 765, 766, 768, 770, 771, 772, 773, 774, 787, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 969 del C.C., 228 de la C.N., 4o., 37-4 del C. de P.C., por falta de aplicación, en relación con el art. 76 del C. de P.C., a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal al apreciar la demanda.

El yerro fáctico se hace consistir en: a) no dar por demostrado, estándolo, que la demanda identificó en forma legal el predio La Elvira; b) en no dar por demostrado, estándolo, que la demanda, al haber identificado plenamente el predio La Elvira, también lo hizo con los lotes o porciones poseídos por los demandados; y c) no dar por demostrado, estándolo, que al identificar la demanda el predio La Elvira, el presupuesto demanda en forma 'se observo plenamente por el demandante'.

Lo desarrolla el recurrente afirmando que los anteriores yerros fueron producto de la errónea apreciación hecha por el sentenciador de la demanda, pues en el hecho segundo de ella se identifica adecuadamente la finca La Elvira, no obstante lo cual y haberse constatado que las distintas porciones o lotes que se encontraban en posesión de los demandados se comprenden dentro de aquella 'y, por consiguiente, quedaron igualmente singularizadas e identificadas, el Tribunal... estimó no observado el presupuesto procesal de demanda en forma porque el artículo 76 del C. de P.C. exige 'que las condenas que versen sobre bienes inmuebles los especificarán por su ubicación, linderos, nomenclaturas y demás circunstancias que los identifiquen', precepto cuyo sentido exige igualmente 'señalar de manera precisa los linderos de las distintas porciones o lotes".

Señala seguidamente el recurrente que el yerro es trascendente, ya que a pesar de la adecuada identificación de la finca La Elvira, según lo dicho, por no haber señalado la demanda de manera precisa los linderos de las distintas porciones, el Tribunal encontró ausente el presupuesto procesal comentado, profiriendo con base en ello una sentencia inhibitoria y no de fondo.

Luego de explicar el concepto de la violación de las normas sustanciales que dijo infringidas, el censor pidió casar la sentencia y proferir la que en derecho corresponde.

Cargo Cuarto

Endílgasele en él a la sentencia la transgresión de los mismos preceptos citados en el cargo inmediatamente anterior, por idéntico concepto de violación, a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de la demanda y otras pruebas.

Concreta los yerros probatorios diciendo que: a) el Tribunal no dio por demostrado, estándolo, que la demanda identificó en la forma ordenada en la ley el predio La Elvira; b) en no dar por probado, estándolo, que al alindar convenientemente el libelo el predio La Elvira, también identificó plenamente las partes, lotes o porciones poseídas por los demandados; c) en no dar por acreditado, estándolo, que al haberse identificado como correspondía al predio La Elvira, se observó plenamente el presupuesto procesal demandada en forma; y d) en no dar por establecido, estándolo, que las porciones poseídas por los demandados e integrantes del fundo La Elvira fueron convenientemente identificadas.

Explica el recurrente que esos yerros fueron producto de: a) la errónea apreciación dada por el Tribunal a la demanda, pues en el hecho segundo de ella se identifica por su ubicación, linderos y demás características la finca La Elvira, igual como se hizo en la primera pretensión; a la segunda de las pretensiones; a la inspección judicial practicada sobre La Elvira el 1o. y 2 de julio de 1987 (fls. 78 a 87 C. 1); al dictamen pericial rendido el 2 de octubre de 1987 (fls. 144 a 152 C. 1), en el cual se identifica en legal forma La Elvira y todas y cada una de sus partes en posesión de los demandados; b) la falta de apreciación de las escrituras 342 de 24 de octubre de 1958, de la

Notaría de Plato, 325 de 15 de junio de 1986, otorgada en la Notaría Ariguaní; de la Resolución 03148 de 3 de septiembre de 1980, emanada del Incora; certificado de libertad y tradición de La Elvira (fl. 3 a 20 C. 1); de los documentos visibles a folios 40 a 44, 476 a 60; la contestación de la demanda hecha por Eduardo paredes Santos, Juan de Avila, Bernabé Suárez, Bernabé Barranco Movilla, Iluminada Suárez, Emiro López, Carlos Romero Arrieta, Héctor Ospino, Arturo Ospino y Gustavo Cervantes (fls. 45 y 46), Iván Pacheco Meléndez y José María Ríos Barrios (fl. 62 y 63), quienes, dice el recurrente, confiesan estar poseyendo La Elvira en lotes o porciones; y no haber visto tampoco los testimonios de Carlos Manuel Torres, Guillermo Enrique Arencia, Pedro Torres Villalba, Rafael Antonio Hernández, José de Jesús Torres, Manuel Eliseo Torres, Orlando Peña y Andrés Avelino Meza (fls. 127 a 129 y 174), quienes señalan uniformemente la posesión violenta del inmueble.

Las pruebas erróneamente apreciadas y dejadas de apreciar, continúa el censor, llevaron al Tribunal a considerar "no bastante" que "durante la diligencia de inspección judicial el funcionario actuante estableciera la identificación de cada parcela..." y que posteriormente hicieran lo propio los peritos, pues exigió que era menester que esa identidad coincidiera con lo pedido en la demanda, para que la cosa reivindicable estuviera suficientemente singularizada (fl. 19 C. 1). Ese desatino, agrega, llevó al Tribunal a concluir la falta del presupuesto procesal demanda en forma de los preceptos que aduce como violados, pide se case la sentencia y se profiera la que en derecho corresponde.

Se considera

1. A diferencia de lo que sostuvo el *a-quo*, el Tribunal razonó que no concurren, como elementos esenciales que son de la acción reivindicatoria, ni "cosa singular o cuota determinada de la misma" ni "identidad" entre lo poseído por los demandados y lo que es objeto de dicha acción, por cuanto al recaer la pretensión del actor sobre una o varias porciones del predio La Elvira y no sobre la totalidad del mismo, era preciso que dicha porción o porciones se singularizarán por sus linderos y demás circunstancias que los identificara, porque no bastaba con que la demanda indicara los generales del globo mayor del cual forman parte esas porciones menores a reivindicar, ni que la identificación de estas últimas se hubiera efectuado en inspección judicial practicada en el proceso, por el juez y los peritos.

2. Partiendo de esa concreta aseveración del Tribunal y examinada la demanda introductoria del proceso, no es difícil concluir que, ciertamente, el actor contrajo su pretensión reivindicatoria a una parte de la finca La Elvira, no a su totalidad, y, además, que solamente identificó en los términos de ley al citado globo mayor, omitiendo hacerlo respecto de la porción o porciones objeto de reivindicación.

En efecto, habiendo advertido inicialmente el hecho séptimo del libelo que el actor "...se halla privado en forma parcial de la posesión material del predio 'LA ELVIRA', por cuanto parte de ella la poseen los demandados...", así la pretensión primera de la demanda hubiese hecho referencia a la Finca La Elvira, identificándola por linderos generales, es preciso entender que el petitum quedó referido única y exclusivamente a la porción del inmueble poseído por los demandados, y siendo esa precisamente la conclusión sacada de la demanda por el Tribunal, no se advierte en ella el yerro fáctico que le atribuye el censor.

3. El restante yerro fáctico que la acusación endilga en los dos cargos al sentenciador, tampoco es de recibo pues de la apreciación de las pruebas que se dicen preteridas como de la contemplación correcta de las que se señalan como objetivamente distorsionadas, *no hay manera de concluir que el Tribunal incurrió en el error de hecho evidente que se achaca, al encontrar que la pretensión reivindicatoria aquí deducida por el actor apunta tan sólo a una porción del predio La Elvira y no a su totalidad, y en cuanto estimó que en la demanda no se identificaron en la forma dispuesta por la ley la porción o porciones poseídas por los demandados y sobre las que habría de versar la reivindicación.*

Para que el yerro fáctico tenga incidencia en casación, ha expuesto insistentemente la Corte, debe ser el producto de una conclusión probatoria claramente contraria a la realidad del proceso, de tal forma que a la más ligera labor de parangón entre una y otra emerja con diamantina claridad lo absurdo de la conclusión. Sólo así, entonces, se estructura error fáctico evidente con fuerza para producir el quiebre de la sentencia, que de otro modo no es posible dada la soberanía del juzgador de instancia, por cuanto en este campo basta que sus juicios no sean contraevidentes o que tengan alguna explicación lógica para que den sustento suficiente al fallo.

De manera que extraer de las pruebas del proceso, como lo hizo el Tribunal, la conclusión atrás comentada, no genera error de la estirpe

denunciado, pues ella no sería ilógica ni arbitraria de cara a lo que esos medios de convicción denotan.

Algo más, las pruebas del proceso indican que los demandados no ejercen posesión conjunta sobre la porción de la finca 'La Elvira' objeto de reivindicación, sino que, por el contrario, ponen de manifiesto que cada uno de esos poseedores ocupa, con ánimo de señor y dueño, una porción situada dentro del lote menor que se pretende reivindicar. En efecto, basta observar la diligencia de inspección judicial visible a folios 78 a 86 del cuaderno y el correspondiente dictamen pericial obrante entre folios 144 a 152 del mismo cuaderno para comprender cómo, dentro del globo menor sobre el cual recae la pretensión reivindicatoria, se hallaron las siguientes porciones o parcelas, todas ellas independientes las unas de las otras, con linderos definidos y en poder de los poseedores que a continuación se indican: a) predio 'Papayal', en poder de José María Ríos; b) Predio 'La Reserva', en poder de Tito Barrios; c) Predio 'El Sinaí', en poder de Bernabé Barranco Movilla; d) predio 'para si pega', en poder de Juan Jinete Chávez; e) predio 'La Fortuna', en poder de Héctor Ospino Moscote; f) predio "San Miguel" en poder de Ivan Pacheco;; g) predio 'La Ventura', en poder de Bernabé Suárez; h) predio "El Olivo", en poder de Juan de Avila; i) predio 'Villa Luz', en poder de Emiro López; j) predio 'Bella Luz', en poder de Iluminada Suárez; k) predio 'Un Divino Atardecer', en poder de Arturo Ospino; l) predio 'Nueva Idea', en poder de Gustavo Cervantes; m) predio 'Loma Linda', en poder de Carlos Romero; y n) predio 'Caño Lindo', en poder de Eduardo Paredes. *Siendo así, el actor no sólo estaba obligado, para cumplir con los requisitos de forma de la demanda, a señalar la ubicación y linderos de la porción de terreno sobre la que versa la pretensión de dominio, sino que igualmente estaba llamado a proporcionar en particular los linderos de cada una de las parcelas o predios en poder individual de los poseedores demandados, requisito este otro que por no haber observado dicho demandante reafirma aún más la ineptitud del libelo introductor, y con más veras pone de presente que el sentenciador no incurrió en yerro fáctico cuando encontró ausente el presupuesto procesal 'demanda en forma'.*

Los cargos, por esa razón, 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 17 de noviembre de 1992, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente 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 Carlos Esteban Jaramillo Schloss, quien no participó en la deliberación, por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana, secretario

*ERROR DE HECHO

Si el recurrente opta por acusar la sentencia que impugna fundado el ataque en supuesto error de hecho en la apreciación probatoria, ha de ser especialmente riguroso en su labor de censura. Evidencia y trascendencias del precitado yerro.

F. F.: C. de P.C. Art.: 368 Numral.: 1

*JUZGADOR DE INSTANCIA/VALORACION PROBATORIA/INDICIO

Es el juzgador de instancia el llamado a asignarle a la prueba indiciaria el valor demostrativo que le merezca, sin que su juicio pueda ser variado en casación. Excepción.
Igual sentido: G.J. tomo CVI, pág. 123.

*VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta/ERROR DE DERECHO

La violación indirecta de normas de derecho sustancial, por equivocación de juicio del sentenciador en la apreciación de las pruebas, puede provenir de error de hecho o de derecho. Este último, se refiere al desacierto en que incurre el fallador en la apreciación de la prueba que existe en el proceso frente a su regulación legal.
Igual sentido: Casación de 25 de febrero de 1988, G.J. tomo CXCII, No. 2431, primer semestre, págs. 76 y 77.
F. F.: C. de P.C. Art.: 368 Numral.: 1.

*TESTIMONIO-Identificación del Testigo/IDENTIFICACION PERSONAL/VALORACION PROBATORIA/TESTIMONIO-Valoración en Conjunto.

Ante la necesidad de allegar a un proceso el testimonio de quien por fuerza mayor no porta su cédula de ciudadanía en un momento determinado (destrucción o pérdida de la misma), la administración de justicia, habida esa circunstancia puede recepcionar la declaración testifical y valorarla luego en conjunto con los demás medios de prueba, decisión excepcional que resulta admisible.

Igual sentido: Sentencia de 4 de agosto de 1988.

***CASACION-Causales/CASACION-Cargos/VIOLACION NORMA SUSTANCIAL/NULIDAD PROCESAL**

1. Si con inobservancia de las reglas contenidas en el num. 3 del art. 374 del C de P.C. el recurrente, en un solo cargo, aduce dos causales de casación diferentes respecto de los mismos supuestos de hecho, la Corte no puede a su arbitrio escoger una de las dos y dejar de lado la otra, ni tampoco avocar su estudio simultáneamente pues, en rigor, ello resultaría contrario no sola a la autonomía de las causales sino, también, a la de los dos cargos erigidos con semejante irregularidad.

2. Distinción entre la causal primera y la causal quinta de casación.

Igual sentido: G.J., tomo CII, pág. 131.

F. F.: C. de P.C. Art.: 374 Numral.: 3; 368 num. 1; Decreto Num.: 2651 Año: 1991 Art.: 51.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil— Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Referencia: Expediente No. 4384 Sentencia 117

Se deciden por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —Sala de Familia—, el 19 de febrero

de 1993, en el proceso ordinario promovido por OSCAR EDUARDO MOLINA, representado por su madre LUZ MERY MOLINA SERNA, contra CARLOS VIRGILIO CONTRERAS.

I. Antecedentes

1. La señora Luz Mery Molina Serna, obrando como representante legal de menor Oscar Eduardo Molina, convocó a Carlos Virgilio Contreras, ante el Juzgado Promiscuo de Menores de Palmira, para que surtidos los trámites propios de un proceso de investigación de la paternidad, se declarase que ese menor en cuya representación ella actúa, es hijo extramatrimonial del demandado (fl. 9, C-1).

2. Fundó la pretensión referida la actora, en resumen, en los siguientes hechos:

2.1. Luz Mery Molina Serna y Carlos Virgilio Contreras, se conocieron en el año de 1976 y, a fines de 1978 empezaron a sostener relaciones sexuales, a consecuencia de las cuales aquella quedó embarazada, hecho que comunicó al demandado, luego de haberse practicado los exámenes médicos correspondientes.

2.2. El 7 de octubre de 1979, en el municipio de Pradera, departamento del Valle, nació el menor Oscar Eduardo Molina, hijo de Luz Mery Molina Serna, hoy demandante y del demandado, Carlos Virgilio Contreras.

3. Notificado que fue el demandado del auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de la misma y sus anexos, le dió contestación como aparece a folios 14 a 17 del cuaderno uno. En ella, se opuso a la pretensión de que se le declare padre extramatrimonial del menor Oscar Eduardo Molina, negó la existencia de relaciones sexuales con la madre de éste y adujo que esa demanda es temeraria y solo persigue fines económicos.

4. Creada la jurisdicción de familia, correspondió continuar el trámite del proceso al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito Judicial de Palmira, el que, mediante sentencia dictada el 29 de enero de 1992 le puso fin a la primera instancia (fls. 96 a 106, C-1). En ella declaró la paternidad de Carlos Virgilio Contreras respecto del menor Oscar Eduardo Molina y se abstuvo de imponer condena al pago de alimentos

a su favor y a cargo del demandado, por cuanto no se estableció —según se dijo en el fallo —, la capacidad económica del obligado a esa prestación.

5. Apelado el fallo de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, —Sala de Familia —, desató el recurso de apelación, mediante sentencia pronunciada el 19 de febrero de 1993 (folios 29 a 49, cdno. tribunal), en la cual confirmó la declaración de paternidad del demandado respecto del menor Oscar Eduardo Molina, condenó a Carlos Virgilio Contreras al pago con destino al menor mencionado de una pensión alimentaria equivalente al 30% del salario mínimo legal e igual porcentaje de sus prestaciones sociales y dispuso que la patria potestad sobre aquél será ejercida por su progenitora, Luz Mery Molina Serna.

6. Inconforme el demandado con el fallo del tribunal, interpuso entonces el recurso extraordinario de casación, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El tribunal, luego de sintetizar la posición asumida por las partes en el proceso y la actuación surtida en la primera instancia, encuentra reunidos los presupuestos procesales y, por ello, considera procedente dictar sentencia de mérito.

2. A continuación, recuerda el sentenciador que conforme a la legislación colombiana, cuando no se efectúa el reconocimiento voluntario de la paternidad respecto de una persona determinada, para establecerla puede acudirse entonces a la investigación judicial de la misma, conforme a lo dispuesto por la ley 75 de 1968.

3. Dado que en el caso de autos se aduce la existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales entre Luz Mery Molina Serna y Carlos Virgilio Contreras por la época de la concepción del menor Oscar Eduardo Molina, el tribunal teniendo en cuenta que este nació el 7 de octubre de 1979, concluye que hubo de ser concebido en el período "de los 120 días comprendidos entre el 11 de diciembre (inclusive) de 1978 y el día 9 de abril (inclusive) de 1979.

4. Analiza luego el sentenciador los testimonios rendidos por Aleyda Ospina de Serna, Aracelly Potes Ocazal y Diego Osorio Arredondo. De ellos afirma que los dos primeros "no aportan ningún dato concreto" en las declaraciones que aparecen a folios 40 vto. y 41 vto. (folios 35 y 36, cdno. tribunal).

En cuanto al tercero de los declarantes mencionados, Diego Osorio Arredondo, expresa el tribunal que su relato es "de suma importancia", ya que este manifiesta que Luz Mery Molina Serna "desde 1977 hasta enero o febrero de 1978", prestó "sus servicios como empleada doméstica en su casa y que como ella no conocía la ciudad de Cali, pues es de Pradera, durante un tiempo la acompañaron hasta el terminal de transportes para dirigirse luego a su casa en Pradera". Agregó el testigo luego que a su casa se presentó "como pretendiente o novio" "un joven también pradereño de nombre Carlos Virgilio Contreras, con quien salía la Molina por algunas horas, los sábados o domingos, habiendo durado esa relación como hasta marzo de 1979" (folio 36, cdno. tribunal).

Expresó así mismo este testigo, que "Contreras visitaba a la Molina, quien desde principio de 1978 ya no era acompañada por los patronos para ir a tomar el bus y que a principios de 1979 Luz Mery les comunicó que se hallaba embarazada de Carlos Virgilio Contreras", único varón con quien ella había sostenido relaciones sexuales (folio 36, cdno. tribunal).

El mismo testigo, —asevera el tribunal— , declaró en relación con la conducta de Luz Mery Molina, y al respecto manifestó que "en esa época la demandante era una niña que no tenía novio ni salía a reuniones ni a fiestas o paseos, dado que en la casa de ella eran muy celosos y no le permitían salir sola" (folios 36 y 37, cdno. tribunal).

5. Analiza luego el tribunal las declaraciones recibidas oficiosamente a Blanca Rosmira Serna (folios 86 a 89, C-1), Aleyda Ospina (folios 1 a 2 vto., C-4), Aracelly Potes Ocazal (folios 3 a 4, C-4), así como la declaración de parte de Luz Mery Molina al absolver interrogatorio formulado por la Sala de Familia y la versión del demandado (folios 80 a 82, C-1), quien se empeña en negar la paternidad que se le atribuye en la demanda y, de tales pruebas, así como del testimonio de Diego Osorio Arredondo, analizadas en conjunto (folios 42 a 46, cuaderno tribunal), concluye el sentenciador que "efectivamente entre Luz Mery Molina y Carlos Virgilio

Contreras debieron darse las relaciones sexuales que tuvieron como consecuencia el embarazo y parto del menor Oscar Eduardo y por ende, la paternidad que se adjudica a este varón", (folios 46, cdno. tribunal), como lo declaró el juez de conocimiento.

6. En relación con las excepciones tendientes a enervar la prosperidad de la pretensión de filiación objeto del litigio, expresa el tribunal que, conforme a lo dispuesto por la ley 75 de 1968 (art. 6o., numeral 4o., inc. 3), se hace necesario que "el demandado demuestre con pruebas fehacientes e indubitables que durante los 120 días presumidos de la concepción del hijo, padeció de alguna enfermedad que le impedía engendrar, vale decir, la impotencia generandi, cuya demostración será de carácter médico o bien, que la madre del hijo fue accedida carnalmente durante esos 120 días por otro u otros hombres, es decir, la llamada por los romanos exceptio plurium constupratorum, para lo cual bien puede acudir a todo tipo de prueba encaminada a demostrar la conducta poco edificante de la madre durante el lapso presumido de la concepción" (folio 47, cuaderno tribunal).

7. -En ese orden de ideas, encuentra el tribunal que pese a que el demandado afirmó que Luz Mery Molina tuvo relaciones sexuales con otros hombres (Luis Enrique Contreras, hermano del demandado y Diego Osorio Arredondo), esa afirmación "se queda solo en eso", pues no existe en el expediente ni "el menor asomo de prueba, que la respalde" (fl. 47, cdno. Tribunal).

8. -"De esta suerte —prosigue el tribunal—, no logra el demandado prueba alguna sobre los medios exceptivos que apareja la norma, ni consigue echar por tierra los hechos que bien declarados por los deponentes descubren con prueba suficiente la presunción del ordinal 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968 que saca avante la pretensión de la actora" (folio 47, cdno. tribunal).

9. -Así las cosas, encuentra el sentenciador que ha de confirmar el fallo apelado, en cuanto declaró al demandado padre del menor Oscar Eduardo Molina, modificándolo en cuanto se refiere a la pensión alimentaria a favor de este y a cargo de aquel, para fijarla en el 30% del salario mínimo legal, conforme a la presunción establecida por el artículo 155 del Decreto-Ley 2737 de 1989 (Código del Menor) y, adicionándolo en cuanto asignar solo a la madre el ejercicio de la patria potestad respecto al citado menor (art. 16, Ley 75 de 1968).

III. La demanda de casación

Cinco cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada. De ellos, el primero y el tercero por supuesta violación indirecta de normas sustanciales, por error de hecho en la apreciación probatoria (art. 368, numeral 1, C.P.C.) y los otros tres, por haberse incurrido en la misma clase de violación de normas sustanciales, pero a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de algunas pruebas (art. 368, numeral 1, C.P.C.).

Tales cargos, serán despachados agrupándolos para el efecto, así: inicialmente los cargos primero y tercero; a continuación, los cargos segundo y cuarto, teniendo en cuenta que respecto de cada uno de estos grupos se harán algunas consideraciones comunes.

Por último, se despachará el cargo quinto, dado el contenido del mismo.

Cargo primero

Con invocación para proponerlo del artículo 368, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, acusa el censor en este cargo la sentencia que combate, de ser "violatoria de la ley sustancial en el inciso 1o. del numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, y artículo 92 del Código Civil", por haberse incurrido en "error de hecho manifiesto en la apreciación del testimonio de Diego Osorio Arredondo" (fl. 19, cdno. Corte).

En la argumentación para sustentar la acusación, expresa el recurrente que, aun cuando el fallador estima de gran importancia la declaración testifical de Diego Osorio Arredondo, es lo cierto que "el declarante no aporta en su exposición, datos que le permitan al juzgador adquirir una ilustración de tiempo, modo y lugar que lo lleven al convencimiento de que para la época presunta de la concepción", el demandado sostuvo relaciones sexuales con Luz Mery Molina (folios 20 y 21, cdno. Corte), ya que se limitó ese testigo a manifestar al juzgador que supo del estado de embarazo de su empleada porque ella así se lo comunicó, lo que significa que se trata de un "testimonio de oídas, cuya apreciación para proferir una sentencia de la índole que nos ocupa, no resiste el peso y la credibilidad e importancia procesal que le dió el fallador ad-quem" (fl. 21, cdno. Corte).

Asevera además el recurrente que el testigo incurrió en algunas imprecisiones, a través de las cuales "se vislumbra su parcialidad con miras a defender los intereses de su ex-empleada o pariente, a quien la madre le había confiado su cuidado", como puede apreciarse de la circunstancia de afirmar, "aproximadamente diez años después de acaecidos los hechos", que la demandante se fué de casa del testigo "cuando contaba con aproximadamente unos cinco o seis meses de embarazo", lo que indica, conforme a la fecha de nacimiento del menor Oscar Eduardo Molina (7 de octubre de 1979), que "a principios del 79", "la concepción posiblemente no se había producido, o, contaba con muy poco tiempo" (fls. 21 y 22, cdn. Corte.

Además, a juicio del censor, también se encuentra demostrado que el testigo referido "falta a la verdad cuando afirma que todos los fines de semana entre abril de 1978 y marzo de 1979" el demandado visitaba a Luz Mery Molina y salía con ella algunas horas, afirmación que "desmiente la misma Luz Mery Molina, en interrogatorio practicado oficiosamente por el tribunal, visible a folios 5 y 6 del cuaderno No. 4, indicando esta que durante todo el tiempo que estuvo con la familia Osorio tales visitas y salidas tuvieron ocurrencia una sola vez" (folio 22, cdno. Corte), todo lo cual señala que el cargo ha de prosperar.

Cargo tercero

Dentro de la órbita de la primera de las causales de casación consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el censor la sentencia que se impugna, por ser "violatoria indirectamente de la ley sustancial contenida en los artículos 6o., numeral 4o. de la Ley 75 de 1968 y 92 del Código Civil, infracción proveniente de error de hecho en la apreciación del interrogatorio de parte, recepcionando oficiosamente por el tribunal de instancia a la demandante Luz Molina Serna, que obra a folios 5 y s.s. del cuaderno No. 4" (folio 25, cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo, manifiesta el censor que el tribunal incurrió en error de hecho al apreciar el interrogatorio de parte absuelto por la actora por cuanto en las respuestas para absolverlo no se precisa cuándo ocurrió la relación sexual que dice haber sostenido con el demandado, "cosa muy extraña en una persona que, como se pregona en autos, ostenta una conducta intachable" (fl. 26, cdno. Corte). De esta suerte, si

respecto de la época de esa relación sexual se habla por la demandante de su acaecimiento "a finales del 78 o mediados del 79", o a "principios del 79", el tribunal no podía como lo hizo fijar la época de tales relaciones por el tiempo en que debió ocurrir la concepción del menor Oscar Eduardo Molina, siendo esa "la única prueba que el sentenciador de instancia esgrimió para determinar la época presunta de la concepción" (fl. 26, cdno. Corte), lo que, en su opinión resulta contrario a la lógica y a la evidencia de los hechos.

Consideraciones:

1.- Conforme a lo dispuesto por los artículos 368, numeral 1 y 374, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, en la legislación colombiana se autoriza la alegación como causal de casación, el haberse incurrido por el sentenciador en violación indirecta de normas sustanciales, a consecuencia de la comisión de errores facti in judicando, provenientes de equivocación de juicio en la premisa menor del silogismo judicial, ya por yerro de hecho, ora de derecho, en la apreciación probatoria.

2.- Dada la autonomía que en ejercicio de la función jurisdiccional se reconoce a los falladores de instancia en la función de apreciación de la prueba en orden a la fijación de los hechos controvertidos, si el recurrente opta por acusar la sentencia que impugna fundando el ataque en supuesto error de hecho en la apreciación probatoria, ha de ser especialmente riguroso en su labor de censura, como quiera que el error que se imputa a la sentencia habrá de ser ostensible, manifiesto, esto es, que surja a simple comparación de ideas, sin necesidad de "esforzados razonamientos" y , además, debe ser de tal magnitud que "el yerro así configurado tendría que traducirse en conclusión contraevidente, vale decir contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y ser trascendente a la decisión sin lo cual carecería de relievancia", como lo recordó la corte, en sentencia de 6 de agosto de 1985 (G.J. tomo CLXXX, No. 2419, pág. 285).

3.- Aplicadas las nociones anteriores, encuentra la Corte que los cargos que aquí se analizan no están llamados a su prosperidad, por cuanto:

3.1.- De una parte, desacierta el impugnador en el primer cargo, en la demostración de la evidencia atribuída al ad-quem en la apreciación del tes-

timonio de Diego Osorio Arredondo, de cuya declaración, según el censor, no aporta "datos que le permitan al juzgador adquirir una ilustración de tiempo, modo y lugar" para ubicar las relaciones sexuales con el demandado en la época de la concepción del menor Oscar Eduardo Molina. Pues, dicha estimación la apoya el sentenciador en el testigo mencionado, (folios 47 a 49, c-1), quien informó al juzgador que la demandante, Luz Mery Molina Serna, —a quien él y su esposa conocían por ser naturales del municipio de Pradera (Valle)—, llegó a casa de ese matrimonio, a trabajar como empleada doméstica "aproximadamente en el mes de agosto de 1977", lugar donde permaneció hasta "enero o febrero de 1979". Agregó que en los fines de semana, ella se desplazaba a su municipio de origen, para lo cual, el declarante y su esposa la acompañaban "hasta el terminal de transporte", pues Luz Mery Molina no conocía la ciudad de Cali. Relata además el testigo, que "aproximadamente en abril de 1978 se presentó a nuestra casa en calidad de pretendiente un joven también pradereño pero que no conocíamos personalmente", quien resultó ser Carlos Virgilio Contreras; con él salía Luz Mery Molina", "los sábados o domingos y esa relación duró hasta marzo de 1979", época en la cual la actora les comunicó su estado de embarazo. Añade así mismo el declarante, que luego de ello se hizo notorio el retiro de Carlos Virgilio Contreras, quien se alejó de la demandante desde entonces, pese a la intachable conducta de ésta. Siendo así las cosas, el contenido de esta versión permitió al juzgador de instancia concluír, con cierta razonabilidad, y en unión con otras estimaciones probatorias, la existencia de relaciones sexuales en la época en que se presumía la concepción, la que, como lo ha dicho la jurisprudencia, excluye la evidencia o notoriedad del eventual yerro que pueda cometerse en valoración probatoria.

3.2.- De manera pues que si el tribunal, atendida la existencia de las relaciones personales entre Carlos Virgilio Contreras y la actora Luz Mery Molina Serna, por la época en que fue concebido el menor Oscar Eduardo Molina, concluyó en que habría de dar aplicación en este caso concreto a la presunción establecida por el artículo 4o. de la Ley 45 de 1936 (6o. de la Ley 75 de 1968), numeral 4o., apreciadas las circunstancias específicas de que da cuenta la sentencia impugnada, tal conclusión no resulta contraria a la realidad procesal, ni reñida con la lógica jurídica, razones estas que descartan por completo no solo la existencia misma sino la evidencia y trascendencia del error de hecho en que se apoya la impugnación a la sentencia del tribunal en el primero de los cargos propuestos.

3.3.- De otra parte y en armonía con lo expuesto, aparece con absoluta claridad que tampoco es cierto que el interrogatorio de parte absuelto por la actora sea "la única prueba que el sentenciador de instancia esgrimió para determinar la época presunta de la concepción" (fl. 26, cdn. Corte), como lo asevera el censor, pues como puede fácilmente verificarse con la simple lectura del fallo atacado, las conclusiones fácticas en que se apoyó la decisión combatida se hallan soportadas además por los testimonios rendidos por Diego Osorio Arredondo, Blanca Rosmira Serna, Aleyda Ospina y Aracely Potes Ocazal (folios 36, 37, 38, 39 y 40, cdno. tribunal), quienes coinciden en afirmar que Luz Mery Molina y Carlos Virgilio Contreras, se trataron como novios, que salieron en fines de semanas con autorización de los patronos, que entablaron relaciones sexuales en época en que se presume la concepción, que hubo posteriormente el embarazo y que tuvieron relaciones sexuales en época posterior al embarazo. Luego, esos testimonios coinciden con lo dicho por ésta en su declaración de parte (fls. 6 a 7 vto., C-4), circunstancia esta que, de suyo demuestra que el cargo tercero no alcanza a formularse en forma completa, lo que lo hace intrascendente para quebrar el fallo atacado, además de que no alcanza a demostrar la evidencia o notoriedad del error de hecho que se le atribuye al tribunal.

3.4.- Finalmente, ha de tenerse en cuenta que , ni aún en la hipótesis de que los cargos primero y tercero que ahora estudia la Corte se integran en uno solo para los efectos señalados por el artículo 51, numeral 3 del Decreto 2651/91, podría destruir la sentencia impugnada ya que, como se vió, el análisis fáctico del sentenciador no pugna con la lógica ni resulta arbitrario frente al acervo probatorio, sino que, por el contrario, su inferencia sobre las relaciones sexuales entre el demandado y la actora por el tiempo en que fue concebido el menor Oscar Eduardo Molina, resulta acompañada de verosimilitud y razonabilidad tales, que a ella ha de estarse por la Corte como *quiera que en relación con la prueba indiciaria se tiene dicho por esta Corporación que es el juzgador de instancia "el llamado a asignarle a tal prueba el valor demostrativo" que le merezca, "sin que su juicio pueda ser variado en casación, salvo en los casos excepcionales y raros en que esa inferencia raye en lo absurdo por contrariar el sentido común o a los fenómenos naturales, o por ser el resultado de un error manifiesto de hecho, o de un error de derecho, en la estimación de las probanzas concerniente a los propios hechos indicativos o indiciarios" (G.J., tomo CVI, pág. 123).*

No prosperan, entonces por lo dicho, los cargos primero y tercero formulados por la parte recurrente.

Cargo segundo

Acusa el recurrente en este cargo la sentencia del tribunal, por ser violatoria en forma indirecta, de la Ley 75 de 1968, artículo 6o., numeral 4o., inciso 1o., artículo 92 del Código Civil, todo "como consecuencia de error de derecho manifiesto en un falso juicio de legalidad en la apreciación del testimonio de quien dijo llamarse Blanca Rosmira Serna". Como normas medio violadas, denuncia el censor las contenidas en "el artículo 1o. de la ley 39 de 1961 y el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil (folios 22 y 23, cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo, manifiesta el recurrente que en la recepción de la declaración de Blanca Rosmira Serna (fls. 86 a 89 del cuaderno principal), "se quebrantó (sic) la ley 39 de 1961 y el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, inciso 2o., por cuanto la compareciente a deponer ante el despacho no presentó la cédula de ciudadanía; documento este que por mandato expreso de la precitada ley es el único idóneo para identificar a las personas en actuaciones judiciales", (fls. 24, cdno. Corte), con lo cual se incurrió en el error de derecho que se imputa a la sentencia, pues ese testimonio fue tenido en cuenta para fallar el proceso, no obstante la omisión referida para la identificación de la testigo en mención, lo que genera invalidez de esa prueba testifical. De manera que el haber admitido esa declaración como prueba y haberla valorado como soporte del fallo atacado, constituye error de derecho trascendente en la decisión del tribunal, la que en consecuencia ha de ser casada por la Corte (fls. 24 y 25, cdno. Corte).

Cuarto cargo

Invoca el recurrente para proponerlo el artículo 368, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, y al efecto señala que se violaron en forma indirecta "el inciso 1o. del numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968 y el artículo 92 del Código Civil, como consecuencia de error de derecho manifiesto en la aplicación del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil en la apreciación del juramento de paternidad" (sic) que el demandado absolvió "previamente a la presentación de la demanda ante el Juzgado Primero Promiscuo de Menores de Palmira, visibles a folio 8 del cuaderno principal en el sentido de inadmitir la confesión en

las circunstancias de tiempo consignadas en ella, rompiendo de esta manera con el principio de indivisibilidad de la misma que consagra la norma procesal en comento no fue desvirtuada por ningún medio probatorio" (fls. 27 y 28, cdn. Corte).

En procura de sustentar el cargo, afirma el impugnador que el tribunal, con miras a "acceder a las pretensiones de la demanda", hace divisible su confesión "por cuanto una parte de ella, es decir la que se refiere al tiempo de la relación sexual confesada fué desvirtuada, siendo que ello no sucedió así, pues el mero testimonio de la interesada no constituye por sí solo una prueba válida que afiance su argumento", cuando el confesante aceptó la ocurrencia de esas relaciones sexuales "a mediados de 1979", sin que nada hubiese dicho en tal declaración sobre la circunstancias de estar ya embarazada la actora por esa época y, además viviendo con sus padres (fl. 28, cdno. Corte).

Consideraciones:

1.- Como es ampliamente conocido, dentro del marco propio de la primera de las causales de casación, la legislación colombiana autoriza la alegación de violación indirecta de normas de derecho sustancial, por equivocación de juicio del sentenciador en la apreciación de las pruebas, la que puede provenir de error de hecho o de derecho.

2.- Sobre la segunda de estas dos especies de yerro para la fijación de la cuestión fáctica que se debate en el proceso, tiene por sentado esta Corporación, que "se refiere al desacierto en que incurre el fallador en apreciación de la prueba que existe en el proceso frente a su regulación legal..." dándose en las hipótesis suficientemente expuestas por la jurisprudencia. (Casación de 25 de febrero de 1988, G.. tomo, No. 2431, primer semestre, pág.. 76 y 77).

3.- Respecto del segundo cargo, ahora objeto de análisis, observa la Corte:

3.1.- El Código de Procedimiento Civil, siguiendo al punto la doctrina universal sobre la necesidad de certeza respecto de la persona que rinde testimonio como prueba judicial, exige que, como formalidad previa a la recepción de la declaración, se identifique al testigo (art. 227).

3.2.- Si bien es verdad que el artículo 1o. de la Ley 39 de 1961 establece que la cédula de ciudadanía laminada es un documento idóneo para la identificación de los colombiano mayores de edad en asuntos civiles, administrativos y judiciales, no es menos cierto que ante la necesidad de allegar a un proceso el testimonio de quien por fuerza mayor no porta su cédula de ciudadanía en un momento determinado (destrucción o pérdida de la misma), la administración de justicia, habida esa circunstancia, puede recepcionar la declaración testifical y valorarla luego en conjunto con los demás medios de prueba, "decisión excepcional que resulta admisible", según lo tiene dicho esta Corporación, cuando "sin reparo no hay en el expediente duda alguna sobre la identidad personal misma de la deponente" (Sentencia de 4 agosto de 1988, abreviado Separación de Cuerpos Juanita Alicia Melo de Bastidas, contra Luis Fernando Pabón Díaz, no publicada). Como salta a la vista, esa excepcional identificación del testigo por medio distinto al de la cédula de ciudadanía, guarda armonía con la superior necesidad de administrar justicia entre los asociados, al propio tiempo que procura hacer efectivo, el deber de testimoniar impuesto a todos los residentes en Colombia por el artículo 213 del Código de Procedimiento Civil.

3.3. Aplicadas estas nociones al caso sub ilite, encuentra la Corte que el cargo segundo de la demanda de casación no puede prosperar, ya que de autos aparece que el demandado solicitó recibir el testimonio de Blanca Rosmira Serna, de quien afirmó es "madre de la demandante" (fl. 17, C-1) cuya declaración obra a folios 86 a 89, en la cual, ella asevera igualmente esa calidad respecto de la actora, así como manifiesta conocer personalmente al demandado Carlos Virgilio Contreras, "hace más de 20 años" y haber sido amiga de él hasta cuando su hija quedó en estado de embarazo, del que posteriormente nació el menor Oscar Eduardo Molina.

Como puede observarse, ninguna de estas afirmaciones es discutida por el censor, ni tampoco pone en duda la identidad física de la declarante, sino tan solo su censura a la falta de exhibición por la declarante Blanca Rosmira Serna, de su cédula de ciudadanía, y, más todavía, en la propia acta de la recepción del testimonio el mismo demandado reconoce que esta presentó, en lugar de ese documento un recibido sin laminar expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil", todo lo cual señala a las claras, que quien dijo ser Blanca Rosmira Serna sí lo es; vale decir, que la convicción del fallador sobre la identidad de la testigo corresponde efectivamente a la realidad.

3.4. De otra parte, aún en el caso de que el censor tuviese razón, necesariamente habría de concluírse que el cargo no puede servir al propósito que se persigue por el recurrente, ya que la decisión que se combate no se apoya solo en esta prueba, sino, además, en los testimonios recibidos a Diego Osorio Arredondo (fls. 35 y 36, cdno. tribunal), Alcyda Ospina, Aracely Potes Ocazal, y en el interrogatorio de parte de Luz Mery Molina (folios 39 y 40, cdno. citado), lo que significa que la presunta falta de identificación de la testigo Blanca Rosmira Serna, carece en absoluto de eficacia causal para tomar la decisión judicial que se impugna y, por lo tanto, resulta intranscendente e inane el cargo así formulado.

4. Por lo que hace al cuarto cargo, en el que presuntamente se incurrió en error de derecho al valorar la declaración del demandado, aparece con nitidez y claridad absoluta, que el sentenciador (fls. 42 a 44, cdno. tribunal), analiza en forma detallada lo dicho por el demandado y, con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación, concluye que el demandado sostuvo relaciones sexuales con la madre del menor Oscar Eduardo Molina por la época en que este fue concebido. Sin embargo, observa la Corte que se trata de un yerro que en caso de existir no tendría trascendencia para el fallo, ya que la decisión se apoyó, como aparece en la sentencia impugnada, no solo en esa sino en otras pruebas (folios 35 a 40, cdno. tribunal), lo que deja incólume el fallo que se combate por el recurrente. Luego, el casacionista no solo dejó incompleto su ataque al no combatir las mencionadas apreciaciones probatorias, principalmente de la declarante Luz Mery Molina, sino que deja en firme la aceptación implícita de haber tenido relaciones sexuales con esta última, dentro y posteriormente a la época en que se presume la concepción, cuando formula la exceptio plurium constupratorum sin que a ella le haya acompañado diligencia necesaria para su debate probatorio y que le permitiera excluir la petición impetrada con la demostración no de una relación sexual con el demandado, la que implícitamente acepta, sino con la acreditación de que en la misma época de la concepción la madre también tuvo relaciones sexuales con otro u hombres. De allí que siendo inane el yerro atribuído al sentenciador, la Corte no encuentre utilidad alguna en abordar su estudio de fondo, pues éste no tendría la virtualidad de quebrar el fallo impugnado.

5. Por lo dicho, no prosperán los cargos segundo y cuarto, aquí analizados.

Quinto Cargo

Acusa el recurrente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la segunda instancia de este proceso, invocando para hacerlo, simultáneamente, las causales consagradas "en los numerales 1o. y 5o. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por ser la sentencia violatoria de las siguientes normas de derecho sustancial: Decreto 1260 de 1970 en sus artículos 1o., 2o., 3o. inciso 2, 52, 89, 90, 91, 93, 103, 104 numeral 5o., 106 y 107; Código Civil, artículos 1740, 1741 y 1746", normas que fueron objeto de "transgresión por vía indirecta", por haberse incurrido en "error de derecho manifiesto en la elaboración del registro del menor Oscar Eduardo Molina y presentado como base fundamental al incoarse la acción, dejando de aplicarse los artículos 145, 174 y el numeral 7o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil" (fl. 29, cdno. Corte).

En la sustentación del cargo así formulado, expresa el censor que el estado civil del menor Oscar Eduardo Molina en relación con la demandante se encuentra en discusión, por cuanto "conforme obra en el acta de registro civil de nacimiento sentado (sic) ante la Notaría Unica de Pradera (Valle), el día 11 de octubre de 1985, abrió el folio No. 9813919 a nombre del susodicho menor, de sexo femenino, para lo cual se sentó como de la inscripción un acta expedida por la parroquia de ese municipio, en la cual el citado menor figura como hijo de Rosa Luz Molina; el 18 de septiembre de 1987 se presentó ante esa dependencia notarial Jairo Polo Sandoval, quien mediante escritura pública No. 614 hizo la respectiva corrección del nombre de la madre del menor por el de Luz Mary Molina Serna", procedimiento que violó lo dispuesto por el artículo 91 del Decreto 1260 de 1970, vigente para esa época (fl. 30, cdno. Corte), hecho este constitutivo de nulidad "al tenor del artículo 1740 y ss. del Código Civil. Añade el recurrente, que como ese asunto afecta directamente la legitimación en la causa por la actora, fue objeto de ataque en un incidente ante el juez a quo, "que no tuvo receptividad favorable, sobre el supuesto de la extemporaneidad"; ni tampoco lo tuvo ante el tribunal, que adujo para ello, además, falta de "legitimidad para proponerlo" (folio 30, cdno. Corte).

Expresa el recurrente que el Notario, al expedir las copias del registro civil afirmó que se trataba de un varón, pese a lo que aparece en el acta original, con excepción del certificado que anexa a la demanda de casación que obra a folio 9 y la copia que aparece a folio 10 del cuaderno de la Corte.

con lo que se demuestra "la imposibilidad de proponer en su debido momento procesal la tacha de ese documento, presentado como principal en la acción incoada", ya que el Notario, - sin que se sepa por qué razón - , "siempre expidió los certificados omitiendo dar fé del verdadero sexo del menor que figura en el acta de Registro Civil". (folios 30 y 31, cdno. Corte).

Consideraciones

1. Dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y atendidas las finalidades que a él se le asignan por el legislador, desde antiguo se tiene por sentado que la competencia funcional de la Corte Suprema de Justicia para conocer de la acusación impugnada se enmarca dentro de los límites trazados por el censor, pues "la Corte, al considerar el recurso, tiene circunscrito su radio de acción a los límites señalados por la demanda, dado que no puede entrar oficiosamente en la consideración de cuestiones que no se le hayan planteado concretamente", lo que impone el examen de "las causales invocadas dentro de los términos de cada una de ellas" (G.J., tomo CII, pág. 131).

2. Como es apenas elemental, la acusación que se formule a la sentencia que se combate en casación, para que pueda cumplirse a cabalidad con lo expuesto en el numeral precedente, ha de ser realizada "en forma precisa y clara", y es esa la razón de la exigencia de que los cargos se formulen "por separado", a tenor de lo dispuesto por el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

3. De esta suerte, aún frente a las normas transitorias de que da cuenta el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, surge como principio esencial de este recurso extraordinario, que si con inobservancia de las reglas contenidas en el numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente, en un solo cargo, aduce dos causales de casación diferentes respecto de los mismos supuestos de hecho, la Corporación no puede a su arbitrio escoger una de las dos y dejar de lado la otra, ni tampoco avocar su estudio simultáneamente pues, en rigor, ello resultaría contrario no solo a la autonomía de las causales sino, también, a la de los cargos erigidos con semejante irregularidad.

4. Así las cosas, es evidente que el quinto de los cargos que fulmina el censor contra la sentencia que combate, no puede siquiera ser anali-

do por la Corte, como quiera que el recurrente, al mismo tiempo invoca para censura la sentencia, "como causal de casación, la consagrada en los numerales 1o. y 5o. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil" (folio 29, cdno. Corte), lo que no puede menos que producir un estado de perplejidad total, ya que mientras la primera de ella se refiere siempre a la violación de normas de derecho sustancial, es decir, a errores in judicando, la quinta de las causales de casación consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, autoriza impugnar la sentencia cuando ella hubiere sido dictada pese a haberse incurrido en una nulidad de carácter procesal que no hubiere sido sancionada, es decir, por un error in procediendo, lo que significa que por semejante desacierto de la demanda, este cargo resulta afectado de deficiencia tal que se torna imposible su análisis por la Corte, sin que, por otra parte, sea posible la separación de dichos cargos para su estudio, ya que uno de ellos se encuentra formulado por causal de casación distinta a la primera (art. 51 D. 2651 de 1991).

En consecuencia, el cargo quinto contra la sentencia impugnada, no prospera.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 19 de febrero de 1993, en el proceso ordinario iniciado por Oscar Eduardo Molina, representado por su progenitora Luz Mery Molina Serna contra Carlos Virgilio Contreras.

Costas a cargo del recurrente. Tásese.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

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

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La presente providencia no la suscribe el Magistrado doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss, por cuanto no participó en su discusión y aprobación por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana
Secretario

CONFLICTO DE ATRIBUCION/COMPETENCIA PRIVATIVA/PROCESO LIQUIDATORIO/COMPETENCIA TERRITORIAL

1). De manera privativa es competente para conocer de los procesos liquidatorios a que se refiere el inciso 3o. del art. 19 de la Ley 35 de 1993, el juez del domicilio del deudor, aserto que excluye la aplicación de cualquier otra regla de distribución de competencia.

2). Justificación de la alocución "liquidación de operaciones" del infractor y alcance del vocablo "liquidación forzada", a que se refiere el precitado artículo.
F. F.: Ley 35 de 1993 Art.: 19 Numral.: 3; C. de P.C. Art.: 23 Numeral.: 13; C. de Co. Art.: 1941.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil — Santafé de Bogotá, Distrito Capital, veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Dr. Héctor Marín Naranjo*

Rad. Expediente 5168 Auto No. 295

Decide la Corte el conflicto de atribuciones suscitado entre el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, dentro del trámite liquidatorio de la sociedad INTERMEDIARIOS Y ASESORES DE SEGUROS LIMITADA — INTERYASEGUROS LTDA.".

Antecedentes:

1. Mediante la resolución No. 828 del 4 de mayo de 1994 el Superintendente de seguros que de manera ilegal venía desarrollando la sociedad INTERMEDIARIOS Y ASESORES DE SEGUROS —INTERYASEGUROS LTDA.—, e igualmente, la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente para cuyo efecto, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 19 de la ley 35 de 1993, colocó a disposición del Juzgado Civil del Circuito de esta ciudad, los negocios, bienes y haberes de la susodicha sociedad.

2. El Juzgado Décimo Civil del Circuito, despacho al cual le fue adjudicado el asunto en el respectivo repartimiento, no sin antes ordenar la recaudación de algunos documentos e informes que estimó pertinentes, mediante providencia de julio 11 del año en curso, se abstuvo de aprender el conocimiento del asunto.

Luego de transcribir lo previsto en los artículos 19 de la ley 35 de 1993, en lo del caso, y el numeral 1o. del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, adujo el mencionado funcionario que surgía la duda sobre si "la liquidación de operaciones" a que se refiere la primera norma transcrita debe hacerse como en proceso autónomo o si a ellas (sic.) se aplican los procedimientos de la quiebra. Tal diferencia es puntual, agrega, porque de ser sólo lo primero, para que exista inmediación, incumbe al juez del lugar donde se realizaron las operaciones, es decir, en Girardot para este caso. En el segundo evento, según el Código de Comercio, corresponde conocer del proceso de quiebra al juez del domicilio del deudor.

Con miras a desentrañar la ambigüedad que descubre, afirma que se trata de un proceso de índole concursal que debe garantizar la participación de todos los contrastes de las operaciones ilegalmente realizadas, garantía que cree se satisface si de la cuestión conoce el Juez Civil del Circuito de Girardot porque allí se realizaron tales actividades y por la agencia de la sociedad en esa ciudad, que es lo que se debe liquidar y no la sociedad.

3. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, despacho al cual le fue adjudicado el expediente remitido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, declaró igualmente su incompetencia para conocer del asunto, argumentando que el Superintendente Bancario dispu-

so la disolución de la referida sociedad y la liquidación de sus operaciones irregulares, lo cual debe hacerse mediante un trámite universal que debe adelantarse ante el juez del circuito del domicilio del deudor, según las reglas del Código de Comercio sobre la quiebra, las cuales son aplicables por remisión expresa de la ley 35 de 1993.

Conforme al certificado de la Cámara de Comercio, el domicilio principal de la sociedad es la ciudad capital, razón por la cual es el juez de este lugar el competente. Además, prosigue, no es que la sociedad tenga dos domicilios, sino que algunas de sus operaciones las realizó en Girardot, donde tiene establecida una agencia y frente a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 23, prevalece el numeral 6o. del mismo precepto, porque lo que está de por medio es la disolución y liquidación de la sociedad.

De no ser así, deberían adelantarse procesos separados en Melgar, Flandes y Espinal, localidades todas estas donde la empresa realizó actividades ilícitas.

En consecuencia, ordena la remisión del expediente a esta Corporación a la cual estimó competente para resolver el conflicto de competencia así planteado.

4. Finalmente, la Superintendente delegada para Seguros y capitalización allegó previamente al envió del expediente, un escrito mediante el cual le solicita a la mencionada Juez Segunda Civil del Circuito de Girardot que asuma el conocimiento de la causa atendiendo, además del criterio del otro funcionario, lo dispuesto por el artículo 46 del decreto 2651 de 1991, de acuerdo con el cual tiene competencia para conocer de los procesos contra una sociedad el juez del domicilio de su representante legal.

Consideraciones:

1. Dispone el artículo 19 de la ley 35 de 1993 que "... La liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas carentes de autorización para desarrollar actividades exclusivas de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se adelantaran conforme a los procedimientos establecidos en el Título segundo del libro Sexto del Código de Comercio. Para este efecto, la Superintendencia Bancaria o el Fondo de garantías de Instituciones Financieras, según el caso, deberán

dar traslado inmediato al Juez competente de los negocios, bienes y haberes de la persona intervenida...".

Esto es, que las normas que gobiernan el trámite del proceso de quiebra, previstas en el estatuto de los comerciantes, son las llamadas a regular el procedimiento concursal a que se alude en la norma en comento, reglamento que en lo concerniente con la determinación del juez competente para conocer del mismo, en su artículo 1941 dispone: "Es competente de modo privativo para conocer del proceso de quiebra el juez civil del circuito que corresponda al domicilio del deudor", precepto que se enlaza de manera coherente con lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.

Subsecuentemente, debe inferirse que de manera privativa es competente para conocer de los procesos liquidatorios a que se refiere el citado inciso tercero del artículo 19 de la ley 35 de 1993, el juez del domicilio del deudor, aserto que excluye la aplicación de cualquier otra regla de distribución de competencia.

2. De otro lado, si bien el texto legal se refiere a la "liquidación de operaciones" del infractor, no puede afirmarse que el ejercicio de esta acción no implica la liquidación de la sociedad, cuando uno de estos entes es el transgresor, ensayando para tal efecto una distinción conceptual inexistente.

En verdad, el que el legislador adopte la aludida denominación tiene su justificación en que la alocución "liquidación forzosa" ostenta una peculiar significación dentro del sistema del derecho financiero, como quiera que alude al proceso concursal y universal "que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad" (art. 293 del Decreto 663 de 1993), operaciones que llevan, pues, a la extinción de la persona jurídica sometida a tal régimen. Empero como la actividad ilegal puede ser desarrollada también por personas naturales, resulta obvio inferir que no podía utilizarse el término "liquidación forzosa" al supuesto factual previsto en el inciso tercero del artículo 19 de la ley 35 de 1993, amén de que carecen de la autorización de la Superintendencia Bancaria.

Mas en tratándose de una sociedad infractora, sin vacilación alguna debe concluirse que la liquidación de operaciones prevista en el texto cita-

do acarrea la disolución y extinción del ente societario, no de la agencia, en razón de que esta última, por consistir meramente en un establecimiento de la empresa, carece de personería, atributo del cual, por el contrario, es titular el ente societario, consecuencia que se acompasa con lo dispuesto en los artículos 218 numeral 4o. y 1945 numeral 3o. del Código de Comercio.

3. Así las cosas, corresponde al Juzgado Décimo Civil del Circuito de esta ciudad aprehender el conocimiento de este asunto, razón por la cual se le remitirá el expediente.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, RESUELVE: Es el Juzgado 10 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá el competente para seguir conociendo del trámite liquidatorio de la sociedad INTERMEDIARIOS Y ASESORES DE SEGUROS LIMITADA –INTERYASEGUROS LTDA. ".

Envíesele la actuación y ofíciese al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot (Cundinamarca), informándole esta decisión.

Notifíquese

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

TECNICA DE CASACION-Yuxtaposición de Argumentos / CASACION-Cargos

1). La Casación es una impugnación extraordinaria que supone necesariamente un planteamiento concreto y preciso, a lo que se opone precisamente la yuxtaposición de argumentos no solo diferentes sino encontrados.

2). En el presente caso, los cargos son contradictorios ente sí, cuestión que es inaceptable formular bajo la preceptiva de la parte inicial del num. 4 del art. 51 del decreto 2651 de 1991.
F. F.: DECRETO Num.: 2651 Año: 1991 Art.: 51

INTERPRETACION CONTRACTUAL / AUTONOMIA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA /ERROR DE HECHO

Siendo la interpretación de los contratos cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que el Tribunal haga no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia.
Igual sentido: CXLII, p. 219

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Directa e Indirecta

La violación de la ley sustancial puede producirse de dos modos; por vía directa o por vía indirecta. ¿Cuándo se infringe la ley por cada una de estas vías?
Igual sentido: CVIII, p. 56.
F. F.: C. de P.C. Art.: 368 Numral.: 1

MEDIO NUEVO

Inadmisibilidad de los medios nuevos en casación.
Igual sentido: LXXXIII, num. 2169, p. 76

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil — Santafé de Bogotá, treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Expediente No. 4216 Sentencia No. 118

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 30 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Rodrigo Hénao Garcés contra María Lillyam Naranjo de Londoño.

I. Antecedentes

1. En la demanda que dio paso al proceso se solicitó declarar la resolución de la compraventa celebrada entre las partes respecto del establecimiento comercial denominado Licores La 70, ubicado en la carrera 70 No. C1-35, ordenándose inscribir la sentencia estimativa en el competente folio de la Cámara de Comercio y oficiando a la autoridad correspondiente para que en la licencia de funcionamiento se anote el nombre del demandante como propietario. Pidióse asimismo la restitución del establecimiento y que la demanda sea condenada a pagar los frutos civiles producidos durante el tiempo que estuvo en su poder, así como al pago de los perjuicios sufridos por el actor en razón del incumplimiento contractual de aquella.

2. El demandante apuntala sus pretensiones en los hechos que pasa la Corte a recapitular:

a. Por el contrato de marras, celebrado por documento privado de 24 de octubre de 1988, el demandante vendió a la demandada el susodicho establecimiento comercial, venta que se hizo "en bloque, como unidad de explotación económica", por valor de $4.512.800.oo, de los cuales recibió

el vendedor 3.600.000.oo y el saldo debía cancelarse así: $300.000.oo, el 7 de noviembre de 1988; otro tanto, el 21 del mismo mes y $312.800.oo el 5 de diciembre de 1988.

b. El vendedor entregó aquel mismo día el establecimiento, por lo que la compradora comenzó a explotarlo económicamente desde entonces, y cumplió, además, con "traditarlo con el correspondiente registro en la Cámara de Comercio", en donde ella figura como propietaria.

La compradora, en cambio, incumplió la obligación de pagar las dos últimas cuotas premencionadas; y, ante los requerimientos del vendedor, se negó argumentando incumplimiento por parte del demandante.

3. A las pretensiones se opuso la demandada, arguyendo que "el vendedor nunca gestionó ante el arrendador el cambio de arrendatario. De igual manera estando el teléfono o número telefónico correspondiente al establecimiento comercial dentro de la negociación, él tampoco realizó las diligencias necesarias para efectuar el traspaso a nombre de la compradora, y el mismo se encuentra a nombre del señor Rodrigo Henao G. (...) nunca gestionó ante las autoridades competentes el registro del contrato, ni el pago del impuesto de timbre, ni el traspaso de la licencia de funcionamiento del establecimiento, ni el registro del contrato con el fin de obtener el cambio de propietario ante la Cámara de Comercio, estando obligado a ello de acuerdo a la cláusula quinta del contrato de compraventa"; gestiones todas que ella misma tuvo que realizar, dado el incumplimiento del vendedor a 15 de noviembre de 1988.

Con tal fundamento propuso la excepción del contrato no cumplido.

Al propio tiempo demandó en reconvención para que se declare que el actor está obligado a cumplir el contrato, y a pagarle $1.000.000.oo de la cláusula penal, o, en su defecto, el valor de los perjuicios causados con su incumplimiento. Fácticamente se apoyó en los hechos premencionados, particularmente aquellos que señalan al vendedor como incumplido en el contrato, razón por la cual —agrega— se abstuvo ella de cancelar el saldo.

Rodrigo se opuso a dichas súplicas, pues —dice— cumplió con las obligaciones comerciales a su cargo; añadió que "Las partes no pactaron en documento de compraventa a cargo de quién correrían los gastos de traspa-

so (...) razón por la cual se atiene a lo previsto en la ley o en la costumbre mercantil, sobre los costos que puedan correr a su cargo (...) y si debe reconocer suma alguna por ellos, está presto a cancelarlos o a que le sean deducidas (sic)...".

Expresó que el diligenciamiento de la compradora "subsanó cualquier pequeño contratiempo surgido durante la ejecución del contrato, en otros términos al inscribir la venta, sanció cualquier presunto incumplimiento de su vendedor, sobre todo los referentes a minucias formales relacionadas con el hecho de que si era él o ella quien debía filiarse ante la Cámara de Comercio para que hicieran la inscripción, la cual a la postre resultó efectiva; lo dicho respecto de la inscripción ante la Cámara de Comercio para que hicieran la inscripción, la cual a la postre resultó efectiva; lo dicho respecto de la inscripción ante la Cámara de Comercio se predica con referencia al traspaso de la licencia funcionamiento".

Excepcionó expresamente alegando inexistencia de las obligaciones reclamadas, cumplimiento de las obligaciones de parte del vendedor e inexistencia de la mora pretendida.

4. La primera instancia culminó con sentencia de 6 de diciembre de 1991, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado de Medellín, en la que desechó la excepción de contrato no cumplido formulada por María Lillyam; acogió la resolución contractual; condenó a la demandada a restituir el establecimiento de comercio; ordenó oficiar, para lo pertinente, a la Cámara de Comercio y a la Secretaría de Gobierno Municipal; condenó a la demandante a pagar al actor $17.280.000.oo por concepto de "justa retribución por el uso de la cosa, restitución de los frutos, cláusula penal, indemnización de perjuicios"; condenó a Rodrigo a pagar la suma de 6.201.000.oo en favor de María Lillyam; reconoció, de oficio, la compensación de las sumas recíprocamente debidas, por lo que la demanda únicamente pagará al actor la cantidad de $11.079.000.ooo; y, finalmente, desestimó las pretensiones de la demanda de reconvención.

5. En virtud de la apelación interpuesta por la demanda, el Tribunal Superior de Medellín revocó la decisión mediante su sentencia de 30 de abril de 1992, excepto en cuanto confirmó la desestimación de las súplicas de la demanda de reconvención. A cambio de aquello, declaró probada la excepción de contrato no cumplido y denegó las pretensiones de la demanda principal.

6. El actor interpuso el recurso de casación que ahora se apresta la Corte a decidir.

II. La sentencia del Tribunal

Una vez resumió la cuestión litigiosa y determinó la convergencia de las condiciones para proferir sentencia de mérito, incursionó genéricamente al tema de la resolución de los contratos bilaterales, para luego sí examinar su viabilidad en la ocurrencia de autos. En desarrollo de esta labor, al indagar por el presupuesto alusivo al cumplimiento del actor, enfatizó que éste debió, amén de entregar el establecimiento, "cancelar el impuesto de timbre del contrato de compraventa, el registro del mismo en la Cámara de Comercio, para obtener el cambio de propietario, gestionar ante la Secretaría de Gobierno Municipal de Medellín, la nueva patente de funcionamiento", para lo cual tenía plazo, según la cláusula quinta del contrato, hasta el 15 de noviembre de 1988".

Mas, "en vista de que el vendedor ninguna diligencia adelantó, correspondió entonces, a la compradora tomar la iniciativa tendiente a legalizar la negociación para que figurara el establecimiento comercial a nombre suyo".

Fue así como ante dicho incumplimiento "procedió a satisfacer estos requisitos la compradora", como se aprecia de los documentos allegados, así: el impuesto de timbre fue pagado pro Martha Lillyam el 16 de noviembre de 1988; dos días después se hizo ella registrar en la Cámara de Comercio como propietaria del establecimiento; y la licencia de funcionamiento a nombre de ella está calendada el 24 de enero de 1989".

En un acápite que denominó "El incumplimiento del demandado", expresó que "Evidentemente, tal como lo confiesa la parte demandada no ha cancelado la segunda cuota por la suma de $300.000.oo ni la tercera cuota por la suma de $312.800.oo y que correspondía pagar el 21 de noviembre de 1988 y 5 de diciembre de 1988". Explicó, entonces, que como la demandada alegó, para no pagar esas cuotas, la excepción de contrato no cumplido, "hallándose acreditada ésta, está llamada a prosperar".

Y más adelante, ya de cara las pretensiones de la demanda de reconvención, simplemente añadió que "si ambas partes incurrieron en mora, no prospera ni la demanda principal, ni la demanda de reconvención".

III. La demanda de casación

Dos cargos se proponen, ambos con apoyo en la primera causal de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Primer cargo

Repróchase la violación de los artículos 870 y 947 del Código de Comercio, por falta de aplicación, a causa de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

El impugnante comienza por decir que está indiscutido que la compradora recibió el establecimiento comercial, y que se abstuvo de pagar las dos últimas cuotas del precio. Pero que el Tribunal fundamentó la sentencia desestimativa en que, a su juicio, el vendedor debía cumplir las otras obligaciones que mencionó en su fallo, frente a lo cual asegura el censor que "puede afirmarse que este no observó que en la cláusula quinta, ni en otra, no se alude a pago de impuesto alguno, o a gestiones específicas ante la Secretaría de Gobierno Municipal de Medellín". En tal cláusula simplemente se pactó que el vendedor "traspasa los derechos contemplados en el CODIGO DE COMERCIO para efectos de protección del arrendamiento comercial, de modo que garantice el normal funcionamiento del negocio en las circunstancias actuales. Así mismo comunicará a la Cámara de Comercio de Medellín, la venta, objeto de este contrato y tramitará el traspaso de la licencia de funcionamiento a la COMPRADORA"; como se ve, el "Tribunal incluyó en el contrato expresiones que no constan en su texto. Sobre el impuesto de timbre nada se estipuló; tampoco se alude en él a gestiones ante la Secretaría del Gobierno Municipal de Medellín. Por consiguiente, ninguna obligación al respecto podía exigirle al vendedor".

Pasó por alto el sentenciador que la compradora recibió el establecimiento y continuó funcionando normalmente, y que ella "pudo efectuar", para lo cual no estaba inhabilitada, el diligenciamiento previsto en la quinta cláusula, "con lo que ésta fue modificada por acuerdo tácito de las partes, liberando la compradora al vendedor de esas cargas contractuales accidentales, de modo que ya nada podía exigirle al vendedor, y no obstante continuó reteniendo el resto del precio, sin causa alguna que justifique su conducta".

Y a poco de allí señaló que en esas condiciones "la omisión del vendedor fue inane, pues ya había cumplido con su obligación principal, en actitud constrastante con la de la compradora que no lo hizo frente a la suya, cual es pagar el precio.

Yerra el Tribunal al inapreciar que la cláusula en cuestión contempló un plazo para que el vendedor realizara los actos allí mencionados, "por lo que debía interpretarse que vencido dicho plazo la compradora quedaba facultada para efectuarlos directamente, como ciertamente sucedió"; y a esto sumó el yerro, también evidente, de no caer en la cuenta que de ese modo la compradora "estaba ratificando el contrato y convalidaba la omisión que le impura el vendedor"; estaba ella persistiendo en el contrato, pero reteniendo la parte del precio insoluto. "No vio el ad-quem que para la fecha de presentación de la demanda, el demandante no estaba sujeto a ninguna obligación contractual y, por el contrario, la demandada, aún al responder la demanda, persistía en su incumplimiento, no obsuante que ya no podía exigirle conducta alguna o cumplimiento a aquel".

Consideraciones

1. Como es de fácil apreciación, la controversia que plantea el cargo gira en torno a saber si en verdad, como lo sostiene el Tribunal, el demandante incumplió con las obligaciones comprendidas en la transcrita cláusula quinta del contrato.

Pero en la refutación del casacionista se adopta una posición ambivalente, que es a todas luces improcedentes en casación; y es así porque, de una parte, se alega que como la compradora realizó los actos correspondientes a dichas obligaciones, débese entender que esa cláusula quedó modificada por acuerdo tácito de las partes; y, de otra, se aduce que con ella ratificó la compradora el convenio y convalidó la omisión que le imputa el vendedor.

En el punto, lo uno o lo otro, pero no ambas cosas a la vez, dado que son alegaciones irreconciliables. En efecto, o la cláusula se modificó, evento en el cual ninguna de tales obligaciones quedó definitivamente a cargo del vendedor; o, pesando ellas sobre los hombros de éste, la compradora decidió cumplirlas de su parte y "convalidó" el contrato, dejando sin efecto la omisión del vendedor. El primer supuesto, como es natural, no supone para nada incumplimiento alguno del vendedor, pues si la cláusula se

modificó hay que entender como si tales obligaciones nunca fueron vinculantes para él; el segundo, en cambio, tiene que arrancar indefectiblemente del incumplimiento inicial del vendedor; sólo que se le quiere despojar de los efectos jurídicos que le son propios, en razón del diligenciamiento que la compradora adelantó, porque en sentir el recurrente así convalidó el contrato.

Como si fuera poco, sugiere el casacionista que, tal como ésta redactada la susodicha cláusula, en la que se pactó un plazo para que el vendedor cumpliera, debe interpretarse que si a esa fecha no lo hubiere hecho éste, la compradora quedaba facultada para hacerlo directamente, como en efecto sucedió. Como se ve, con está redactada la susodicha cláusula, en la que se pactó un plazo para que el vendedor cumpliera, debe interpretarse que si a esa fecha no lo hubiere hecho éste, la compradora quedaba facultada para hacerlo directamente, como en efecto sucedió. Como se ve, con esta nueva hipótesis preténdese desdoblar la obligación así: que se pactó que hasta el fenecimiento del plazo la prestación estaba a su cargo; pero que hay que entender que a partir de allí la compradora estaba facultada para hacerlo; o sea que ya no se trataba aquí de que el comportamiento a posteriori de la compradora modificó tácitamente la cláusula, como lo indica en una de las anteriores eventualidades, sino que, la genuina interpretación de la cláusula pone en evidencia que fue una cuestión prevista desde la celebración misma del contrato.

Las cuales cosas, todas amalgamadas como se dijo dentro de un mismo cargo, chocan con la técnica de casación, porque, es indispensable recordarlo una vez más, se trata de una impugnación extraordinaria que supone necesariamente un planteamiento concreto y preciso, a lo que se opone precisamente la yuxtaposición de argumentos no solo diferentes sino encontrados, toda vez que a la Corte le está vedado entrar a estudiar todas las hipótesis sugeridas para ver de establecer cuál tendría éxito, en una tarea que es propia de las instancias pero completamente ajena al recurso dicho; y menos aún puede elegir entre todas ellas una o varias y dedicarse exclusivamente a su análisis.

2. Mas, cualquiera que sea el criterio que se asuma para encarar el estudio del cargo, el caso es que su planteamiento está edificado sobre la base de la interpretación de tal cláusula, y sugiere una diversa de la del Tribunal.

Como se recuerda, el sentenciador estableció que siendo obligaciones a cargo del vendedor, para cuyo cumplimiento tenía un plazo, extinguido éste sin que hubiera realizado las prestaciones correspondientes, ha de concluirse que se trata de un contratante incumplido y por eso mismo inhabilitado para pedir la resolución del contrato; situación que a su juicio no se altera porque luego haya hecho la compradora tal deligenciamiento.

En ese orden de ideas, cumple decir que el casacionista no hace sino anteponer su criterio al del Tribunal; y, por demás, en forma escueta, vale decir, sin aducir elementos que, teniendo la suficiente fuerza de convicción, estén dirigidos a poner en evidencia el error que le achaca al Tribunal, demostrando concretamente que su interpretación hiere la lógica. Porque el éxito de la casación en la causal planteada, depende, no de que se formule una interpretación diferente de la del sentenciador, ni siquiera cuando se logra con un perfil mucho más aceptable, sino de comprobar que la exégesis del tribunal es total y estruendosamente equivocada, manera única de entender qué es lo que quiso decir la ley en el punto al exigir que el yerro sea manifiesto, protuberante, amén de trascendente. De suerte que si esto no ocurre, el casacionista no pasa de entrar a disputarle al sentenciador la facultad que a este compete de desentrañar el verdadero sentido y alcance de los contratos, en un proceder que es de suyo exiguo en casación para debelar la sentencia impugnada.

Sobre el particular ha dicho en infinidad de veces la Corte:

"Pero siendo la interpretación de los contratos cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que el Tribunal haga no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia" (CXLII, p. 219).

3. Todavía cabe añadir que el Tribunal no solo no desacertó protuberantemente, sino que justamente se atuvo a la objetividad de la cláusula, como que allí aparecen pactados tanto las obligaciones a cargo del vendedor, como el plazo dentro del cual podía cumplirlos válidamente, aseveración que no se diluye por la discutibilidad que pudiera ofrecerse en relación con el pago de cuestiones fiscales, porque esto apenas sí es una arista de la acusación.

Y así definidas las cosas, es forzoso destacar, como efecto de todo ello, que en el orden de cumplimiento convenido, primero debía hacerlo el vendedor, como que el plazo suyo venció, como desde atrás se dijo, el 15 de noviembre de 1988.

Y pretender que su conducta anticontractual desaparezca con solo arguir que otro lo hizo por él, así se trate del cocontratante, es una aspiración a un premio muy alto; tesis semejante entraña la afirmación de que al comprador más le hubiera valido no actuar como lo hizo, y seguir padeciendo estoicamente los perjuicios causados por el incumplimiento de vendedor, so pena de purificar la conducta de éste.

No se abre paso, pues, el cargo.

Segundo caso

Por éste se denuncia la transgresión, por falta de aplicación, de los artículos 1602 y 1930 del Código Civil y 822 del Código de Comercio, debida a la comisión de errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas.

Su desarrollo comienza por poner de presente que de acuerdo con la anotada preceptiva, la jurisprudencia ha elaborado la teoría del mutuo disenso como causa que disuelve los contratos, fenómeno que en su sentir se da en el sub-júdice, pues dice:

"...es evidente que la compradora incumplió con la obligación de pagar las dos últimas cuotas del precio convenido, o lo que es lo mismo, incumplió el pago del precio. Así está demostrado en el proceso tanto con la respuesta dada en la demanda como al interrogatorio de parte. Esta actitud es inequívoca de no cumplir con el contrato.

"El demandante, por su parte, según lo sostenido por la demandada, y tal como está acreditado en el proceso, no efectuó oportunamente las diligencias tendientes a la inscripción de la compradora en la Cámara de Comercio y el traspaso de la licencia de funcionamiento del establecimiento de comercio, como lo imponía la cláusula quinta del contrato de compraventa".

Así estaban los contratantes "exteriorizando su mutuo disenso para el aniquilamiento o disolución del vínculo contractual". Y, sin embargo, el

Tribunal no apreció las pruebas pertinentes: contestación de la demanda, interrogatorio rendido por ambas partes, y fechas del registro en la Cámara de Comercio de la compradora como nueva propietaria del establecimiento comercial y del otorgamiento de la licencia de funcionamiento a su nombre por la autoridad municipal, que constan en los documentos aportados al expediente.

Entonces, si el sentenciador de segundo grado hubiera examinado correctamente los hechos de la demanda y la constestación, así como las repuestas dadas en los interrogatorios de parte, habría entendido que se estaba frente al mutuo disenso tácito del contrato, al haber desatendido ambos contratantes las obligaciones a su cargo impuestas en el contrato y, como consecuencia habría ordenado su disolución o resolución".

Consideraciones

1. En este cargo se parte ya de la premisa de que tanto el demandante como la demandada fueron incumplidos, cosa que contradice abiertamente el que viene de estudiarse, pues allí jamás se admitió que el actor careciese del derecho de resolución por incumplimiento de su parte, y, por el contrario, anduvo decidido a sostener como única incumplida a la compradora.

De ello no se sigue sino que los cargos son contradictorios entre sí, cuestión que es inaceptable formular bajo la preceptiva de la parte inicial del numeral 4 del artículo 51 del decreto 2651 de 1991, en donde se dispuso que "No son admisibles cargos que por su contenido sean entre sí incompatibles...".

2. Al lado de ello se encuentra que el cargo padece de otra dolencia técnica, que se traduce en que si el Tribunal aceptó que ambos contratantes incurrieron en mora, pues así lo dijo explícitamente al final de su fallo y fue esa precisamente la razón por la que a la postre desestimó tanto las pretensiones de la demanda principal como las de la de reconvención, que, como se rememora, persiguen en su orden la resolución y la ejecución contractual, fenómeno que halló estructurado al analizar las obligaciones que cada uno dejó de cumplir, si ello es así, repítese, no se entiende por qué la violación de la ley sustancial se denuncia por la vía indirecta. Puesto que si lo que el recurrente reprocha es el no haberse decretado el mutuo disenso tácito, justamente en razón del incumplimiento recípro-

co de los contratantes, es patente que en la base fáctica y probatoria no expresa disconformidad alguna entre su posición y la del Tribunal, lo que es propio de la vía directa.

Efectivamente, ante tal marco de cosas, la discusión se centraría en que el Tribunal no dedujo, de se preciso hecho demostrado (mora bilateral) el mutuo disenso tácito que cree ver el recurrente, vale decir, que es una disputa, no respecto de los hechos y las pruebas, sino de la consecuencia jurídica a extractar de allí.

Y porque tales dos vías son distintas y hasta opuestas, es por lo que es inadmisible refundirlas en casación. En efecto, háse dicho: " La causal primera de casación surge siempre del quebrando de la ley sntancial. La violación puede producirse de dos modos: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe la ley por vía directa cuando, sin consideración a las pruebas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada. La infracción de la ley se produce por vía indirecta cuando no se la aplica o cuando se la aplica en forma indebida como resultado o consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de las pruebas". (CVIII, p. 56).

Por manera que si recurrente y sentenciador ven de una misma manera, y por eso coinciden en el punto, el haz probatorio del proceso tenido en cuenta para proferirse el fallo, es equivocado denunciar la transgresión de la ley sustancial por la vía indirecta, porque precisamente ello constituye el marco propio de la vía directa. Equivocación que no desaparece por el hecho de que el recurrente denuncie de cualquier manera yerros de tipo fáctico y probatorio, pero que no pasan de la apariencia porque en el fondo no plantean inarmonía alguna con el juzgador.

3. Pero aunque se admitiera que la vía indirecta está bien formulada, igual seguiría sin éxito el recurso, como quiera que el actor estaría echando mano, a última hora, de un supuesto fáctico que jamás alegó, cual es el del incumplimiento, no sólo de la demanda como siempre lo sostuvo, sino también de su parte, alterando así los mojones de la causa petendi con la que se abrió el juicio. Cuestión que brilla al ojo, desde luego que él siempre partió del cumplimiento suyo, en razón de lo cual, precisamente, persiguió la resolución contractual, que no el mutuo disenso.

La casación, sábese, es renuente a que se la utilice para irrumpir con hechos que no conoció el proceso, por no haber sido invocados, háblase, en efecto, de la inadmisibilidad de los medios nuevos en casación, a los que se ha referido esta Corporación, así:

"Cuando los cargos hechos en casación tienden a que el litigio se solucione mediante el estudio de extremos absolutamente distintos a los que fueron básicos de la demanda, tales extremos constituyen medios nuevos, y, por lo tanto, son inadmisibles en casación" (XLIII, pág. 370); entre otros motivos porque se violaría el derecho de defensa "permitir que se involucren hechos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si los hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa" (LXXXIII, num. 2169, p. 76).

Tales deficiencias no permiten estudiar el fondo del cargo, adviniendo impróspero por ello solo

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 30 de abril de 1992 por el tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo del demandante-recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Pedro Lafont Pianetta, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss (en permiso), *Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero y Rafael Romero Sierra*

PARTICION / NULIDAD SUSTANCIAL / SOCIEDAD CONYUGAL

Si bien es cierto que las particiones se asimilan a los contratos para efectos de su nulidad o rescisión y se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de estos, también lo es que la causa que invoca el demandante para pedir la nulidad de la partición, cual es adjudicar en ella a uno de los coasignatarios bienes que no pertenecen a la sociedad conyugal, no lo autoriza para demandar su nulidad, porque la ley no contempla esa circunstancia como violatoria de la prohibición contenida en el art. 3 de la Ley 28 de 1932, ni como causa para invalidar la partición, además de que la ley les brinda otros caminos distintos de la nulidad de la partición para hacer valer sus derechos.

Igual sentido: Sent. de 10 de octubre de 1947, LXIII, 57.

F. F.: C.C.: Art.: 1495, 1740, 1742, 1852, 1523, 1503, 2335; LEY Num.: 28 Año: 1932 Art.: 3.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Expediente No. 4165 *Sentencia No 119*

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ordinario de Alvaro Rodríguez Díaz contra Marlene Montoya de Rodríguez.

I. Antecedentes

1. Pidió el actor, mediante la demanda correspondiente, que se declare la "nulidad absoluta" de la liquidación, partición y adjudicación que de la sociedad conyugal realizaron las partes mediante escritura pública número 2468 de 20 de septiembre de 1984, de la Notaría Primera de Ibagué, por contener contrato relativo a inmuebles entre cónyuges sancionado así por el art. 3o. de la ley 28 de 1932, pues allí se distribuyeron bienes *propios* de ellos"; por lo que, en consecuencia, se debe efectuar una nueva "liquidación, partición y adjudicación del haber de la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio, entre los cónyuges mencionados, sin que en ella puedan incluir bienes de los llamados 'propios'".

También como consecuencia de la mentada nulidad, expresamente se deprecó que "los bienes que fueron materia de división y mientras se hace el nuevo trabajo partitivo, deben volver al cónyuge en cuya cabeza estaba originariamente el título de propiedad".

En subsidio se recabó la "nulidad absoluta" de la partición de gananciales contenida en el supradicho acto escriturario, "en cuanto por ella se distribuyeron (...) bienes que no eran sociales, sino propios, quebrantando así la prohibición del art. 3o. de la ley 28 de 1932", la que debe rehacerse; "que entre tanto los bienes vuelvan al respectivo cónyuge en cuya cabeza originariamente estaba el título de propiedad". Y que se ordene la cancelación del registro de la escritura aludida, en lo referente a los inmuebles afectados con tal acto.

2. Los supuestos fácticos de tales pretensiones, así se resumen:

a. Alvaro Rodríguez Díaz y Marlene Montoya Carvajal contrajeron matrimonio en Ibagué el 25 de mayo de 1971, sin capitulaciones matrimoniales, fecha para la cual aquél era dueño de los inmuebles relacionados en los numerales 1 a 5 del tercer hecho de la demanda, así como de los muebles que a continuación mencionó; respecto de los primeros, por tanto, siguieron siendo propios, y en relación con los segundos se precican las recompensas.

Marlene, en cambio, no aportó bienes al matrimonio, ni muebles ni inmuebles.

Ya dentro del matrimonio se adquirieron los bienes especificados en el hecho quinto de la demanda.

b. La susodicha sociedad conyugal se disolvió mediante sentencia de separación de bienes, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué el 9 de septiembre de 1980, la que "quedó ejecutoriada el 10 de septiembre de 1980 y fue inscrita en el Libro de Registro civil de matrimonio, fol. 431, año 1979 de la Notaría Primera de Ibagué". Y su liquidación sólo vino a producirse el 20 de septiembre de 1984 mediante escritura pública número 2468 de la Notaría Primera de Ibagué, corrida de común acuerdo por los cónyuges.

c. "En la liquidación de la sociedad conyugal mencionada, los cónyuges incurrieron en NULIDAD ABSOLUTA al disponer de común acuerdo que parte de los gananciales del marido se pagaban con tres inmuebles *propios* de la mujer y uno más *propio* del marido, bienes que no eran sociales, y que, por tanto, no eran materia de distribución y que, de otra parte no podían ser traspasados por un cónyuge al otro sin violar la prohibición que existe relativa a contratos de disposición de inmuebles entre personas casadas entre sí (art. 3o. Ley 23 (sic) de 1932)". Inmuebles esos que fueron adquiridos entre el 21 de abril de 1981 y 4 de junio de 1983, "después de estar en firme el decreto judicial de separación de bienes", y que aparecen especificados en las letras a, b, c y d del undécimo hecho de la demanda.

Fue un error del profesional que elaboró la minuta, el haberlos tenido por sociales; y a ello sumó el haber omitido relacionar como pasivo el precio de venta de los lotes resultantes de la parcelación de los inmuebles propios que el demandante aportó al matrimonio, así como del de los bienes inmuebles que también aportó. "Estos valores debieron enlistarse como recompensa en favor del cónyuge aportante".

d. La liquidación fue hecha diariamente por los cónyuges; y si entre ellos se convino que al marido se le pagase los gananciales con bienes no sociales, particularmente con tres inmuebles propios de la demanda, ahí se violó la Ley 28 de 1932 (artículo 3o.) que declara nulos absolutamente los contratos entre cónyuges sobre inmuebles; y si, de otra parte, se le acabó de pagar sus gananciales con un bien propio suyo, también hay nulidad porque el artículo 1872 del Código Civil dice que no vale la compra de cosa propia.

La facultad de partir de común acuerdo entre los cónyuges, no va hasta poder "traspasar de la cabeza del uno a la cabeza del otro, bienes de los llamados "propios" de los que no tienen el carácter de gananciales", pues es cosa prohibida por la mencionada ley.

3. La demandada se opuso a las pretensiones; negó que se hubieren distribuido bienes propios, "porque con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia que declaró disuelta la sociedad conyugal los cónyuges siguieron laborando conjuntamente y por esta razón los bienes que adquirieron pertenecen o pertenecieron a la comunidad por ellos formada. Esa fue la razón para que los bienes adquiridos con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia también hubieren sido objeto de división".

Formuló la excepción de mérito que denominó "carencia de acción", dado que los cónyuges "podían disponer libremente de sus bienes en la liquidación de la sociedad conyugal".

4. La primera instancia culminó con sentencia que el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia dictó el 31 de octubre de 1991, estimativa de las pretensiones que principalmente fueron solicitadas. Pero apelada que fue, se revocó por el Tribunal Superior de Ibagué; en su lugar dispuso negar las pretensiones.

II. La sentencia del Tribunal

Después del consabido recuento de la cuestión litigada, apunta que la sociedad conyugal de las partes contendientes se disolvió mediante sentencia de 9 de septiembre de 1980, lo cual conlleva la existencia de una comunidad de bienes "pertenecientes a la sociedad, no exclusivamente a ninguno de los cónyuges quedando por tanto en vía de liquidación como etapa concluyente de ese estado para consolidar el dominio de lo que le corresponde a cada uno".

Paso seguido, poniendo como advertencia que la nulidad retrotrae las cosas al estado anterior, estimó "que la petición consecuencial que trae el libelo derivado de la principal, o sea de la nulidad de liquidación amigable de la sociedad conyugal y que se relaciona con la entrega o devolución de los bienes directamente al cónyuge en cuya cabeza estaba originariamente el título de propiedad y no a la sociedad conyugal como es lo jurídico, es

abiertamente improcedente y constitutiva de falta de legitimación en la causa por activa, como quiera que los bienes vuelven es a la sociedad conyugal y no a cabeza de cada cónyuge".

Y reiteró:

"De ahí que, quien demanda una nulidad como la que ocupa la atención de la Sala, debe pedir para la sociedad conyugal y no para el cónyuge en cuya cabeza estaba originariamente el título de propiedad del bien".

Y como la carencia de legitimación en la causa genera sentencia desestimatoria, cuestión en la que no detuvo su análisis el *a-quo*, decidió revocar la sentencia apelada, para, en su lugar, denegar las pretensiones.

III. La demanda de casación

Tres cargos han sido formulados contra la sentencia precedentemente resumida, edificados con apoyo en la causal primera de casación, que contempla el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte despachará en forma conjunta, por las razones que en su momento se expondrán.

Primer cargo

Se acusa la transgresión directa de los artículos 6, 16, 180, 1523, 1740, 1741, 1746, 1774, 1781, 1783, 1792, 1795, 1797 y 1826 del Código Civil, 2 de la Ley 50 de 1936, 25 de la Ley 1a. de 1976, 3 y 4 de la Ley 28 de 1932, 16 del Decreto 2820 de 1974, todos por falta de aplicación.

Explica el recurrente que así estuviese mal formulada, como lo cree el Tribunal, la pretensión de nulidad de la escritura por la que los cónyuges dividieron los bienes, e incluso en ausencia de dicha súplica, "era deber del Tribunal DECLARAR LA NULIDAD, confirmando en tal caso la decisión del *a-quo*", en acatamiento de la preceptiva del artículo 2 de la ley 50 de 1936, por tratarse de una nulidad absoluta, declarable de oficio en cuanto que aparece de manifiesto en dicho acto escriturario, éste celebrado entre las partes de este proceso. Lo primero porque, sin duda alguna, el régimen de bienes en el matrimonio, es algo que está gobernado por normas imperativas, de orden público, "frente a las cuales los particulares nada pueden hacer, fuera de observarlas".

El artículo 3o. de la Ley 28 de 1932, desconocido por el Tribunal, "es una norma que a la vez que marca un aspecto del régimen de los bienes de la sociedad conyugal, contiene también un precepto favorable a los intereses de todos los asociados, al impedir los negocios jurídicos entre cónyuges, que podrían perjudicar a aquellos, burlar sus derechos"; trátase, pues, de una norma de orden público familiar, de aquellas "que protegen los intereses de la comunidad nacional". Resultaron igualmente desconocidas las disposiciones que reglamentan los bienes sociales "y precisan cuáles son éstos", así como las que se refieren a los bienes propios de los cónyuges, todas las cuales son imperativas.

La nulidad absoluta se inspira en la noción de nulidad sanción, y por eso se manda que pueda declararse de oficio, "sin importar que el demandante haya redactado mal su súplica, y aún a pesar de que *no hubiera pedido la nulidad*"; total, se trata de una cuestión que no requiere petición de parte.

De manera que el Tribunal de Ibagué ha debido declarar la nulidad del contrato plasmado en la mentada escritura, decretando, también de oficio, "que los bienes volvieran a la comunidad o universalidad que se formó a partir de la disolución de la sociedad conyugal RODRIGUEZ-MONTOYA. Aquí tenía que hacer abstracción de la súplica de la demanda, bien o mal formulada, porque la declaración de nulidad es oficiosa y las directrices que como consecuencia debe impartir el fallador son también de oficio, con mayor razón".

Reitera a continuación que el sentenciador tenía que ordenar "QUE LOS BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES DEBERIAN VOLVER AL PATRIMONIO RESPECTIVO"; jamás podían volver a la comunidad formada por la disolución de la sociedad conyugal, "pues nunca fueron de ella". Desde este punto de vista, el juzgador incurrió en la confusión de creer que el demandante estaba reivindicando bienes sociales, siendo que estaba era pidiendo la vuelta de las cosas al estado anterior, para rehacer la liquidación "en forma legal, ya que la primera liquidación quebrantó normas imperativas".

Anota que las súplicas fueron muy claras, pidiéndose simplemente que al rehacer la partición "no se incluyan bienes propios de los cónyuges". Recuerda, de otro lado, que el primer obligado en reordenar los actos jurídicos ilegales es el juzgador.

Segundo cargo

Denúnciase el quebranto indirecto, por inaplicación, de los artículos 6, 16, 180, 203 —modificado por el 16 del decreto 2820 de 1974—, 1523, 1740, 1741, 1746, 1774, 1781, 1783, 1792, 1795, 1797, 1820 —modificado por el 25 de la ley 1a. de 1976— y 1826 del Código Civil, 3 y 4 de la ley 28 de 1932. Lo que se produjo a causa de haber cometido el Tribunal los yerros fácticos que el casacionista individualiza así:

a) No apreció la sentencia de separación de bienes, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué el 9 de septiembre de 1980, por la que se disolvió la sociedad conyugal, ni el registro civil de matrimonio en que de ella se tomó nota.

b) Tampoco apreció las partidas cuarta, novena, décima primera y décima segunda contenidas en la escritura pública 2468 de 20 de septiembre de 1984 de la Notaría Primera de Ibagué, "por medio de las cuales se incluyen en el inventario del activo de la sociedad conyugal RODRIGUEZ MONTOYA que se liquida por medio de tal escritura, *bienes que no son sociales*, que no pertenecen a la sociedad conyugal sino al cónyuge ALVARO RODRIGUEZ DIAZ, el de la partida 4, y a MARLENE MONTOYA DE RODRIGUEZ los otros tres inmuebles (los de las partidas 9, 11 y 12), con todos los cuales inmuebles se paga al primero de los mencionados sus gananciales". Tales bienes fueron debidamente especificados por el demandante, con mención de los títulos de adquisición, denotando que éstos tuvieron ocurrencia desde el año 1981 en adelante.

c) Inapreció la cláusula tercera del mismo acto escriturario, en la que se hizo constar que Alvaro Rodríguez tenía numerosos bienes propios al contraer nupcias, así como pasó por alto su declaración de renta del año 1970, que refleja los inmuebles que él poseía para la época.

d) No contempló las diversas escrituras públicas por las que el demandante adquirió inmuebles antes del matrimonio, los cuales especifica igualmente. Ni vio las demás escrituras que allí mismo relacionó el demandante, y sus correspondientes certificados de registro, alusivas "a los diversos negocios llevados a cabo por los cónyuges RODRIGUEZ MONTOYA durante el matrimonio, adquisiciones que sí tienen el carácter de bienes sociales, únicos que son susceptibles de liquidación y adjudicación".

e) "Erró de hecho el Tribunal debido a la equivocada apreciación de las súplicas de la demanda (fl. 139 v. Cd. 1), en las que en realidad se pide es la refacción de la liquidación de la sociedad conyugal, una vez constatada la nulidad en que se incurrió, y se insiste en que en la nueva partición no se adjudiquen a ninguno de los cónyuges bienes propios del otro. Después de pedir la nulidad de la Escritura 2468 dice la súplica: 'Que, consecuencialmente DEBE PROCEDERSE A UNA NUEVA LIQUIDACION, PARTICION Y ADJUDICACION DEL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL... sin que en ella puedan incluirse bienes de los llamados PROPIOS'".

f) No se percató de que en la liquidación combatida se omitió hacer las recompensas debidas al cónyuge demandante.

g) Dejó de ver el interrogatorio de parte que absolvió la demandada, "-varias de cuyas respuestas contribuyen a ratificar que la liquidación de la sociedad conyugal se llevó a cabo con quebranto de las reglas legales que rigen tal acto, por cuanto hubo simulación en la relación de deudas y en el traspaso de bienes".

Al cabo de todo lo cual señala el impugnante que ese elenco de yerros llevaron al tribunal a infringir las normas que menciona; pues, es su sentir, de no haberlos cometido "habría advertido que la liquidación y partición sub-lite no se ajustan al régimen establecido por la ley para la sociedad conyugal y que, por el contrario, quebrantan además un precepto imperativo como es el que prohíbe los negocios jurídicos y el traspaso de bienes entre cónyuges (art. 3o., ley 28 de 1932)"; la irregularidad consistió en "que los gananciales del cónyuge se pararon con un bien propio suyo y con otros tres inmuebles propios de la cónyuge demandada. Lo que a todas luces indica que hubo transferencia de inmuebles de uno de los cónyuges al otro, vulnerándose la normatividad legal respectiva, lo que configura nulidad absoluta".

Como es indudable que aquellos bienes, tanto el adquirido por el actor como los que adquirió la demandada, lo fueron después de disuelta la sociedad conyugal, son bienes propios; no podía entonces dárseles el tratamiento de sociales, porque se quebrantan las normas del régimen de bienes en el matrimonio.

Así debió declararse en la sentencia combatida; y, sin embargo, "El análisis artificioso que hace el Tribunal lo lleva a omitir, en primer lugar, su

deber de declarar de oficio la nulidad, y al mismo tiempo a desviar ad arbitrium, la cuestión". Aclara en el punto que los efectos de la nulidad son retroactivos, "el acto se borra de la vida jurídica desde la fecha de su celebración, las cosas vuelven al *statu quo ante*"; de donde las súplicas de la demanda aquí incoada, "razonablemente entendidas, sólo buscan el retorno de las cosas al estado anterior y a la consiguiente refacción de la liquidación de la sociedad conyugal en forma legal, sin incluír ni adjudicar esta vez bienes propios de los cónyuges".

De manera, pues, que aquí la retroactividad de la nulidad tiene un doble aspecto, para hacer que vuelvan los bienes sociales al mismo estado en que se encontraban, a la *sociedad ilíquida*, al tiempo que los bienes propios de cada cónyuge, "los adquiridos después de la disolución de la sociedad conyugal no podrían volver sino al patrimonio del cónyuge respectivo —al estado anterior— y no al haber social. Esos no fueron ni podrían ser bienes sociales, por reglamentación legal".

Cosa que no captó el sentenciador, porque los yerros denunciados le hicieron pensar "que la finalidad de la demanda era la de obtener 'LA ENTREGA O DEVOLUCION DE LOS BIENES' sociales a cada cónyuge, al que figurare como titular (fl. 36 Cd. 3). Falsa concepción la del Tribunal pues la demanda no deja inferir esa aspiración en el ánimo del actor. La intención y finalidad de la demanda son muy claras: que al volver las cosas al estado anterior —en virtud del decreto de nulidad— la sociedad volviera a quedar ILIQUIDADA, como se encontraba, pues las cosas vuelven al estado anterior por ministerio de la ley. Después de lo cual, implora la demanda, 'debe procederse a una nueva liquidación, partición y adjudicación del haber de la sociedad conyugal... sin que en ella puedan incluír bienes de los llamados propios".

Por lo demás lo inherente a los efectos retroactivos de la nulidad, corresponde ordenarlo al juzgador; en el *sub-lite* disponer lo relacionado con los bienes sociales propios. "Era deber del juzgador *ad-quem*, después de sostener la nulidad decretada por el inferior, que es procedente aún de oficio, imprimir a tal nulidad sus efectos naturales y obvios, de acuerdo con la técnica de esta institución".

Pasó entonces a denotar que la sutileza del fallador de segundo grado está basada en un argumento equivocado, pues se pregunta el recurrente:

"Uno de los cónyuges no estará legitimado para demandar la nulidad de la liquidación de la sociedad conyugal?". A lo que responde: "Claro que lo está: él pidió la nulidad de la liquidación y partición que lo perjudican, y tal nulidad existe DE MANTENIMIENTO...".

Sostuvo a continuación:

"La declaración de tal nulidad se impone para hacer efectiva la sanción legal; y la declaración de esa nulidad en el caso presente conduce a REHACER la liquidación y partición de los bienes sociales, ajustadas al régimen legal correspondiente, que incluya las recompensas que se deben por ley y que descarte la transferencia de bienes propios de uno de los cónyuges al otro. Y que, también como consecuencia de los efectos retroactivos de la nulidad —connaturales a esta institución— restituya al patrimonio de cada uno de los cónyuges los bienes que son propios de ellos y que por lo tanto no tienen por qué entrar en la liquidación de los bienes sociales".

Tercer cargo

Aquí se hace notar la vulneración indirecta de las mismas normas sustanciales indicadas en los anteriores cargos, a consecuencia de los errores de derecho cometidos por el sentenciador, quien violó las reglas probatorias de los artículos 175, 187, 194, 195, 202 "y siguientes", 251, 252, 258, 262 y 264 del Código de Procedimiento Civil.

El Tribunal le desconoció mérito probatorio a los siguientes documentos: registro civil de matrimonio; sentencia de separación de bienes de los cónyuges en conflicto; escritura pública liquidatoria de la sociedad conyugal de los mismos, particularmente de las partidas 4, 9, 11 y 12 allí contenidas, en virtud de las cuales "se pagaron los gananciales del demandante con el bien propio de él y con tres inmuebles PROPIOS de la demandada, no sociales ni susceptibles de liquidación"; las escrituras públicas por medio de las cuales los cónyuges adquirieron los anteriores bienes propios; las escrituras públicas y los correspondientes certificados de registro, por las que los cónyuges adquirieron los bienes que sí son sociales; las respuestas que en el interrogatorio de parte dio la demandada, reseñadas como las 4, 5, 11 y 12, "que demuestran una vez más la forma irregular como se hizo la liquidación de la sociedad conyugal"; el petitum de la demanda, que interpretado en forma razonada muestra que lo que se pidió es que se reha-

ga la liquidación "en forma legal", y no la entrega de los bienes, como lo entendió el Tribunal.

De la escritura liquidatoria también se desprende que a Alvaro Rodríguez no se le reconocen las recompensas "a que por ley tiene derecho", no obstante que en la cláusula 3a. se dejó constancia que él tenía varios bienes propios antes de contraer nupcias: de lo cual se sigue, a juicio del impugnador, que el Tribunal le restó mérito probatorio a las escrituras públicas por las que vino a adquirir dichos bienes, así como la declaración de renta del mismo correspondiente al año 1970.

Si el juzgador hubiera tenido en cuenta todos esos elementos probatorios, "habría decretado (aun de oficio como era su deber) la nulidad absoluta de la escritura 2468 de 1984. O, lo que es lo mismo, habría confirmado la providencia que declaró la nulidad", porque con ellos se demuestra objetivamente que ésta se configuró, por cuanto se quebrantaron normas superiores (artículos 3o., Ley 28 de 1932 y 2o. de la Ley 50 de 1936), "con quebranto al mismo tiempo de las reglas que gobiernan todo lo relacionado con los bienes de la sociedad conyugal y con su liquidación. Normas que por su naturaleza son también imperativas".

Consideraciones

De conformidad con los términos de la demanda introductoria del proceso, resulta diáfano que las pretensiones del actor persiguen incuestionablemente la declaración de nulidad absoluta "... de la liquidación, partición o adjudicación de la sociedad conyugal Rodríguez-Montoya..." contenida en la escritura No. 2468 de 20 de septiembre de 1984 de la Notaría Primera de Ibagué, o de la "...partición de gananciales..." de la precitada sociedad conyugal, recogida en el mencionado instrumento notarial, en el primer caso "... por contener contrato relativo a inmuebles entre cónyuges sancionado así por el art. 3o. de la ley 28 de 1932, pues allí se distribuyeron bienes propios *de ellos", y en el segundo, por "...cuanto (...) se distribuyeron (...) bienes que no eran sociales, sino propios, quebrantando así la prohibición del artículo 3o. de la ley 28 de 1932".*

2. Así definido el ámbito de las pretensiones del demandante e identificado el fundamento aducido para estructurarlas, estima la Sala que antes de abordar el examen de cada uno de los cargos que integran la censura,

resulta pertinente sentar algunas precisiones de carácter legal, doctrinal y jurisprudencial en relación con los varios aspectos jurídicos que involucra la controversia planteada en el proceso, pues sin duda alguna ellas servirán de marco para dilucidar la procedencia o improcedencia de aquellas solicitudes y, de contera, para determinar el éxito o el fracaso de la gestión impugnaticia extraordinaria propuesta por el actor.

3. Para tal efecto deviene oportuno observar que, de conformidad con la regulación legal imperante en materia de nulidades sustanciales, dicha causa de invalidación puede predicar tanto del "acto" como del "contrato", según se establece del contenido del artículo 1740 del Código Civil, en virtud del cual "Es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según la especie y la calidad o estado de las partes", precepto cuyo radio de acción amplía el artículo 1742 ibidem, *al estatuir que también es causa de nulidad, en estos casos con el carácter de absoluta, el hecho de tener el acto o contrato "objeto o causa ilícita", cuando advierte que "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas", preceptiva que armoniza con lo dispuesto en los artículos 1521 y 1523* ejusdem, *el último de los cuales prescribe que "Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes".*

De manera que dentro de los diversos actos jurídicos que pueden ser invalidados por la nulidad, se encuentran en primer término y por fuera de toda discusión, el contrato, es decir, el "...acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones, en cuya formación necesariamente deben concurrir dos partes contratantes, pues es imposible concebirlo como el acto de una sola persona (C.C. art. 1495)" (Sent. de 10 de octubre de 1947, LXIII, 57), celebrado en la forma contemplada en el artículo 1602 del Código Civil, pues allí se prevé que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", entre las que se cuenta, desde luego, la nulidad, al tenor de los ordenamientos antes citados; y en segundo lugar, el "acto", o sea, todos los demás negocios jurídicos voluntarios, sean éstos convenciones o declaraciones unilaterales de voluntad, aunque si bien es cierto que no es dable aplicarle a las diversas convenciones que

no son contratos la regla de la nulidad por analogía, ello es posible debido a las variadas disposiciones legales en las cuales se preceptúa que la omisión de un determinado requisito acarrea la nulidad del acto, como acontece con la tradición, cuya validez depende del cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 742 a 745 del Código Civil, o la ausencia de error sobre los aspectos contemplados en los artículos 746 y 747 idem.

4. También resulta conducente precisar que los artículos 1852 del Código Civil y 3o. de la ley 28 de 1932 consagran apenas una incapacidad especial de los cónyuges para celebrar contratos, en el primer caso, en relación con los de compraventa, y en el segundo, con todos los que versen sobre bienes inmuebles, salvo el de mandato general o especial, cuyo desconocimiento ciertamente acarrea nulidad absoluta, como el mismo precepto lo advierte, lo cual es obvio en virtud de que se trata de la celebración de contratos prohibidos por la ley, según lo impera el artículo 1523 de la codificación civil.

Por consiguiente, la prohibición contenida en aquellos preceptos constituye una excepción que, por lo mismo, solo debe aplicarse a los casos expresamente determinados en ellos, pues el artículo 1503 del Código Civil declara capaces a todos los que la ley no declara incapaces, y en estos casos, la ley solo ha declarado incapaces a los cónyuges para celebrar, entre sí, única y exclusivamente los contratos relacionados en esos preceptos.

5. Surge asimismo conveniente puntualizar que la partición de bienes, en general, entendida como "la separación, división y repartimiento que se hace de la cosa común, entre las personas a quienes pertenece" (Luis Claro Solar, Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado - Tomo XVII, pág. 53), aunque tiene fundamento contractual no la trata la ley como contrato, sino como convención o acto jurídico bilateral, ya que para el perfeccionamiento de la partición es necesaria la intervención de dos o más personas con intención de producir efectos jurídicos, como reza la definición usual de tales actos, tratamiento que comparte la doctrina nacional al señar que "la partición, en verdad, participa del carácter de los contratos, en cuanto el consentimiento de los partícipes confluye a un resultado jurídico que les crea obligaciones, pero además de ese carácter tiene, como cosa mucho más importante, la naturaleza especial de ser un

medio para terminar una comunidad, y este punto de vista le confiere cierto matiz de orden público..." (Hernando Carrizosa Pardo. Las Sucesiones. Tercera edición, pág. 492), distingo que encuentra su punto culminante en la redacción del artículo 1405 de la codificación civil, en virtud del cual "las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos", puesto que si las particiones fueran contratos, opina la doctrina chilena, "... no habría sido necesario expresar en una disposición (...) que están sujetas a las acciones indicadas de nulidad y rescisión; y además, no se habría tenido que hacer la referencia comparativa que se hace a los contratos, sino que se habría limitado a expresar que "las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los demás contratos", con lo que la disposición de dicho artículo habría sido simplemente enunciativa de tales causas de extinción..." (Claro Solar, Tomo XVII, pág. 254).

De manera que al decir el artículo 1405 del Código Civil que "las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos" establece que las particiones pueden ser dejadas sin efecto tanto por vicios de que pueda adolecer el consentimiento prestado en ella por los partícipes, que dan lugar a la rescisión del acto, como por la declaración de nulidad absoluta que proviene de la omisión de requisitos escogidos por la ley para su perfeccionamiento o validez en razón de la naturaleza misma del acto y sin consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

6. Finalmente, cabe destacar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 1a. de 1976, mediante el cual se modificó el artículo 1820 del Código Civil, la sociedad conyugal también se disuelve "por mútuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales de la sociedad conyugal", a pesar de lo cual "...los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal".

7. Tales precisiones, proyectadas sobre el caso sub-júdice, *arrojan suficiente luz para perfilar la improcedencia de la declaración de invalidez absoluta que reclama el demandante respecto de la liquidación de la sociedad conyugal realizada por mútuo acuerdo entre los cónyuges Alvaro Rodríguez Díaz y Marlene Montoya Carvajal, recogida en la escritura No.*

2468 de 20 de septiembre de 1984 de la Notaría 1a. de Ibagué, por haberse distribuido y adjudicado como sociales, bienes propios de los cónyuges, quebrantando así la prohibición contenida en el artículo 3o. de la ley 28 de 1932, por las razones que a continuación van a expresarse:

a. En primer lugar, la prohibición contemplada en el precitado artículo 3o. de la ley 28 de 1932 sólo afecta la capacidad de los cónyuges para celebrar, entre sí, contratos *relacionados con bienes inmuebles, y ya se vio que la partición no es un acto jurídico que pueda calificarse como tal, sino como una convención destinada fundamentalmente a liquidar una comunidad de bienes, como la que se forma una vez disuelta la sociedad conyugal, razón por la cual tal acto no puede ciertamente resultar inválido al amparo de dicha restricción, que como tal, solamente puede predicarse enfrente de contratos de la índole allí prevista, celebrados entre personas que ostentan, entre sí, la condición de cónyuges.*

b. En segundo lugar, las reglas de la nulidad de los contratos no es posible aplicarlas por analogía a los demás actos jurídicos que no respondan a esa categoría, por cuanto respecto de ellos es posible su invalidación en la medida en que un precepto legal identifique el vicio que acarrea su nulidad, condición que no concurre en el presente caso, en primer lugar, porque como ya se dijo, el artículo 3o. de la ley 28 de 1932 está destinado a invalidar los contratos celebrados por los cónyuges entre sí, respecto de bienes inmuebles, con la salvedad preanotada, y en segundo lugar, porque ningún precepto legal tipifica como vicio capaz de invalidar la partición, la inclusión de bienes propios en la liquidación y adjudicación de la sociedad conyugal, a menos que esa indebida inclusión obedezca a vicios que puedan invalidar el consentimiento, pero en tal caso la nulidad devendría, no por quebranto del precitado artículo 3o. de la Ley 28 de 1932, sino por un vicio general invalidante de los contratos, aplicable por remisión del artículo 1405 del Código Civil a las particiones, que según ya se vio, no ha sido alegada en el proceso.

c. En tercer lugar, la inclusión de bienes propios de los cónyuges en la liquidación y adjudicación de la sociedad conyugal, como ya se dijo, no puede considerarse como un acto violatorio de lo dispuesto en el artículo 3o. de la ley 28 de 1932, por cuanto allí no hay contrato de compraventa alguna de bienes inmuebles entre los cónyuges, de un lado, porque se trata de un acto jurídico encaminado a extinguir una comunidad de bienes, y de

otro, porque en virtud del carácter declarativo y del efecto retroactivo de la partición, que por mandato del artículo 2335 del Código Civil se extiende a la comunidad ordinaria, y por tanto, a todo evento de partición, sea cualquiera la fuente de que dimana la comunidad, incluída la sociedad conyugal una vez disuelta, no es acto atributivo del dominio de los bienes que allí se adjudican, al punto de que pudiera considerarse, como lo propone el recurrente, que la distribución de los bienes propios de cada uno de los cónyuges en la liquidación de la sociedad conyugal supone verdaderos contratos de compraventa de inmuebles que infringen el artículo 3o. de la ley 28 de 1932.

d. Finalmente, los cónyuges disponen de otras acciones para recuperar los bienes propios incluídos indebidamente en una partición de bienes sociales, similares a las que tienen los herederos para excluir que no pertenecen o la masa herencial.

En resumen: si bien es cierto que las particiones se asimilan a los contratos para efectos de su nulidad o rescisión y se anulan y rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de estos, también lo es que la causa que invoca el demandante para pedir la nulidad de la partición, cual es adjudicar en ella a uno de los coasignatarios bienes que no pertenecen a la sociedad conyugal, no lo autoriza para demandar su nulidad, porque la ley no contempla esa circunstancia como violatoria de la prohibición contenida en el artículo 3o. de la ley 28 de 1932, ni como causa para invalidar la partición, además de que la ley les brinda otros caminos distintos de la nulidad de la partición para hacer valer sus derechos.

8. Por consiguiente, si lo precedentemente expuesto determina la improsperidad de las pretensiones deducidas por el demandante, resulta estéril todo estudio encaminado a verificar la fundamentación de los cargos, pues aún en el evento de que alguno de ellos resultara exitoso, carecería de trascendencia, por cuanto no se podría despachar favorablemente la gestión del actor.

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 13 de julio de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Condénase al demandante-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 (En permiso), Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra

EXCEPCION DE MERITO / CONGRUENCIA CON LAS EXCEPCIONES

Las excepciones de mérito únicamente son materia de proveimiento cuando el fallo acoge total o parcialmente las pretensiones del actor, pues en caso contrario, la ausencia de cualquiera de las condiciones de la pretensión deducida de la demanda basta para absolver al demandado, ya que la pretensión debe analizarse antes de las excepciones.
Igual sentido: XLVII, 616.

CASACION - Sustentación / PRINCIPIO DE LA INFORMALIDAD / CASACION - Cargos

1) A pesar d cla marcada tendencia encaminada a imprimirle al escrito sustentatorio del recurso extraordinario de casación el principio de la informalidad, no hay duda que aún permanecen vigentes en la elaboración de tal libelo reglas de carácter jurídico y técnico que no es posible desatender sin correr el riesgo de inexorable fracaso en la gestión impugnatoria.

2) Qué cargo puede ser de recibo en casación?

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*,

Ref: Exp. No. 4224 Sentencia No. 120

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de julio de 1992, proferida por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle) en este proceso ordinario promovido por Miguel y Nicolás Plaza Albán, Angela y Nelly Plaza Vernaza, Ernesto Vernaza, Carmen Tulia Plaza Prado, José Nicolás Plaza Prado, Nancy Navia de Lucumí, Yebrail Albán y Mircya Cardona de Jimeno, en calidad de herederos de Nicolás Plaza, contra el Banco de Bogotá, -Sucursal Carrera octava (8a) de Cali (Valle).

I- antecedentes

1). Los precitados demandantes convocaron a proceso ordinario de mayor cuantía al Banco de Bogotá, -sucursal carrera octava- de la ciudad de Cali, para que, con citación y audiencia de su representante legal, se declarase "... La ineficacia, o inexistencia, o nulidad, de la cláusula tercera de los certificados de depósito a término fijo...", distinguidos con los siguientes números: a) 75538, por $ 1.000.000.oo. expedido el 10 de enero de 1981 y, vencimiento el 10 de enero de 1982; b) 75564,, por S 1.000.000.oo, expedido el 21 de enero de 1981 y, vencimiento el 21 de enero de 1982; c) 75576, por S 500.000.oo, expedido el 29 de enero de 1981 y, vencimiento el 29 de enero de 1982; y d) 102915, por $ 1.000.000.oo, expedido el 11 de junio de 1981 y, vencimiento el 11 de junio de 1982; se declarase "... la responsabilidad civil contractual contra el Banco de Bogotá -sucursal carrera octava de esta ciudad por cuanto celebraron un contrato de certificado de depósito a término fijo, especificados en el numeral anterior, con el causante Nicolás Plaza, sin tener en cuenta las disposiciones legales vigentes para estos C.D.T., al momento de suscribir el contrato y ha perjudicado enormemente a sus herederos"; se condenase, por consiguiente, a la entidad bancaria demandada, a pagarles los siguientes rubros: a) "Los intereses legales mínimos exigidos por la Superintendencia Bancaria o la Junta Monetaria, para los C.D.T. desde el día de su vencimiento..., hasta cuando el Banco efectúe el pago del capital y un (1) año de intereses..., de acuerdo a la (sic) partición aprobada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad"; intereses sobre intereses a partir de la fecha de vencimiento de cada uno de los C.D.T..., facultado en el artículo 886 del C. de Co., por cuanto para el año de 1982 en adelante, los intereses se acumularán al capital inicialmente depositado"; "... intereses moratorios causados desde el día en que el Banco pagó... el capital de cada uno de los C.D.T... y un (1) año de intereses, hasta cuando el Banco sea condenado al pago total de la obligación, facultado en el artículo 884 del C. de Co."; "... la corrección monetaria de $ 3.500.000.oo, los cuales constan en los certificados de depósito a térmi-

no fijo, desde el año de 1992, hasta cuando se efectúe el pago por parte del Banco"; "... perjuicios ocasionados..., por no pagar oportunamente los intereses de $ 3.500.000.oo (...) desde cuando se venció cada uno de los C.D.T., hasta cuando se efectúe el pago de la obligación por parte del Banco".

2) Los actores relataron como supuestos fácticos de la causa *petendi* los siguientes hechos:

a) Que Nicolás Plaza contrató con el Banco de Bogotá -sucursal carrera octava- de Cali, el depósito a término fijo de $ 3.500.000.oo en los meses de enero y junio de 1981, razón por la cual la aludida sucursal bancaria le expendió, en las fechas indicadas, los certificados de depósito a término cuanto la fecha de la expedición fue en los meses de enero y junio de 1981"; que, "... en ningún momento la Superintendencia Bancaria, ni la Junta Monetaria ha (sic) prohibido la renovación de los C.D.T.; por el contrario la filosofía, interés, lógica e idea principal de los C.D.T., es que se prorroguen por un término igual al inicialmente pactado y por excelencia son remunerados de acuerdo al art. 1395 del C. de Co."

b) Que el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, mediante sentencia de 23 de febrero de 1987, "... aprobó la partición de todos los bienes que le correspondían a los herederos, entre ellos los C.D.T. que se ha referenciado en los hechos de la demanda"; que, "... a mediados de los meses de abril y mayo de 1987, el Banco entregó la suma de $ 3.500.000, (...) y un (1) año de intereses correspondientes a los C.D.T..."; cuando de acuerdo con la resolución No. 10 de 1980, artículo 1o., parágrafo único, la entidad bancaria demandada "debió cancelar todos los intereses causados desde 1982"; que, mediante escritura No. 1441 de 2 de mayo de 1988 de la Notaría 8a. de Cali, se protocolizó la sucesión de los causantes Nicolás Plaza y Sara Albán de Plaza".

3) La empresa bancaria demandada, se opuso rotundamente al despacho favorable de las peticiones deducidas por los demandantes; respecto de los hechos, aceptó algunos, como los relativos a la celebración del mencionado contrato, a la expedición de los CDTs, a la existencia de la cláusula tercera, en cuanto a la ausencia de prohibición en relación con el pago de intereses al vencimiento de los CDTs, pero agregó que "... tampoco dispone que se paguen intereses a partir del vencimiento del plazo

del certificado, pues en este evento, el depósito será a la vista y dejará de devengar intereses como se estipula en el reglamento y como lo acepta la demanda en el hecho séptimo", y al pago del capital depositado y los intereses de un año; dijo no constarle otros, y, de los restantes solicitó pruebas.

Propuso, además de las excepciones previas, que le fueron despachadas adversamente, excepciones de fondo, bajo la denominación de "cobro de lo no debido", fundada básicamente en que, sin desconocer el ordenamiento legal que rige la emisión de tales certificados "... nada se opone a que las partes hubiesen consagrado que a partir de dicho vencimiento el depósito será a la vista y dejará de devengar intereses, atendiendo al hecho de que el estatuto mercantil no trae previsión alguna acerca de la situación en que quedan las parte después del vencimiento del plazo pactado y menos que aún a partir de ese momento se devenguen intereses y se tenga derecho a la renovación del certificado de depósito"; "prorrogabilidad y onerosidad como elementos de la naturaleza del contrato de depósito a término", consistente en que tales elementos no son de la esencia del contrato de depósito a término fijo, sino de su naturaleza, "... lo que permite a las partes estipular expresamente que el contrato sea gratuito; igual situación ocurre con la posibilidad del término estipulado, pues por el hecho de no tener prórroga automática el contrato, no deja de ser depósito para convertirse en otro contrato ni se convierte en un negocio inexistente, así pues nada se opone a que las parte en ejercicio de la autonomía de la voluntad hubieran pactado, como lo hicieron, que al finalizar el término del depósito ese se volvería a la vista y por tanto dejaría de ser remunerado"; "la nulidad por objeto ilícito cuando éste es conocido por las partes no da lugar a repetir lo pagado", apoyada fundamentalmente en el contenido del artículo 1525 del Código Civil; y, la "genérica", resultante de cualquier otro que la acredite.

4) Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia concluyó con sentencia de 1o. de octubre de 1991, parcialmente favorable a las pretensiones de los demandantes; y la segunda, abierta en virtud del recurso de alzada interpuesto por las partes, se clausuró con fallo de 22 de julio de 1992, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, revocó la sentencia apelada y, en su lugar, absolvió a la firma comercial demandada de la totalidad de los cargos contenidos en la demanda que originó el proceso.

5) Contra esta última determinación los demandantes interpusieron recurso de casación, impugnación que por encontrarse debidamente sustanciada pasa a decidirse por la corte.

II - la sentencia impugnada y sus fundamentos

Superado el recuento de los antecedentes del litigio, comprendido el trámite del proceso en la primera instancia, el Tribunal acomete el examen de la cuestión litigiosa, comenzando por precisar que, si bien en las peticiones de la demanda se solicita la ineficacia, o inexistencia, o nulidad de la cláusula tercera del contrato de depósito a término fijo que consta en los certificados expedidos por el Banco demandado a Nicolás Plaza , y ninguna de tales figuras se dibuja en los hechos, "... donde sólo se dice que la aludida cláusula es ineficaz y nula en virtud de lo consagrado por los artículos 897 y 894-1 del C. de Co., que se refieren específicamente a tales fenómenos (hecho 9), estima pertinente analizar los tres fenómenos jurídicos que cita en las peticiones la parte demandante.

Así las cosas, el *ad quem*, luego de reproducir el contenido del artículo 897 del Código de Comercio y de exponer el criterio doctrinal en torno de dicho precepto, desecha la posibilidad de que la cuestionada cláusula del contrato de depósito sea ineficaz, por cuanto ". . ni el parágrafo transcrito ni otra disposición de la resolución citada, mencionan por parte alguna que cualquier estipulación que contraríe lo allí expresado, se tendrá por no escrito o como manifestación que no produce efecto alguno. En consecuencia, la pretendida ineficacia, por ese aspecto, no tendría razón de ser. Además, debe recordarse que ella se produce de pleno derecho, sin decisión judicial, lo que indica que en el hipotético caso de haberse presentado, no sería motivo de fallo", destino que igualmente predica para la petición de inexistencia, por cuanto, luego de copiar el contenido del artículo 898 del Código de Comercio y de transcribir el criterio jurisprudencial sobre el particular, puntualiza que "... lo primero que se debe tener en cuenta es que la inexistencia deprecada no tiene que ver con los certificados de depósito a término mencionados en la demanda, sino con la cláusula tercera que aparece en ellos, en virtud de la cual "A partir del vencimiento del plazo del certificado, el depósito será a la vista y dejará de devengar intereses". De esa manera, los requisitos esenciales que consagra el artículo 1º de la resolución # 10 de 1980, de la Junta Monetaria, para la eficacia de los certificados de depósito a término o para que frente a la ley se puedan tener como

tales, no es preciso considerarlos por la razón expuesta, lo que, desde luego, no impide afirmar que para la expedición de los traídos al proceso se observaron tales requisitos, comoquiera que son nominativos, de libre negociación, de plazo no inferior a tres meses e irredimibles antes de su vencimiento"; agrega que "... la mencionada cláusula, que fue el fruto de la voluntad o intención de las partes, no se halla sometida a disposición alguna que exija para su formación determinada solemnidad o elementos esenciales, por lo menos en ninguna de las normas de la resolución mencionada se establece exigencia de esa naturaleza. Por tanto la cláusula cuestionada no se puede declarar inexistente".

Finalmente, en frente de la solicitud de nulidad de la mencionada cláusula tercera, el sentenciador de segundo grado recuerda, tras reproducir el texto del artículo 899 del Código de Comercio y de transcribir algunos fragmentos de la sentencia de 4 de marzo de 1988, que la parte actora pretende que la discutida cláusula tercera que figura en los certificados de depósito a término, en virtud de la cual "A partir del vencimiento del plazo del certificado, el depósito será a la vista y dejará de devengar intereses" es nula porque es contraria a la norma que enuncia el parágrafo del artículo 1o. de la Resolución No. 10 de 1980, de la Junta Monetaria ya transcrito, puntualiza que "... para saber si es posible predicar la nulidad que se considera, es necesario establecer si la norma que se pretende violada es imperativa", para cuyo efecto, sienta las siguientes reflexiones:

"En el artículo 1o. de la mencionada resolución se enumeran cuatro requisitos que son esenciales para emitir certificados de depósito a término. Según ellos tales documentos deben ser: a) Nominativos; b) de libre negociación; c) De plazo no inferior a tres meses, y d) irredimibles antes de su vencimiento. Esta disposición no hay duda que es imperativa no sólo porque con ella se regulan los actos jurídicos que tocan con el orden público económico, sino porque en ninguna parte le concedió espacio a la libre voluntad de los participantes para modificar tales requisitos.

"Con todo, el parágrafo del mismo artículo no presenta las mismas características que se dejaron anotadas en el anterior párrafo. En efecto, dice esta norma que: "Los certificados de depósito a término" que no se rediman a su vencimiento, se entienden prorrogados por un término igual al inicialmente pactado. De la norma se desprende, sin discusión alguna, que la prórroga sólo se produce cuando el título no se redime a su vencimiento, o sea cuando las

partes guardan silencio sobre el pago del importe del certificado por parte del Banco al tenedor del mismo. En concreto, la norma sólo despliega su eficacia cuando falta la voluntad específica de las partes sobre la devolución del dinero que dice el certificado, es decir, cuando no se redime el mismo. Por tanto, dicha norma no es imperativa sino supletoria.

"Cabe señalar que es cierto que durante el plazo, que no puede ser menor de tres meses, las partes no están facultadas para convenir su reducción, por lo menos para que sea inferior a los tres meses que consagra la norma, ni pueden hacerlo redimible antes de tal plazo, aun cuando algunos doctrinantes consideran que es factible hacerlo con la pérdida de los intereses pactados, pero hasta allí es imperativa la disposición, por consiguiente todo lo concerniente con la forma de redimir el certificado a su vencimiento es del resorte de la voluntad de las partes, quienes no están imposibilitadas por tal precepto ni por otro para estipular desde su emisión la forma como al momento de su vencimiento se redimirá. En consecuencia, la pretendida nulidad absoluta no aparece en el caso que se considera, pues es el mismo parágrafo el que le da valor a la voluntad de las partes para redimir el certificado.

"Viene, entonces, como consecuencia de todo lo expuesto que los puntos 1, 2, 3 y 7 de la parte resolutiva, cuestionados por la parte demandada por medio de la apelación, debe revocarse". Agrega el Tribunal que es preciso resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte actora, para lo cual expresa que "... basta manifestar que al ser revocadas las declaraciones principales de la sentencia y especialmente la relativa a la nulidad absoluta, las consecuenciales relacionadas con la corrección monetaria y los intereses, a los cuales aspira dicha parte mediante la apelación, quedan sin soporte legal alguno. De ahí que no se requieran de más consideraciones para confirmarlos".

III- El recurso extraordinario

Dos cargos integran la demanda de casación presentada por la parte actora para sustentar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia precedentemente resumida, ubicados en el ámbito de las causales primera y segunda de casación, previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte despachará en orden inverso al propuesto por los recurrentes.

Cargo Segundo

Tíldase la sentencia recurrida de incongruente por "no estar en consonancia ... con las excepciones propuestas por parte de la entidad demandada", reparo procesal que la censura desarrolla en la siguiente forma:

"Esta causal de casación la fundamento en el hecho de que en la sentencia de fecha 22 de julio de 1992..., ésta no EXPRESA EN FORMA ALGUNA CUAL ES LA EXCEPCION que a la entidad demandada LE PROSPERA. Si analizamos las excepciones que se propuso en forma oportuna encontramos que se concretan en las siguientes: COBRO DE LO NO DEBIDO; PRORROGABILIDAD Y ONEROSIDAD COMO ELEMENTOS DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE DEPOSITO A TERMINO; LA NULIDAD POR OBJETO ILICITO; GENERICA. Si analizamos dichas excepciones encuentro... que la sentencia ACUSADA no da cuenta de estas EXCEPCIONES Y CUALES LA LLAMADA A PROSPERAR, pues solo expresa la sentencia que REVOCA LOS NUMERALES 1, 2, 3, y 7, y en ninguna parte de la parte de CONSIDERACIONES analiza cuál excepción prospera. Por tal motivo la SENTENCIA ACUSADA EN NADA ESTA ACORDE CON LO FALLADO".

Consideraciones

Sin involucrar análisis alguno respecto del interés que le pudiera asistir a la parte actora para alegar la incongruencia descrita en el fallo recurrido, ni su procedencia en frente de la sentencia absolutoria aquí proferida, cuyo resultado determinaría, de entrada, el fracaso del cargo, la Corte estima *pertinente advertir que en el fallo impugnado el sentenciador de segundo grado no hizo ciertamente examen ni pronunciamiento alguno en torno de las excepciones de mérito propuestas por la entidad bancaria demandada; sinembargo, tal omisión no constituye, en el presente caso, motivo de incongruencia alguno, ni menos, por consiguiente, en la modalidad denunciada por la censura, pues, dado que la absolución contenida en él no devino como consecuencia del reconocimiento de alguna de ellas sino de la ausencia de los requisitos indispensables para el buen suceso de las pretensiones deducidas en la demanda, tal labor no solamente se hacía innecesaria sino igualmente inútil, por cuanto legalmente las excepciones de mérito únicamente son materia de proveimiento cuando el fallo acoge total o parcialmente las pretensiones del actor, pues en caso contrario, la ausen-*

cia de cualquiera de las condiciones de la pretensión deducida en la demanda basta para absolver al demandado, ya que la pretensión debe analizarse antes de las excepciones, punto sobre el cual esta Corporación ha precisado que "... el estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda, negativo que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión)". (XLVII, 616).

Por tanto, el cargo no prospera.

Cargo primero

Aquí, acúsase la sentencia de ser "... violatoria de la ley sustancial en la resolución No. 10 de fecha enero 30 de 1980, proferida por la Junta Monetaria de la Junta (sic) de la República de Colombia, en el parágrafo del artículo primero por interpretación errónea de la ley, violando una norma probatoria, además viola las siguientes disposiciones legales: Arts. 1740, 1741, 1742, 1746, 1748, 1755, 1494, 1496, 1499, 1502 del Código Civil; Arts. 899, 886, 822, 830, 835, 1395 del Código de Comercio, por VIA DIRECTA".

En el desenvolvimiento del cargo, la censura recuerda que el Tribunal, al comenzar el estudio del pleito, cuestionó la falta de precisión en los conceptos aducidos por los demandantes para invalidar la cláusula tercera del contrato de depósito a término, consignada en los certificados de depósito a término fijo expedido por la entidad bancaria demandada a favor de Nicolás Plaza, razón por la cual advirtió que la demanda incoatoria debía ser objeto de interpretación, para cuyo efecto optó por analizar las aspiraciones de los actores al amparo de cada uno de los fenómenos jurídicos por ellos invocados; y que en desarrollo de dicha idea, el ad quem encontró que la aludida estipulación no podía ser declarada inexistente, ineficaz, ni nula, conclusión que los recurrentes comparten parcialmente, por cuanto en relación con esta última figura, expresaron:

"Considera el Honorable Tribunal Superior de Cali, que en la demanda se plantea la INEFICACIA, O INEXISTENCIA O NULIDAD DE LA CLAUSULA TERCERA DEL CONTRATO DE DEPOSITO A TERMINO FIJO QUE FIGURA en los certificados que expidió el BANCO DEMANDADO AL CAUSANTE NICOLAS PLAZA, expresando que no hay duda,

que el LIBELO CARECE DE PRECISION, aunque es factible INTERPRETARLO. Ante lo expresado puedo manifestar... que se trata es de ALCANZAR LA CLARIDAD DESEADA, y en reiteradas jurisprudencias el máximo organismo ha manifestado que es deber del JUEZ dilucidar las demandas que se presenten con falta de precisión, por eso el estudio de la demanda es indispensable que se haga en su conjunto y en forma racional. Al entrar a considerar el TRIBUNAL la INEFICACIA nos deja la claridad de que esta no REQUIERE DE DECLARACION JUDICIAL, por cuanto la INEFICACIA sólo aparece en la realidad en normas especiales y que la forma planteada por el actor la INEFICACIA sólo se da en la CLAUSULA TERCERA.

"Así mismo el Tribunal Superior de Cali, ... analiza la situación planteada por el actor como un ACTO INEXISTENTE y que en lo tocante los certificados de depósito NO TIENEN NADA QUE VER CON LA INEXISTENCIA y por tal motivo no prospera. Por último y ésta es la parte ACUSADA sostiene el Tribunal Superior de Cali que tampoco prospera la nulidad de la cláusula tercera por cuanto la norma violada NO ES DE CARACTER IMPERATIVO SINO MAS BIEN que es de carácter SUPLETORIA O DISPOSITIVA. La norma establecida en el PARAGRAFO de la RESOLUCION No. 10 de 1980 que reza: "... los certificados de depósito a término que no se rediman a su vencimiento, se entienden prorrogados por un término igual al inicialmente pactado", desprende el JUZGADOR que la prórroga solo se produce cuando el título no se redime a su vencimiento, o sea cuando las partes guardan silencio sobre el pago del importe del certificado por parte del Banco al tenedor del mismo. Por tanto esta norma NO ES IMPERATIVA SINO SUPLETORIA, por cuanto sostiene que la EFICACIA sólo se despliega cuando falta voluntad (sic) específica de las partes sobre la devolución del dinero que dice el certificado, por lo anteior y como la forma de redimir el CERTIFICADO a su VENCIMIENTO es del RESORTE DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES no es norma IMPERATIVA, ya que la VOLUNTAD DE LAS PARTES tiene un valor para REDIMIR EL CERTIFICADO.

"Este criterio que presenta el Tribunal... es totalmente errado, por cuanto es de conocimiento del juzgador que la RESOLUCION No. 51 de fecha 14 de agosto de 1974, emanado de la Junta Monetaria, fue derogada en forma EXPRESA POR LA No. 10 de 1980, también emanada por la Junta Monetaria, en la facultad que le confire la Ley 2206 de 1963 y Ley 7 de

1973. Al suscribirse por el señor Nicolás Plaza en el año de 1981 unos CERTIFICADOS DE DEPOSITO A TERMINO se efectuaron bajo una ley o resolución No. 51 de 1974, lo cual no era procedente por ser esa norma derogada por la resolución No. 10 de 1980, siendo aún más que mediante circular externa No. DB/045 de 1983 dirigida por la SUPERINTENDENCIA BANCARIA ante las consultas efectuadas dice la mencionada entidad: "...Se entienden prorrogadas por un término igual al inicialmente pactado, configurándose en este caso una prórroga automática del contrato, cuyo plazo de conformidad con la mencionada norma, no puede ser distinto del pactado inicialmente..." siendo además... que en oficio No. 037712 LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA ABSOLVIO una consulta y leo lo siguiente: "Así las cosas, las entidades financieras que emitan certificados de depósito a término, quedan sometidos al cumplimiento del reconocimiento y pago de los intereses pactados, advirtiendo que los rendimientos estipulados al momento de la constitución del depósito no pueden ser desconocidos por la entidad sin el consentimiento del depositante durante la vigencia del plazo inicial o durante la vigencia de las prórrogas, pues ello supondría la modificación unilateral de uno de los elementos del contrato que es bilateral...".

"De conformidad con lo expuesto por la mayoría de los magistrados de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Cali, estiman que el parágrafo del artículo 1 de la RESOLUCION 10 DE 1980 es IMPERATIVO durante el plazo, pero a su vencimiento es de, resorte de la voluntad de las partes Pero como bien lo anota la Dra. Amanda Lorza en su SALVAMENTO DE VOTO, que dice que es posible que al vencimiento todo lo concerniente con la forma de redimir el certificado sea de la voluntad de las partes, pero, si se da la PRORROGA como en el caso que nos ocupa, los certificados se entienden prorrogados por un término igual al inicialmente pactado, NORMA IMPERATIVA que la consagra el PARAGRAFO del artículo 1o. de la RESOLUCION No. 10 de 1980. No hay duda repecto que la RESOLUCION No. 10 de 1980 es de carácter imperativo ya que va ligado al ORDEN PUBLICO ECONOMICO, es decir, la voluntad privada encuentra un límite en la norma imperativa (orden económico público). Por tal razón debe prosperar LA NULIDAD por ser la norma (cláusula tercera) contraria a una norma imperativa.

"Es menester precisar que en materia de leyes imperativas éstas no son susceptibles de ser derogadas por convenios particulares (art. 16 C.C.).

Siendo además que lo relacionado con la NULIDAD ABSOLUTA DE UN NEGOCIO JURIDICO ES TEMA REGIDO POR LEYES IMPERATIVAS. Siendo más aún que si la NULIDAD APARECE MANIFIESTA LA CORTE PUEDE DECLARARLA DE OFICIO.

"En mi concepto legal LA INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY consiste en una errónea interpretación de una norma, pero el efecto es que el fallador es conocedor de esa norma y ésta era la idónea para resolver, pero le dio un alcance o sentido que dicha norma carece en realidad, el interpretar que la Resolución No. 10 de 1980 en su parte reza: "... los certificados de depósito a término que no se rediman a su vencimiento, se entienden prorrogados por un término igual al inicialmente pactado..." ésta es de carácter SUPLETORIO es una interpretación errada y el fallador le dio un alcance al que realmente es o lo que quiere la norma.

"Déjese bien CLARO que en nuestro DERECHO POSITIVO IMPERA EL PRINCIPIO según el CUAL LAS LEYES QUE REGULAN EL CONTATO SON NORMAS SUPLETORIAS DE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES, cuando éstos, al CELEBRARLOS, acatan las PRESCRIPCIONES LEGALES Y RESPETAN EL ORDEN PUBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES.

Podrá observarse... que al CELEBRARSE EL CONTRATO entre el señor NICOLAS PLAZA con el BANCO DEMANDADO, esta entidad NO RESPETO Y TAMPOCO ACATO LAS PRESCRIPCIONES LEGALES, ya que la RESOLUCION CONTENIDA en el contrato había sido derogada por otra.

"Por lo anterior y al prosperar LA DECLARACION DE NULIDAD con base en el cargo formulado da derecho a las parte a que sean restituídas en el estado en que se hallarían, sino hubiese existido el acto o contrato nulo, la Corte ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la SENTENCIA DE NULIDAD produce efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado.

Por tal motivo al prosperar el cargo se debe disponer como consecuencia que se condene a pagar. . la CORRECCION MONETARIA, y los respectivos INTERESES, así como los intereses moratorios.

"Se desprende... con las anteriores acotaciones de carácter legal que hubo violación directa de una ley sustancial, por interpretación errónea de la ley..."

Consideraciones

1) A pesar de la marcada tendencia encaminada a imprimirle al escrito sustentatorio del recurso extraordinario de casación el principio de la informalidad, no hay duda que aún permanecen vigentes en la elaboración de tal libelo reglas de carácter jurídico y técnico que no es posible desatender sin correr el riesgo de inexorable fracaso en la gestión impugnaticia, pues aún dentro de la aludida desinformalización esta Corporación ha venido sosteniendo, desde luego, con apoyo en claros preceptos legales, que "... siempre se ha entendido que no cualquier cargo, así se revista de un ropaje más o menos acorde con prácticas usuales del foro, puede recibirse en casación ni por esa sola circunstancia tiene eficacia legal infirmatoria...", por cuanto únicamente cuentan con esta cualidad "... los que atacan directamente los fundamentos de la sentencia y lo hacen de tal modo que quede sin soporte jurídico ninguno la decisión materia de censura en ella contenida; los demás son inoperantes por salirse del marco circunscrito del recurso por violación de la ley que, se repite, va encaminado a la revisión del fallo en visto de los motivos en que éste se funda y no en otros diferentes" (Cas. Civil de 15 de febrero de 1990).

2) Tal cosa acontece en el presente caso, pues el cargo en estudio, admitido solamente por cumplir con los escasos requisitos formales que ahora se exigen para elaborar una demanda de casación, exhibe protuberantes fallas, no solamente de carácter legal sino igualmente de orden técnico, pues para comenzar basta con señalar que no ubica con certeza la inconformidad en una de las dos vías (directa e indirecta), que como alternativas ofrece la causal primera de casación para combatir una sentencia susceptible de tal medio de impugnación, comoquiera que en verdadero estado de perplejidad denuncia la sentencia recurrida como violatoria de la ley sustancial, "... por interpretación errónea, violando una norma probatoria...", para rematar afirmando que algunos de los preceptos allí invocados resultaron quebrantados "... por vía directa", indecisión que se proyecta en el desarrollo de la impugnación y de la cual no es posible salir ni con ayuda de la hermenéutica, para inferir si se trata de la vía directa o de la indirecta, por cuanto en algunos pasajes parece optar la primera, como cuando cuestiona la calificación jurídica que el Tribunal le otorgó al parágrafo del artículo 1o. de la Resolución No. 10 de

1980, y, en otros, por la segunda, como cuando se refiere a la fuerza demostrativa de la prueba relacionada con la circular externa No. DB/045 de 1983 expedida por la Superintendencia Bancaria, desconociendo frontalmente la repulsa que, por su diferente naturaleza, origina la alegación de tales dos vías en un solo cargo; pero si, en gesto de amplitud pudiera pasarse por alto tal falencia, se encuentra otra de mayor envergadura que hacen incuestionablemente estéril cualquier esfuerzo de la corporación por hallarle sentido alguno a su formulación y, por ende, fundamento a la acusación, por cuanto cualquiera que fuere la vía que se eligiese para entenderlo, el cargo no aduce, para refutar la conclusión del Tribunal de que el parágrafo del artículo 1o. de la resolución No. 10 de 1980 no constituye una norma imperativa sino supletoria de la voluntad, como argumento medular mas que el interesado parecer jurídico de los recurrentes, es decir, la simple disparidad de criterio entre la censura y el sentenciador de segundo grado, lo cual, como lo ha reiterado la doctrina de esta corporación, no es suficiente para descubrir el error, en que éste hubiese incurrido al proferir la sentencia censurada, precisión que, de contera, pone de manifiesto que el cargo es, además, incompleto, puesto que enfilando los recurrentes toda su beligerancia a cuestionar la apreciación del Tribunal en el sentido de que el parágrafo del artículo 1o. de la Resolución No. 10 de 1980 no era de linaje imperativo sino apenas supletorio, dejaron al margen del reproche la otra conclusión de la sala sentenciadora, consistente en que la cláusula tercera del contrato de depósito a término fijo en virtud de la cual se acordó que "...A partir del vencimiento del plazo del certificado, el depósito será a la vista y dejará de devengar intereses", correspondía al reducido espacio que la resolución No. 10 de 1980, proferida por la extinguida Junta Monetaria con fundamento en insoslayables motivos de orden público económico, le reservaba al posulado clásico de la soberanía contractual, para que los depositantess estipularon libremente la forma de redención que más les conviniera a sus depósitos al vencimiento de sus certificados, por cuanto aunque se demostrase la equivocación del *ad quem* al otorgarle a dicho parágrafo la cuestionada calidad, era asimismo insispensable que se acreditase que la cláusula tercera del contrato de depósito no era fruto de la libertad contractual sino imposición de la derogada resolución 51 de 1974, puntal que, como ya se vio, no le mereció a los impugnantes ningún reproche.

3) Pero ni siquiera silenciando las aludidas falencias de orden técnico podría hallársele prosperidad al cargo en estudio, por cuanto tal propósito encuentra un valladar inexpugnable al entrar la corte a examinar de fondo la cuestión planteada, comoquiera que si la nulidad de la cláusula tercera

del contrato de depósito a término fijo descansa en el quebranto de la resolución No. 10 de 1980, proferida por la extinguida Junta Monetaria, por cuanto en sentir de la censura el parágrafo del artículo 1o. de dicha resolución representa una norma de carácter imperativo y no supletiva de la voluntad de los contratantes, como lo dedujo el tribunal, tal controversia resulta a la postre absolutamente inocua si se tiene en cuenta que *la nulidad de los actos y contratos resulta por quebranto de normas legales, es decir, de la ley, que según el artículo 2o. del Código Civil "... es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional", pues el inciso 2o. del artículo 6o. ibidem preceptúa que en materia civil "... son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...", precepto que en sentir de la jurisprudencia "... contienen una proposición jurídica que se refiere única y exclusivamente a las nulidades sustantivas de que puedan adolecer los actos de la vida civil cuando al ejecutarlos o celebrarlos se violen normas también sustantivas que los reglamentan, señalan sus requisitos intrínsecos o extrínsecos o fijan su alcance" (LJ, 587), presupuesto que, desde luego, también se palpa en otros preceptos de la codificación civil que regulan expresamente la nulidad de los actos y contratos, como acontece con el artículo 1740, según el cual "es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes, o con el 1741, que determina que "la nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas", respecto de las cuales resulta predicable la condición de imperativas o supletorias*, categoría de la cual ciertamente están distantes las resoluciones que por aquel entonces profería la extinguida Junta Monetaria, por cuanto ellas apenas traducían actos de carácter administrativo, cuyo desconocimiento daba lugar a otro tipo de sanciones diferentes al de la nulidad aquí impetrada. (Subraya la sala)

4) Desde luego que la consideración anterior estructuró buena parte de los argumentos movidos por los recurrentes para edificar el cargo, como se deduce de algunos de sus pasajes, sólo que para lograr su aspiración cometieron el imperdonable desatino jurídico de identificar aquellos dos conceptos, todo con la finalidad de convertir en nulidad aquello que con-

traviniera el contenido de la mentada resolución, cuando los mismos recurrentes enfáticamente afirman que "...en nuestro derecho positivo impera el principio según el cual las leyes que regulan el contrato son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando estos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. Podrá observarse (...) que al celebrarse el contrato entre el señor Nicolás Plaza con el Banco demandado, esta entidad NO RESPETO Y TAMPOCO ACATO LAS PRESCRIPCIONES LEGALES, ya que la RESOLUCION CONTENIDA en el contrato había sido derogada por otra". (Subraya la sala).

5) Sin embargo, haciendo abstracción de lo precedentemente expuesto, la Corte no encuentra ubicada en el ámbito que le demarca la censura, que el *ad quem* hubiese incurrido en error jurídico alguno al negarle al controvertido parágrafo del artículo 1o. de la Resolución no. 10 de 1980 la condición de norma imperativa, entendiendo por tal aquella en la que *"...por razón de los intereses superiores que protegen, no es permisible su derogación por la mera voluntad particular"* (Sentencia de 4 de marzo de 1988), comoquiera que con el proferimiento de la mencionada resolución la Junta Monetaria tan sólo autorizó a los bancos para emitir una modalidad especial de depósito, limitándose a señalar las características identificantes de tales certificados, entre ellas la del término mínimo del depósito y la de su irredimibilidad antes del plazo pactado, con "... miras a garantizar a los establecimientos bancarios, disponibilidad durante cierto tiempo, de determinados recursos destinados a financiar los diversos sectores de la economía..." (oficio de 18 de agosto de 1988 de la Dirección General de Bancos y Corporaciones. Folios 1 y 2 del cdno. No.3), o, para buscarles "...una certeza sobre la disponibilidad de recursos para canalizarlo e invertirlos en los diferentes sectores de la economía, con el objeto de financiar sus necesidades. De allí pues, que sean condiciones de su naturaleza, que los CDT no puedan ser pactados a un plazo inferior a tres (3) meses, ni puedan ser redimidos antes de su vencimiento" (circular externa DB-045 de 1983 de la Superintendencia Bancaria, Folios 2 a 5, cdno. No. 3).

De ahí que, ciertamente, el parágrafo del artículo 1o. de la multimencionada resolución no contenga la imperatividad que ahincadamente reclama la censura, comoquiera que la normatividad allí contenida parte del presupuesto de que al vencimiento del plazo el depositante no haya

redimido su certificao, redención para la cual la precitada resolución no impone formalidad alguna, quedando por tanto, el depositante habilitado para disponer, en ese mismo momento anteladamente, la forma en que habrá de recuperar el dinero depositado, criterio que acompasa con lo expuesto por la misma Superintendencia Bancaria en la relacionada circular, cuando expresó:

"Así las cosas, cuando se presenta el vencimiento de un CDT por su término inicial, pueden ocurrir dos situaciones: si no se redime, opera la prórroga automática aquí comentada; si bien por voluntad contractual se pronuncian las partes y determinan su prórroga, esta no puede ser inferior al plazo mínimo legal, y en ambos casos, las partes extremas de la relación contractual están obligadas a respetar y cumplir dicho plazo, sin que le sea dado por motivo alguno, redimir el documento antes de su vencimiento" (flio 4, cdno. No. 3).

De tal manera que, si la forma de redimir el certificado de depósito a término fijo no quedó regulada por la resolución No. 10 de 1980, la estipulación contenida en la cláusula tercera (3a) de los certificados de depósito a término fijo que le expidiera el Banco de Bogotá -sucursal carrera octava- de la ciudad de Cali, en virtud de la cual las partes anticipadamente convinieron en que "a partir del vencimiento del plazo del certificado, el depósito será a la vista y dejará de devengar intereses" no desconoció precepto alguno de la mentada resolución y no podía por ello resultar afectada de nulidad, pues es obvio que en tal aspecto, es decir, en la forma de redimir los depósitos al vencimiento del plazo, la autonomía de la voluntad no encontraba recorte alguno.

Desde luego, que por las razones antes anotadas, tampoco puede establecerse que el Tribunal hubiese incurrido en yerro de facto al apreciar el contenido de la circular externa no. DB/045 de 1983 de la Superintendencia Bancaria, único elemento de juicio al que la censura hace referencia en el cargo estudiado.

6) De manera que, cualquiera que sea el punto desde el cual se examine el cargo en estudio, incuestionablemente está destinado al fracaso.

Por tanto, el cargo no prospera.

IV- Decision

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 22 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso de Miguel y Nicolás Plaza Albán, Angela y Nelly Plaza Vernaza, Ernesto Vernaza, Carmen Tulia Plaza Prado, José Nicolás Plaza Prado, Nancy Navia de Lucumí, Yebrail Albán y Mireya Cardona de Jimeno, contra el Banco de Bogotá, Sucursal: Carrera octava, de Cali.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE y oportunamente devuelvase al Tribunal de origen.

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

JUZGADOR DE INSTANCIA / TRIBUNAL DE CASACION

Tarea del juzgador de instancia. Evento en qué la Corte, actúa como Tribunal de Casación, y pueda modificar las apreciaciones del fallador atinentes a puntos de hecho.
Igual sentido: Sent. de 28 de septiembre de 1977; Cas. de 17 de junio de 1964, CVII, pág. 288.

RELACIONES SEXUALES / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión notoria

Precisión sobre el elemento alusivo a la continuidad que exige el inciso 2o. del numeral 4 del artículo 6 de la Ley 75 de 1968. Elemento aquel que también se exige para la posesión notoria del estado de hijo.
Igual sentido: Cas. Civ. de 24 de enero de 1992, no publicada.

TESTIMONIO SOSPECHOSO

Cómo se recibe, analiza y pondera un testimonio sospechoso.

TRATO PERSONAL Y SOCIAL / TESTIMONIO - Valoración en conjunto

Los testimonios aisladamente considerados no constituyen de suyo la prueba convincente del trato de la pareja. Es necesario enlazar y articular todas las versiones para someterlas a una crítica in integrum, examen global que hace imperioso el art. 187 del C. de P.C.

F. F.: C. de P.C. Art.: 187

Corte Suprema De Justicia. Sala de Casacion Civil, Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*, Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Expediente No. 4245 Sentencia No. 121

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 29 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el proceso especial de Andrés Felipe Martínez contra Alvaro Rentería Lamus, promovido por la Defensora de Familia Centro Zonal No. 5 de la misma ciudad.

I.- Antecedentes

1.- En la demanda que suscitó el proceso, presentada el 24 de enero de 1990, se pidió que se declare que el demandado es el padre extramatrimonial del menor demandante, y que, en consecuencia, puede llevar el apellido paterno y gozar de todos los derechos que la ley civil le otorga, ordenándose al registro del estado civil, en caso de sentencia estimativa, se abra nuevo folio, y definiéndose lo referente a la patria potestad.

2.- Narróse, como supuestos fácticos, los que así se condensan:

a.- Nidia Martínez conoció a Alvaro Rentería en el año de 1968 , porque de éste recibió tratamiento odontológico; ya en 1975, cuando volvió a frecuentar su consultorio, empezó él a cortejarla, y a mediados de 1976 ella le aceptó una invitación a la finca de su propiedad donde sostuvieron relaciones sexuales, las que luego se sucedieron en diferentes sitios (entre otros, el motel Las Colinas), y se prolongaron hasta el 13 de enero de 1983.

Fue así como en abril de 1983 enteró al demandado de su estado grávido, "quien la envió donde el doctor López Cuartas en la calle 5 con carrera 15, para el examen de "gally" cuyo resultado le entregaron el mismo día siendo éste positivo y con el cual por intervención del demandado visitó al doctor Jesús Wilches Gómez, quien la atendió y la citó para el día siguiente y en esta fecha más o menos a mediados de abril de 1983 la llevó al doctor Alvaro Lorza donde fue sometida a examen, determinándose tres meses de embarazo, planteándose por parte del demandado la práctica abortiva pero el mismo doctor Lorza manifestó ser imposible por lo avanzado del embarazo".

b.- Nidia se negó al insistente aborto que le sugería Alvaro Rentería; y, como viajó a Bogotá él convino en enviarle una pensión por intermedio, inicialmente del doctor Cristóbal Luna, más como no lo encontró, lo hizo a través del doctor Alvaro Forero García, con quien le envió $ 20.000,oo a finales de mayo de 1983, y así continuó hasta agosto siguiente. "Posteriormente cuando ya había nacido el niño le colocó el doctor Rentería 2 giros personales por intermedio del Banco de Bogotá -sucursal chapinero-, carrera 13 No. 61 08, de los cuales uno aparece bajo el No. 0997684 de diciembre de 1983".

c.- El 22 de septiembre de 1983, Nidia dio a luz al demandante, contando a la sazón con el apoyo económico del demandado por intermedio del doctor Alvaro Forero, y mediante giros personales que recibió a través del Banco de Bogotá. Luego, viajó definitivamente a Buga "y empezó a hablar le al doctor Rentería del niño llevándole las fotografías".

Desde cuando nació, Alvaro le propuso a Nidia que le dejara el niño, cosa en que le insistió incluso en compañía de su propia esposa, pero ella "prefirió no renunciar a su hijo y continuar luchando por él".

d.- Si con anterioridad no se reclamó la paternidad se debió a que Alvaro "dijo siempre que lo esperaran porque no tenía tiempo para comparecer a la Notaría a registrarlo". Ya ante el juzgado de menores de Buga, sin embargo "en diligencia previa de filiación, niega prácticamente conocer a la señora Nidia Martínez y por ende la paternidad frente al niño Andrés Felipe".

E incluso no se presentó a la práctica de un examen para el que fue citado por la Defensora de Familia, aprovechando el desplazamiento del laboratorio de genética a la Regional del Valle el 5 de diciembre de 1989, muy a pesar de estar enterado con copia de la citación que se le dejó en su consultorio "cuya constancia de recibo negó firmar": su incomparecencia imposibilitó obviamente la prueba.

3.- El Juzgado Promiscuo de Menores de Buga admitió a trámite la demanda, la que fue contestada con oposición a las pretensiones. Respecto a los hechos, el demandado los negó en su gran mayoría, destacando que no ha cortejado ni tenido relaciones sexuales con Nidia Martínez, ni la ha ayudado económicamente; así mismo, que no es cierto que su esposa hubiese estado dispuesta a recibir dicha criatura, y que no

fue notificado legalmente para la prueba genética que se menciona, a más de que estuvo incapacitado por entonces; y si posteriormente se intentó de nuevo "como también parece sucedió, pues debo decirle-a-la señora Juez, como ella bien lo sabe que, existiendo demanda, no podía el Funcionario del Bienestar Familiar obrar extra-procesalmente, pues entonces sobraría el juicio".

4.- La primera instancia concluyó con sentencia de 9 de abril de 1992, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Buga, en la que accedió a la filiación reclamada, radicó en cabeza de Nidia Martínez la patria potestad y cuidado personal del menor, condenó al demandado a contribuir con una cuota alimentaria acorde con su capacidad económica, y ordenó comunicar para lo pertinente al Notario Veinte de Bogotá.

5.- La segunda instancia, venida por la apelación que interpuso el demandado, fue clausurada por el Tribunal Superior de Buga mediante sentencia confirmatoria de 29 de julio de 1992, adicionando únicamente que la cuota de alimentos a cargo del demandado equivalía al 40% del salario mínimo mensual.

6.- Contra la del *ad-quem* se formuló el recurso de casación que la corte se dispone a decidir.

II.- La sentencia del tribunal

No sin antes cumplir la exigencia legal del recuento litigioso, y de verificar las condiciones necesarias para una decisión de mérito, entregóse el Tribunal a la tarea de destacar algunas apreciaciones en torno a la causal de paternidad aquí aducida, cuya estructuración dijo estar dada por la demostración del ayuntamiento carnal de la pareja por la época en que de derecho se presume la concepción, el cual puede inferirse del trato personal y social entre sus protagonistas.

Así, tras precisar que el interregno de la concepción del demandante va entre el 27 de noviembre de 1982 y el 26 de marzo de 1983, aplicóse a analizar los medios de convicción obrantes en el juicio, comenzando por la testimonial, respecto de la cual, después de extractar las versiones correspondientes, dijo:

"Con los testimonios recaudados se comprueba fehacientemente que entre Nidia Martínez López y Alvaro Rentería Lamus existió trato personal y social desde el año de 1976; de ello dan cuenta pormenorizada Lady Teresita del Niño Jesús Patiño, y María del Socorro Ramírez, quien fuera compañera de estudios de la madre del menor, en el Sena, María de Jesús Guerrero e Hilda Torres de Patiño".

Deponentes en relación con los cuales agregó que "expresan las circunstancias de tiempo y lugar que rodearon los hechos por ellos relatados. No deja de llamar la atención el trato que hubo entre los amantes para finales de 1982 y principios de 1983. El anterior aserto se comprueba con el dicho de María del Socorro Ramírez, quien la vio en compañía de Rentería Lamus por el Callejón de Almaviva. Igualmente la declarante Patiño Tascón, cuenta que, 8 o 10 días después del accidente, el demandado llevó a la casa a Nidia, quien muy excitadamente le contó que había estado con él en el Motel las Colinas".

Dejando de lado la prueba testifical, añadió que existían otros medios de convicción "que apuntan a igual resultado, como son las ayudas económicas del demandado a Nidia Martínez; de lo cual informa la señora Hilda Torres vda. de Patiño, lo que se corrobora con la información suministrada por el Banco de Bogotá Sucursal de Buga, acerca de los giros enviados a la madre de la demandante por la señora Martha Lamus de Rentería, esposa del demandado".

En relación con este punto acotó tajantemente:

"Sobre el particular vale llamar la atención; a lo expresado por la citada señora en el testimonio por ella rendido en cuya ocasión manifestó no conocer a Nidia Martínez y no saber si ésta tiene un hijo, pero a pesar de ello aparece enviándole dinero a la pluriimentada madre del actor".

Y, "finalmente obra en contra del demandado el indicio de no acudir a los laboratorios de Bienestar Familiar para los exámenes antropoheredobiológicos".

Paso seguido aseveró que los dichos de los doctores Fabio López Cuartas, Jesús Wilches Gómez, Alvaro Nicandro Lorza Arce, Cristóbal

Luna Arce y Alvaro Forero García, declarantes citados por el demandado, "poca relevancia jurídica tienen, pues el hecho de no conocer a Nidia Martínez no significa, que entre ésta y el demandado no mantuvieron relaciones afectivas y sexuales. Por el contrario es frecuente que ese tipo de relaciones se mantengan al margen del grupo social del presunto padre, y con mayores veras cuando este es casado".

Particularmente en lo que concierne a la versión del precitado Forero, de quien dice el Tribunal que manifestó no conocer a Nidia Martínez, dio en agregar que es curioso que ella "haya tenido conocimiento de la existencia de esta persona, quien reside en Bogotá, y ser precisamente compañero de estudios de Rentería Lamus. La lógica nos enseña, que si la referenciada dama tuvo conocimiento de tal profesional, lo fue a través de su compañero de aventuras amorosas; porque no halla la Sala otra explicación para justificar tal conocimiento y la relación existente entre ambos".

Más adelante, a vuelta de señalar que los testimonios arriba analizados son contestes, exactos y responsivos, recuerda que la jurisprudencia ha insistido que en el análisis de las pruebas en estas materias no debe tener acentuado rigorismo, aunque -explica- tampoco cualquier testimonio es útil para demostrar la causal.

De tal forma encontró mérito para confirmar el fallo.

III.- La demanda de casacion

Con estribo en la primera causal de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en cargo se formula denunciando la violación indirecta de los artículos 6 (modificatorio del 4 de la ley 45 de 1936) "particularmente el numeral 4o.", 7, 16 y 31 de la ley 75 de 1968; 12 de la ley 45 de 1936; 411 y 414 del Código Civil, y 133, 135, 155 y 157 del decreto 2737 de 1989, en razón de yerros fácticos evidentes en la apreciación de las pruebas.

Abre diciendo que el Tribunal se equivoca puesto que las declaraciones en que finca su decisión no derotan el trato personal y social entre Alvaro Rentería y Nidia Martínez, y de los hechos que narran no se deducen relaciones sexuales en el período que legalmente se produjo la gestación del menor demandante.

Así, Lady Teresita del Niño Jesús Patiño Tascón, "sin fundamento lógico alguno, hace mención de hechos que si son analizados, sin demasiado rigor", no permiten acreditar aquello; se refiere a que esporádicamente en el año de 1976 arrimaba el doctor Rentería al frente de su apartamento a saludar a Nidia; luego se ubica la testigo en el año 1979 cuando por razones de salud vivió en casa de los padres de Nidia y veía al doctor que arrimaba por Nidia y la llevaba de regreso en las horas de la madrugada, una o dos de la mañana. Asegura el recurrente que "queda el vacío testimonial entre el año de 1979 y 1982".

Critica, asimismo, que es la propia Nidia quien se encarga de "negar el trato personal especial", pues le comentó "que apenas la traía a la casa", e incluso "la testigo agrega algo que resulta en contradicción con lo anterior cuando hace referencia al estado de excitación en que llegó Nidia ese día (8 o 10 días después de accidentarse el 28 de diciembre de 1982), haber estado en un motel".

A lo que se pregunta el impugnante:

"Solamente ese día fue cuando hubo la relación sexual entre ésta y el doctor Rentería? porque resulta inentendible e inaceptable que cuando una pareja ha tenido frecuente trato sexual la mujer exteriorice una alteración emocional por una relación que, como antecedente en su decir, tenía cierta regularidad".

Por eso estima el censor que se trata de la narración de un hecho circunstancial del que no se puede deducir la "naturaleza, continuidad e intimidad del trato", por lo que es arbitrario que el juzgador encontrara probados los hechos constitutivos del trato para la época de la concepción.

Además, todo lo dicho por la declarante impone la idea de que las condiciones morales de Nidia no le permitían la entrega a un hombre.

Por manera que si el Tribunal dedujo de ese testimonio el trato carnal, aflora evidente el error de hecho, "puesto que en la declaración solamente se narra un estado emocional en la madre del demandante y una referencia al sitio donde dijo ésta concurrió ese día, que no permite inferir, como des acertadamente lo vio el Tribunal convivencia sexual, puesto que lo se (sic) evidencia en el testimonio es el decir de la madre del menor".

En relación con este mismo punto advirtió que "no se puede ignorar la propia declaración de Nidia Martínez, quien afirma que entre (sic) 1980 se trasladó a Bogotá a estudiar Comercio Exterior y que en noviembre de 1982 llegó a Buga a pasar vacaciones de finales de semestre "y allí fue donde lo conocí (se refiere al doctor Alvaro Rentería), o mejor dicho lo conocí...". Por eso, resulta peligroso, en grado sumo, que se monte toda una declaración para hacer notar un trato personal y social, que no se evidencia con la objetividad requerida, sino que se construye por medio de narraciones imprecisas y dirigidas, incontrastablemente, a mostrar hechos que no son ciertos".

Dícese por último que la susodicha testigo declara "bajo el amparo de una profunda amistad, casi con la sensibilidad de hermana con la madre del menor", reforzada con el propósito que tuvo de promover este juicio de filiación, como abogada que es, lo que desdibuja su imparcialidad. Hubo error de hecho porque el Tribunal no apreció esa circunstancia sospechosa del testimonio.

Otra de las declarantes, María del Socorro Ramírez Mejía, refiere hechos ocurridos en los años de 1976 y 1977, al observar que Alvaro recogía a Nidia cuando ésta estudiaba en el Sena de Buga, y otro en 1982 cuando los vio por el Callejón de Almaviva. Sin embargo, no se percató el sentenciador de que en el año 1977 "la testigo vivió en la ciudad de Pereira y por tanto no podía apreciar los hechos ocurridos en Buga"; y en relación con el año 1976 carece de importancia porque la época de la recogida en el carro es muy distante de la de la concepción del demandante, "con más veras cuando la misma declarante afirma que "no se que clase de relación tenían".

Y respecto al año de 1982, en el que vio a la pareja por el mentado callejón, y en que "como en enero" acompañó a Nidia a la prueba del "galli", al no precisar la testigo la fecha, el Tribunal tuvo que suponerla, amén de que se contradice con el anterior testimonio que da cuenta de tal examen en abril de 1983. No apreció entonces el juzgador que la versión de María del Socorro "evidencia la falta de precisión, de contradicción, de vaguedad" y, por consiguiente, hace relevante el trato carnal con "haber visto a la pareja que se movilizaba por un determinado lugar".

Por su parte, María Jesús Guerrero se refiere únicamente a que en algunos meses de 1976 veía salir a la pareja en el carro de él, y eso solo -dice el

impugnador- no sirve para probar aquel trato, además de que se refiere a una época muy anterior a la concepción.

Ahora, sin señalar el año, dice que un día vio a la pareja en Paloblanco; no se refiere así, "a ningún hecho significativo, directo o indirecto" del trato personal o social que se averigua. Tan sólo por boca de Nidia se enteró de su embarazo.

Y el testimonio de Hilda Torres viuda de Patiño, básicamente alede a hechos ocurridos a partir de Julio de 1981, cuando Nidia estudiaba Comercio Exterior en Bogotá, no conoce personalmente a Alvaro Rentería, "no vio ninguna clase de trato, sino solo comentarios", y no obstante aseveró que "sabía que salía con ella que se querían mucho, que iban a la finca".

Para el recurrente, pues, es fácil "descubrir la trama".

Sostiene la declarante que Rentería le giraba dinero a Nidia, y que a lo último le hizo dos giros (uno por el Banco de Bogotá y otro por el Cafetero), "pero esa precisión resulta sospechosa, en cuanto a la fragilidad de la memoria de la testigo cuando al preguntársele sobre el número de teléfono que tenían en su casa en Bogotá, y donde dijo se comunicaba el doctor Rentería, declara que no lo recuerda...".

Para cerrar esta parte de la acusación, la censura denota las contradicciones entre las versiones rendidas por las ya menciones Lady Teresita y María del Socorro, así: la primera dijo que Nidia estuvo en su casa en las vacaciones de 1982, al paso que la segunda manifiesta que estuvo fue en la suya, aproximadamente un mes; para aquella, Nidia salía de noche, mientras que para ésta "nunca lo hizo ni llegó en la madrugada"; Nidia le comentó a la primera sobre su embarazo en abril de 1983 y a la sazón se hizo el examen denominado "galli", en tanto que a la segunda le dijo en el mes de enero anterior y que ahí mismo se practicó tal examen.

Concluye que las relaciones sexuales no se pueden inferir en este caso porque el trato social y personal debe ser probado plenamente, lo que implica que se haga "con elevado sentido de sensatez, cordura y meditación".

A todo ello, el juzgador dejó de apreciar, en cambio, las declaraciones de Fabio López Cuartas, Jesús Wilches Gómez, Alvaro Nicandro Lorza Arce y Cristóbal Luna Uribe, quienes niegan conocer a Nidia y por supuesto haberla atendido profesionalmente por encargo del demandado. Tales declaraciones hacen perder credibilidad a las que rindieron las personas en que halló probada el Tribunal la causal de paternidad.

"Y que decir del testimonio del doctor ALVARO FORERO GARCIA" respecto de quien no obstante admitir el Tribunal que dijo no conocer a Nidia ni haber servido de intermediario para la entrega del dinero que se dice le enviaba Alvaro Rentería, agrega enseguida que es curioso que la demandante haya conocido al testigo que resultó ser condiscípulo de Rentería. Supuso, pues, el sentenciador que el testigo se conocía con Nidia, yéndose contra el texto de su versión testifical.

En lo que atañe a los dos comprobantes de consignación que tuvo presente el ad quem, cada uno por valor de $ 20.000.oo dice el impugnador que, en primer lugar, eso solo no podría indicar que una posible ayuda sea permanente como se la menciona; en segundo lugar, no puede apreciarse como ayuda del pretenso padre, puesto que quien figura en la constancia es la esposa de éste "y por tanto es persona distinta al demandado"; se inapreció entonces esta circunstancia y se supuso una ayuda económica. "Además tampoco se hace visible o notorio que la consignación la hiciera ésta puesto que en parte alguna aparece la prueba sobre el particular. Que en un comprobante se diga que la consignación fue hecha por una persona no quiere significar que, en realidad, ella lo hizo"; y se refiere a una época posterior a la concepción, amén de que se aportaron cuando no había oportunidad de infirmarlos.

Finalmente, hay yerro evidente al derivarse indicio de la inasistencia de Alvaro al examen antropoheredobiológico, cuando no está establecido que el demandado hubiese recibido efectivamente el oficio de citación; simplemente se dejó constancia de haberse dejado "para el demandado". Observa que en realidad no la recibió. Y ya dentro del proceso, el demandado no pudo asistir por razones ajenas a su voluntad, pues estaba incapacitado para la fecha de comparecencia, según lo comprueba con el certificado expedido por la Caja Nacional de Previsión (folio 7, cuaderno 4).

Consideraciones

1.- Cada vez que en casación se formule un cargo que apuntalado en la causal primera de casación denuncie que la violación de la ley sustancial se produjo por yerros fácticos, no puede perderse de mira los principios rectores que gobiernan el punto, principalmente referidos a que la valuación de los diversos medios de prueba corresponde por definición a los juzgadores de instancia, cual asunto que les pertenece a sí, esto es, que gozan para ello de autonomía; premisa que trae consigo aquel otro postulado según el cual las sentencias recurridas en casación vienen bajo la égida de la presunción de acierto. Ambas cosas, entrelazadas, están diciendo concluyentemente que en tal caso la sentencia no puede derribarse más que cuando el sentenciador se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía, sino que, antes bien, es menester que en casación se irrumpa en el campo antes reservado a los juzgadores de instancia para así poner de presente que la proclamada autonomía no equivale, ni con mucho, a una facultad discrecional rayana en lo arbitrario.

Sólo cuando el Tribunal se equivoca con estruendo en el análisis de las pruebas, se abre paso la casación: vale decir, cuando comete error de connotación protuberante, amén de trascendente. Traduce que es vana la labor que saliendo de ese marco apenas si se circunscribe a hacer un análisis paralelo al del sentenciador, en lo que no pasaría de ser una clara dispura de la tarea que en principio corresponde a éste. Al sentenciador sólo se puede arrebatar esa facultad cuando se cumplen las condiciones antedichas.

Se ha dicho, en efecto, en múltiples ocasiones por demás, que "la sentencia de instancia sube a la corte amparada por la presunción de acierto; y como el tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en este recurso extraordinario, mientras por el impugnante no se demuestre que aquel, y al efectuar tal apreciación, no incurrió en error de hecho evidenciado de los autos o en infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y eficacia de los medios de convicción aducidos al proceso" (sent. de 28 de septiembre de 1977).

Y para ver de establecer la fuerza del anterior aserto, cumple añadir que el desatino debe ser tan evidente, esto es, que nadie vacile en detectarlo, que

cuando apenas se atisba como probable o posible, ya no alcanza para el éxito de la casación, porque, como lo tiene averiguado la Corte, "la duda jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes discrecionales del sentenciador" (XLVI, 649); o, como en otra oportunidad, "si márgenes de duda permitieran a éste sustituir con otro el criterio adoptado por el sentenciador de instancia en la apreciación del material probatorio, entonce se desfiguraría el recurso de casación para convertirse 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 persuación de que los encuentra investidos. La Corte, cuando actúa como Tribunal de casación sólo puede entender en los temas que le proponga la 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 enunciación"; y que, en esas condiciones, "es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda" (Cas. de 17 de junio de 1964, CVII, pág. 288).*

2.- Visto que aquí se denuncia tal tipo de error, entre otros referido a la prueba testimonial, conviene sobremanera auscultar las versiones de los testigos en que fincó el Tribunal su fallo, a lo que se procede sin pérdida de momento.

a.- Lady Teresita del Niño Jesús Patiño, de 39 años de edad, abogada, narra que en el año de 1975, residiendo en Buga su tierra natal, se pasó a vivir a un apartamento de la carrera 9 No. 4-23, donde permaneció hasta los primeros días del año de 1983; por entonces se pasó la familia Martínez López a vivir al frente suyo, entablando con ella una buena amistad, colaborándose mutuamente, "cuidándome el apartamento cuando yo salía y yo hacía otro tanto para ellas"; "ya por esa época del año 76 muy esporádicamente el Dr. Alvaro Rentería arrimaba al frente de mi apartamento a saludar a Nidia, no se precisamente con qué regularidad pues yo no permanecía en la puerta ni en el apartamento el día entero, esporádicamente lo llegué a ver allí".

Prosiguiendo en su relato, dijo que en el año 1979 sufrió un accidente automoviliario que le imposibilitó durante un buen lo el movimiento del

brazo izquierdo y los Martínez López la asistieron hasta para ayudarla a vestir; "entonces por esa razón yo permanecía mucho tiempo en la casa del frente, en la casa de Nidia, por esa razón yo me daba cuenta más de cerca de todo el engranaje de esa casa, allí se veía al doctor Rentería que arrimaba por Nidia y le llevaba de regreso generalmente en las horas de la madrugada, una dos de la mañana, todo esto lo tengo muy preciso pues mis noches durante casi dos años fueron de un sueño entre despierta y dormida, entonces yo oía el carro me paraba me asomaba para abrirle a Nidia".

Después, cuando ya vivía en otro apartamento, "Nidia permanecía en mi apartamento porque tanto el papá como la mamá habían muerto y entonces ella no tenía donde vivir (...) en esa época (...) Alvaro Rentería arrimaba más que todo a dejarla, yo no sé si era en el Sena donde ella estaba estudiando, entonces él arrimaba por ella e iba a dejar en el carro".

Ya a finales de 1982 Nidia estudiaba Comercio Exterior en Bogotá vino ésta a Buga, y el 28 de diciembre fue a Cali, donde sufrió un accidente cuando alguien por bromear le tiró el carro encima recibiendo golpe en la cabeza, "y ella estuvo recuperándose en mi casa en esos días, porque pues ella ya me había ayudado a mí en otra ocasión, también, el Dr. Rentería estuvo muy preocupado en esa época por ella, y como unos 8, 10 días después de eso (cosa que, según explicó más adelante, lo recuerda muy bien porque Nidia aun se encontraba con yeso y porque en esos primeros días 'precisamente yo hice mi trasteo de la calle 3a. a la carrera 16 en esa primera semana de enero... y póngale eso fue dos o tres días después') Nidia me comentó de que el Dr. Rentería le había pedido insistentemente que fuera al consultorio, (...) yo la molestaba maliciosamente porque yo la veía llegar con el Dr. Rentería (...) ella regresó a mi casa con el Dr. Rentería como a medio día de ese día, el Dr. Rentería ese día me vio en la puerta de mi casa cuando la dejó a ella entró como excitada a contarme (sic) que habían ido a un motel, eso se quedó así siguieron saliendo esporádicamente, hasta cuando ella se fue otra vez para Bogotá, entonces por allá en el mes de abril ella que siempre nos comunicábamos por teléfono me llamó y me contó que no había vuelto a enfermarse y que pensaba que estaba embarazada...".

A continuación expresó que Nidia volvió a Buga por ese mismo mes "y yo la acompañé a donde el Dr. Alvaro Rentería en un consultorio que él tenía en la calle 5a. entre 10 y 11, allá habían otros consultorios y él tenía

el consultorio al entrar mano izquierda, y era la primera vez que yo entraba allí, ella fue allí y le dijo que estaba embarazada y él la mandó donde el Dr. López Cuartas para que le hiciera un galli, que salió positivo después de eso pues nosotros subimos con el galli porque yo la iba a acompañar donde el Dr. Rentería pero ella se encontró con una amiga, no me acuerdo el nombre de esa pelada y yo las dejé charlando y me fuí, después Alvaro la mandó donde el Dr. Wilches a que la viera y después la llevó a donde Alvaro Lorza, lo de Alvaro Lorza si me lo contó Nidia...". En relación con esto último dice la declarante que se enojó con Nidia porque las dos ya habían charlado sobre lo "fabuloso que estuviera embarazada, y llevarla donde el Dr. Lorza, pues uno presume a qué la lleva y eso a mí me cayó muy mal", tanto más cuando ella pensó que Alvaro se iba a alegrar mucho de ello, debido a que precisamente había perdido un hijo varón del matrimonio con apenas quince años de edad, llamado Juan Carlos.

Después ya cambió el Dr. Rentería y cuando Nidia tuvo que regresar a Bogotá le dio dinero "y le dijo que él le seguía ayudando, lo que efectivamente hizo a través de un odontólogo en Bogotá, según comentó Nidia. Ya en septiembre, de los bebés (mellizos) que Nidia tuvo, uno nació vivo y la testigo misma le escogió el nombre de Andrés Felipe, llamó a Alvaro y le comentó lo sucedido, quien "me hizo preguntas cómo le había ido, cómo estaba ella"; al llegar Nidia a Buga "fuimos al consultorio del Dr. a que conociera al bebé y a mí me parecía, no sé ahora como esté que el parecido del bebé con Juan Carlos el hijo de Alvaro muerto, era asombroso y por eso supe que él se alegó (sic) muchísimo cuando lo vio...".

Luego, nuevamente de regreso Nidia a Bogotá y ante su situación económica, él le propuso "lo que prácticamente sería comprarle al bebé (...) pero ya cuando fue a proponerle que le diera el niño quería que el bebé figurara como hijo de él y de Martha la esposa de él, tanto así que una vez que Nidia estaba en la 6a. eso es frente a la casa de Jaime Mazuera Martha fue a conocer el bebé y a proponerle a Nidia que se los dejara del todo (...) Nidia no aceptó eso y se fue para Bogotá y Alvaro ya no le quiso ayudar más, Nidia me llamó y me contó eso, entonces yo llamé a Alvaro y él me dijo a mí que él estaba apretado que no tenía pero que él le iba a ayudar; por otra parte, la testigo le informó a Martha, la esposa de Alvaro, que si éste no ayudaba a Nidia tomaría el asunto en sus manos para iniciar el proceso de filiación "puesto que sabía a ciencia cierta todas esa historia", pero luego se desvinculó con Nidia porque tuvo que ir a Cali a atender asuntos laborales.

Aclaró que cuando le abría la puerta a Nidia, ya ésta se encontraba fuera del vehículo de Alvaro y vio que se dieran el beso de despedida, si bien no apasionado, "como si el día que la acompañó al consultorio, me causa gracia decirlo porque fue una cosa muy especial cuando él la vio la agarró y le dio una tembladera, la abrazó y la besó y él temblaba, eso es lo que yo llamo ya pasión, entonces yo me retiré". Nidia era tímida "pero pues así lo de él por ella y esa manera en ella cuando se encontraban hacían evidente un trato sexual que ya existía pero que ella por su timidez no preconizaba pero tampoco lo negaba"; yo no salía con ellos, pero "esos comportamientos, las salidas, el trato de ellos, la llegaba (sic) de ella a altas horas de la noche con un hombre me daban la certeza a mí de que ellos sí tenían un romance en forma".

b.- María del Socorro Ramírez, asevera conocer a Nidia porqu ambas estudiaron en el Sena, y a Alvaro Rentería (a quien en el curso de la declaración describió físicamente), "lo conozco desde esa misma época allá en la salida del Sena eso fue en el /76 y /77 (sic), aunque no todos los días si lo hacía regularmente. Después dejó de ver a Nidia (cuando se fue a Pereira por 'solo unos meses'); mas cuando volvió a Buga reanudaron la condición de condiscípulos; Nidia viajó entonces a Bogotá a estudiar; ya para las vacaciones de 1982, (época que recuerda bien, porque en enero de ese año cumplía su hija 7 años de edad y precisamente marchaban a Tuluá a comprarle un 'angelino' y además a ver a una hermana que allí vivía) ella vino unos días a la casa mía y una tarde ella salió, después yo salí con mi hermana íbamos para Tuluá y por allá por la variante por el callejón del ALMAVIVA la vimos que iba con él (adelante precisó que iban en el carro de éste 'un carro blanco'), (...) entonces mi hermana me dijo 'ese es el marido de Martha' y yo le dije, claro que sí".

Después, en el año 1983, "como en Enero", Nidia "fue a la casa y me dijo que la acompañara donde el doctor Fabio López ha (sic) hacerse un galli. Cuando nosotros salimos de allí él la estaba esperando allí afuera de donde el Dr. Fabio López. Ella se quedó con él y yo me vine".

Agregó que cuando Nidia estuvo en su casa, "como mucho estaría un mes (...) no salía de noche, de día había veces".

c.- Hilda Torres viuda de Patiño, 39 años de edad, conoció a Nidia en Buga en el año 1975, "la conocí porque vivíamos cerca y me hice muy amiga de la mamá de ella, me ayudaban mucho y la molestaban mucho

sobre todo un señor que siempre la llevaba y que manejaba un woswagen (sic) amarillo, bueno ya después de eso yo seguí viviendo aquí y seguimos tratándonos y luego me fui para Bogotá (...) y daba cupos para hospedar a estudiantes y le dije a Nidia que se fuera para allá", y allí vivió desde julio de 1981, en vista de que ésta estudiaba Comercio Exterior en la capital.

Después ella se vino "como en diciembre ('creo que en el 82 en ese diciembre del 82') a pasar unas vacaciones acá (en Buga) y entonces me enteré que ella había tenido un accidente que la había atropellado un carro, y ya cuando volvió a Bogotá ya se encontraba en embarazo y ella siguió viviendo conmigo, ya después de eso la llama un señor y a veces una señora y le decía que era de parte del Dr. Alvaro Rentería que ya estaba el giro allá o si no para dialogar el señor Rentería con ella para saber como se encontraba y a veces yo la acompañaba a cobrarlo (sic) donde un amigo de él y que le había recomendado él". Cuando nació el niño, la testigo llamó por insinuación de Nidia al doctor Forero, quien quedó de comunicarse con el doctor Rentería, y más tarde informó que era imposible el traslado de éste a Bogotá a "hacerse cargo de la situación", pero que "recogiéramos la plata que él después se hacía cargo de eso".

Y en regresando Nidia a Bogotá, tras comunicarle telefónicamente que el papá de la criatura la había felicitado, le dijo (a la testigo) después llorando que él y la señora querían el niño para sí, a lo que ella no accedió en cuanto querían que figurase a nombre del matrimonio de él.

Expresó no conocer a Alvaro Rentería "personalmente"; que cuando los veía en el carro "uno no puede distinguir", pero lo describió en su fisonomía como "un señor fornido de edad, como trigueño...", y que cuando éste llamaba a Bogotá "manifestaba que era de parte de Alvaro Rentería y cuando Nidia no estaba pues dejaba la razón y que era de parte de él".

Relata, asimismo, que "nunca la vi con ningún otro hombre, siempre la dejaba en carro wolswagen (sic) amarillito y la dejaba antes de donde vivía ella y yo digo es porque iba mucho donde la mamá de ella (...), ella comenzó a tratar al Dr. Rentería como en el año 78 ví un disgusto de la mamá de ella con ella por una conversación que le había oído con el Dr. Rentería".

Al preguntársele por la relación existente entre Nidia y la persona que la llevaba y la dejaba en carro, dijo: "pues en lo que comentaba uno, pero

sabía que él salía con ella, que se querían mucho, que iban a la finca, pero nunca me ha gustado que me cuenten las personas sus intimidades".

El doctor Rentería le giraba por intermedio del Dr. Forero "que era donde yo acompañaba a Nidia cada 20 días o cada mes y ya a lo último le giró dos, uno por el Banco Cafetero y otro por el Banco de Bogotá, uno procuraba no molestarla para no preocuparla, pero yo siempre la acompañaba como a la 90 y pico, por la avenida de los Héroes, más o menos por allá tiene el consultorio el Dr. Forero, ella decía que era un colega de él que se lo había recomendado él (...) Nidia era la que entraba a conversar con él y yo me quedaba esperándola".

d.- María de Jesús Guerrero, tachada oportunamente de sospechosa por el demandado, por haber sido promotora de un juicio de filiación contra el hermano de quien en este proceso ordinario es el mandatario judicial de Alvaro Rentería, aseveró que conoce a Nidia desde el año 1976, porque "en ese tiempo yo trabajaba en el Seguro Social y por la noche iba a cuidar a una viejita que vivía por la carrera 9a. con 4a. y 5a.. (...) y Nidia vivía al frente de la misma cuadra. Yo veía salir juntos a Nidia y al Dr. Alvaro Rentería ellos salían en el carro de él que era un carro como blanquito, no recuerdo si era grande o pequeño (...), después, en el año 1983, "me comentó Nidia que estaba en embarazo yo siempre la veía con él, nunca la ví con otro hombre distinto yo digo la verdad, lo que ví y no por la amistad con ella ni porque está el Dr. Adriano Calero. Soy persona que nunca he tenido dares y tomares".

Explicó que conocía al Dr. Rentería porque éste entraba al bar del hotel Guadalajara cuando ella trabajó allí como recepcionista, "allá lo conocí y después veía a Nidia con él" Con Nidia hicimos una amistad íntima, es decir, uno se comenta todo y me decía me voy a ver con el Dr., me voy para la finca...". En una ocasión "estaba yo parada en Palo Blanco (precisó luego que en la esquina del puesto de policía, cerca de las fuentes de soda llamadas 'la última lágrima' y 'el quitapenas') cuando los ví a ellos que pasaron en carro por la variante como viniendo de Tuluá (...) y ella me saludó, me dijo adiós, hasta por cierto la ví enyesada, y ahora que me acuerdo cuando ella quedó en embarazo estaba enyesada".

4.- Pues bien. Tal como lo dijo el Tribunal, a la prueba de las relaciones sexuales se puede llegar por vía de inferencia, si es que se demuestra que por la época de la concepción existió en la pareja un trato personal y

social que, como lo ha dicho la corte, dada su naturaleza, antecedentes, continuidad e intimidad, "permita suponer razonablemente que hombre y mujer están ligados por un vínculo que supera la mera amistad, el efecto y el aprecio, aislada o conjuntamente considerados", y que, por lo mismo, es el que normalmente está acompañado del trato carnal (cas. civ. de 12 de mayo de 1992, aún no publicada).

5.- Si, entonces, bajo ese entendido, el Tribunal edificó básicamente su decisión en la prueba testifical que se deja condensada, no hay cómo afirmar que abusó de la autonomía que le asiste para ponderar los medios de persuación; porque del parangón que se haga entre su conclusión y los textos mismos de las versiones, no fluye, bajo ninguna perspectiva, que haya contraevidencia, y que, por lo mismo, aparezca el sentenciador totalmente desenfocado y sin respaldo demostrativo, o, para decirlo más elípticamente, que rayó en la arbitrariedad.

Dado que es lo cierto que Lady Teresita del Niño Jesús Patiño, como la que más, señala sin vacilación una secuencia coherente de todos los hechos que dice conoció directa y personalmente, abarcando un lapso de tiempo muy significativo que arranca del año 1975 y va hasta aproximadamente el de 1983; hechos que, a su juicio, fueron muy significativos, comoquiera que salían juntos, incluso en horas de la noche, regresando en la madrugada, de lo cual resultó el embarazo del que nació el menor demandante, que se besaban en la finca como lo describió especialmente en la ocasión que él fue enterado del embarazo-; algunas de las cuales cosas fueron corroboradas por ambos testigos, según se verá llegada la ocasión . Si, pues, el Tribunal, antes que alterar la objetividad de tales hechos, los tomó en consideración tal cual fueron narrados, y, dentro de la facultad discrecional que le asiste, dedujo que las relaciones que unían a Alvaro Rentería con Nidia Martínez revelaban una intimidad que deja al descubierto el grado de afecto y familiaridad que se profesaban, con un trato personal muy especial que trascendió la mera amistad, y de esto, a su turno, infirió el trato carnal averiguado, no puede asegurarse que allí incurrió en error resplandeciente que dé al traste con el fallo, si es que, de otra parte, en buena medida halló corroboración en otros elementos de juicio. Trato que, valga agregar, adquiere robustez en su existencia, si se observa que luego del alumbramiento persistió, y que despunta más certeramente al advertir que el demandado sumó a todo ello la ayuda que ofreció y que se dice llevó a cabo efectivamente, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

No es atendible la crítica que se enfila con el argumento de que el testigo habló de que Alvaro la recogía en su carro pero esporádicamente, porque muy a pesar de ser cierta la expresión así utilizada, la que ciertamente puede suministrar al desgaire la idea de que se quiebra la continuidad del trato que exige el inciso 2o. del numeral 4 del artículo 6 de la ley 75 de 1968, ha de verse, sin embargo, que la versión global de la testigo deja a las claras que ello no puede ser tomado literalmente; porque, evidentemente, la testigo se refiere concretamente a varias épocas, y respecto de todas ellas observó el mismo comportamiento de la pareja, cuya uniformidad hace que no aparezcan desconectadas unas de otras, y, antes bien, se intuye razonablemente que hay la conexión suficiente, como que permite establecer que la relación de antaño y de hogareño fue una misma y que en términos generales no puede considerársela interrumpida. Este aspecto amerita rememorar el cuidado y atención que demanda el examen del elemento alusivo a la continuidad, porque es verdad que un análisis acompañado de una gran dosis de rigurosidad puede caer en los excesos que tanto maltratan la equidad y la justicia. En el punto, pues, no deben obrar tesis fijas e inflexibles, impregnadas de raseros milimétricos, al punto de que la continuidad sea entendida como un no dejar de hacer nunca, porque así se le da la espalda a la vida misma, con su trasiego cotidiano, para no hablar de las contingencias y avatares que no raramente la sedian, y ante todo se echa al olvido la importante regla según la cual son las condiciones particulares las que indiquen en cada caso si algunos intervalos tienen la connotación de una decidida y resuelta determinación de hacer dejación del trato, o, por el contrario, son apenas circunstanciales y connaturales.

Muy a propósito de esto, viene al caso traer a capítulo lo que la Corte expresó en relación con la continuidad que también se exige para la posesión notoria del estado de hijo, que, aunque no es la causal aquí invocada, sí concurre ese concepto a precisar la idea que se quiere poner de manifiesto.

Díjose entonces que no es dable entender la continuidad con la significación exagerada de que los hechos constitutivos de la posesión se repitan incesantemente, al punto de que por cualquier intersticio en que ceje la relación de los supuestos que la caracterizan, se de al traste con dicha continuidad, de donde se sigue que ésta "no debe entenderse interrumpida por aquellos breves intervalos que no con poca frecuencia se ofrecen connaturales, o que se imponen por las circunstancias temporales que advengan forzosas (...) En esas condiciones, un simple intervalo no es suficiente para

que se interrumpa la continuidad comentada; indispensable es que al lado de su existencia meramente objetiva se observe que la dejación del trato entre padre e hijo es de tanta magnitud, tanto cualitativa como cuantitativa, que se puede inferir razonablemente que en ella no incurre un verdadero padre..." (Cas. Civ. de 24 de enero de 1992, no publicada).

6.- Ya en punto de credibilidad de la testigo, no parece de recibo el cuestionamiento que sobre sospecha lanza el recurrente sobre la base de la grande amistad que tiene con Nidia, toda vez que, en primer lugar, aquí habló la testigo sin reticencias, no obstante que su condición de abogada le sugeriría lo contrario en caso de estar buscando que se le avalara la mentira; en segundo lugar, porque su versión fue responsiva, según se explicó desde atrás, de tal suerte que no se descubre mácula que empañe su imparcialidad, a la que sin duda está aún más obligada dada su profesión, vista la lealtad que le debe a la administración de la justicia.

Como se sabe, la simple sospecha no descalifica de por sí al testigo, si bien en épocas ya superadas no fue así. Hoy simplemente se recibe la declaración del hombre sospechoso con protesta de reserva; se analiza con mayor celo y, por ende, su ponderación exige del juez un examen agudo, austero, cuidadoso y hasta suspicaz. Justamente el examen que aquí se hace con el testimonio de Lady Teresita; si pues, luego de que su dicho se haga por pasar por el tamiz señalado, antes que ser inverosímil, se muestra atendible y, además, no entra en contradicción franca con ninguna otra probanza, ya la sospecha se disipa definitivamente.

En orden a verificarlo, obsérvese que si tal persona hubiese ávida de mendacidad, nada le hubiera costado ser empeñosa en su cometido, y haber contestado entonces que observó o conoció escenas de mayor rango de intimidad a los que narró; no obstante, contra lo que bien pudiera esperarse, dijo no constarle que Alvaro hubiese entrado, a la casa siquiera, donde habitaba Nidia; pero en su lugar explicó "él siempre en el carro, por ejemplo se la llevaba por la noche y la traía a la madrugada (sic), se la llevaba a la finca y luego la traía". O, cuando con refulgente sinceridad aseveró que cuando le abría la puerta a Nidia ya ésta se había apeado del vehículo, y que, por lo tanto, no pudo observar más que el beso de despedida, el que es común, esto es, sin ningún tipo de apasionamiento.

Así las cosas, fluye que, al contrario, el de Lady Teresita es un testimonio que, por haber ella convivido con Nidia, se revela importante ya

que es esa la única causa por la que resultó narrando detalladamente lo que dijo. Optica desde la cual no cabe reprocharle interés en las resultas del juicio por el simple hecho de haber tenido el propósito de adelantarlo de su parte como mandataria judicial, pues que, amén de tener que destacarse una vez más que su condición de abogada le hubiese mandado callar esa circunstancia, si quería aparentar neutralidad, su profesión no solamente se lo permitía sino que hasta se lo imponía, porque no, en aras del decoro y la rectitud si es que, como ella misma lo expresó; y así lo evidencia su narración lo haría "puesto que sabía a ciencia cierta toda esta historia".

Ni tampoco es admisible darle cabida a la duda que se quiere incrustar por la forma "excitada" como le contó Nidia acerca de su ida al motel con Alvaro. Porque sobre tratarse de un hecho aislado que en modo alguno tiene virtud para desdibujar lo global de la declaración, ha de tenerse presente que la excitación que revistió su comunicación, no dice relación para nada con una primera experiencia sexual (como lo sugiere el casacionista), sino con la timidez que con el carácter casi de enfermiza le endilga la testigo a Nidia, el paso a dar no era el acto sexual en sí, sino el de enterar a Lady Teresita; bien diferente por cierto.

Y en todo caso, el hecho a probar no era si Nidia confesó a la sazón el trato sexual -al fin y al cabo no mucho aportaría por provenir de su padre-, sino el de si existió en verdad el trato social y personal que sirve de indicio de tal cuestión, aspecto sobre el cual afirmó sin vacilación la declarante que "esos comportamientos, las salidas, el trato de ellos, la llegaba (sic) de ella a altas horas de la noche con un hombre me daban certeza a mí de que ellos sí tenían un romance en forma".

8.- Todo cuanto se ha dicho hasta este momento parecería dar a entender que la única prueba testimonial en que se fincó el Tribunal, es la que viene de sopesarse. Ni por modo. Lo que ocurre es que si fue la principal decisión, y, como quiera que se le hizo el miramiento de sospechoso, fue menester pasarla por la criba del estudio que así se deja plasmado. Porque, a mayor abundamiento, obran otras declaraciones que en mucho vigoriza el mérito de aquella versión. Ciertamente, María Jesús Guerrero, Hilda Torres de Patiño y María del Socorro Ramírez, particularmente la primera y la última, vertieron el conocimiento de hechos que fortifican el relato de Lady Teresita y le apuran verosimilitud.

Efectivamente, dan cuenta que Alvaro recogía en el carro a Nidia cuando ésta estudiaba en el Sena: que igualmente la recogía en su casa; coinciden en que para el año 1982 Nidia se accidentó y fue necesario ampararla, época por la que por igual la vieron en compañía del demandado; que resultó embarazada y que Alvaro le ayudó económicamente a través de un profesional de la odontología en Bogotá; y explicaron además, cada uno por su parte, las circunstancias en que ocurrieron esos hechos.

De manera que todo conjuntado hace ver que el trato investigado abarcó a la postre el tiempo comprendido entre 1976 y 1983. Lo que arroja creces a la credibilidad de aquel testimonio, vale decir, el de Lady Teresita.

9.- Y frente al mérito del testimonio, quienquiera que sea el testigo, se debe subrayar que él no puede echarse a pique deletreando y repasando minuciosamente su contenido para buscar las más nimias imprecisiones en las que el impugnante encaje cómodamente la crítica y así derivar la inverosimilitud del dicho, basándose, como en este caso, *verbi gratia*, en que una declarante dijo que Nidia estuvo para el multimencionado diciembre de 1982, en su casa, en tanto que otra expresó que había estado era en la suya (pero olvidándose que la misma testigo aclaró que fue apenas unos días), porque en esas condiciones llegaríase a desdeñar cuanto testimonio se rinda en los diferentes juicios, no siendo de recibo más que aquellos que conviniesen hasta en los más intrascendentes detalles y que fungieran como verdaderos calcos de la historia, como si no estuviese declarando el hombre cuya infalibilidad y absoluta fidelidad nadie está en condiciones de garantizar.La veracidad de su relato, pues, no hay que buscarla entre las líneas, sino en el conjunto; sólo la apreciación global de la declaración da a buen seguro el grado de confiabilidad que merezca, pues al fin y al cabo el todo es más que la parte.

Por suerte que si la conclusión de conjunto no se desvanece por la contradicción o inexactitud que algún pasaje de la declaración pueda contener, tal defecto, que, repítese, es propio de la condición humana, está condenado, por lo anodino que adviene, a perderse sin remedio en el esplendor del conjunto.

10.- Por otro lado, la mayor parte de los reparos del casacionista se basa en el estudio aislado e individual de los diversos testigos, lo que va a contrapelo del mandato legal que preceptúa exactamente lo contrario. En este orden de ideas, bien puede acontecer *que los testimonios aisladamente considerados no constituyen de suyo la prueba convincente del trato de la pareja, pero es que*

no es ese el examen que impone la ley, la lógica ni la naturaleza misma de las cosas. Es necesario enlazar y articular todas las versiones para someterlas a una crítica in integrum, examen global que hace imperioso el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, pues únicamente el juicioso cotejo que entre ellas establezca puede conducir al juzgador a la consecución de la verdad porque propugnan las pruebas en general. De otro modo, sería tanto como llegar a exigir hiperbólica y estúlidamente, que todos los testigos respondan a un arquetipo, y que, so pena de subestimarlos, deben ser absolutamente coincidentes.

11.- En fin cualquiera sea el proceso analítico que se asuma en la definición de esta litis, lo evidente y cierto es que jamás puede decirse que en este caso hubo error con virtud para quebrar la decisión, esto es, que en ningún supuesto cabe admitir que el Tribunal se hubiera equivocado manifiestamente y que su decisión es totalmente contraevidente.

12.- Como se deja visto, la prueba testimonial sale indemne del ataque en casación; por lo mismo, resulta inocuo buscar otras aristas de la acusación, referidas a elementos persuasivos que el sentenciador apenas si tuvo como corroborantes, si es que se recuerda que el soporte toral de la sentencia está precisamente en aquella, lo que trae como colofón que en cualquier evento la decisión se mantendría en pie.

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 29 de julio de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas del recurso a cargo del demandado-recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y EXTINTIVA/PERTENENCIA/DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Cuando es la persona del demandado quien pretende haber ganado por prescripción adquisitiva el bien cuyo dominio se litiga, para alcanzar la declaración de pertenencia, él ha de proponer demanda de reconvención en que ejercite, como acción, la prescripción adquisitiva. Pero si el demandado se limita a proponer excepción de prescripción, sin que en demanda de mutua petición solicite se le declare dueño del bien litigado por haberlo adquirido por prescripción, entonces, así haya calificado dicha excepción como prescripción adquisitiva debe entenderse que está alegando la prescripción extintiva; salvo que expresamente alegue dominio por haberlo ganado por usucapión, caso en el cual, por estarse proponiendo la prescripción como acción, debe rechazarse la excepción.
Igual sentido: G.J. LXXXIV, 392; sentencia de 29 de septiembre de 1977; sentencia de 4 de octubre de 1982 (G.J. CLXV, pág. 227)

F. F: C.C. Art.: 2535

ERROR DE HECHO / FRUTOS

Error factico cometido por el sentenciador de segunda instancia al confirmar la restitución de frutos a cargo del demandado, a partir de determinada fecha, impuesta por el a-quo, sin existir los elementos de convicción que permitan esa conclusión.

Corte Suprema De Justicia - Sala de Casacion Civil - Santafé de Bogotá, D.C. diez (10) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Nicolas Becharu Simancas*

Referencia: Expediente No. 4355. Sentencia Nº 123

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Fundación Clínica de Maternidad David Restrepo frente a Hugo Vélez Ortiz.

ANTECEDENTES

I. Por demanda repartida al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santafé de Bogotá la citada demandante solicita que con audiencia del referido demandado se declare que es de su propiedad el apartamento 401 del edificio distinguido con los números 42-36, 42-28 y 42-22 de la carrera 13 de Santafé de Bogotá, cuyos linderos se expresan en los hechos de la demanda; que, consecuentemente, se condene al demandado a restituir a la actora el mencionado inmueble, lo mismo que a pagarle los frutos que ésta dejó de percibir desde el momento de su posesión hasta cuando se verifique la entrega; y se le impongan las costas del proceso.

II.- Los fundamentos fácticos de estas peticiones se sintetizan así:

a) La demandante adquirió el edificio indicado por compra que él hizo a Humberto Ignacio González D´costa, según escritura pública No. 0298 de 5 de febrero de 1964, otorgada en la Notaría Primera de Santafé de Bogotá, registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de esta misma ciudad el 20 de febrero de 1964, cuyos linderos se describen en el hecho primero de la demanda.

b) El apartamento 401, objeto de la presente acción, forma parte del edificio reseñado, sus linderos son los que describe el hecho segundo de la demanda, y el demandado se ha posesionado de mala fe de él, desconociendo los derechos de su legítimo dueño, conforme se desprende de las fotocopias auténticas del proceso reivindicatorio cursado entre las mismas partes en el Juzgado Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, y que culminó con sentencia inhibitoria.

c) El demandado asevera que "... la posesión de dicho apartamento lo

adquirió de manos de un señor Horacio Estrada que no sabe en donde vive, pero que se lo dio en pago de una deuda conforme a documentos que jamás ha exhibido.

d) El demandado entró a ocupar el apartamento aludido en virtud de contrato verbal de arrendamiento celebrado con la demandante, "pero cuando se fue a elevar a escritura se negó a firmarlo".

e). En el proceso ordinario reivindicatorio atrás referido, el aquí demandado propuso la excepción previa de pleito pendiente, aduciendo haber entablado en 1976 proceso posesorio contra la Fundación actora, del cual conoció el Juzgado 15 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, todo por cuanto, según él, existía identidad de partes, de objeto y de causa.

f) Dicho proceso ordinario reivindicatorio terminó con sentencia inhibitoria, debido a que en la demanda la Fundación no individualizó los linderos del apartamento 401, sino los generales del edificio.

g) No obstante la deficiente identificación del predio en la demanda que dio origen al proceso reivindicatorio ventilado en el Juzgado 4o. Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, las pruebas practicadas en él "demuestran la posesión que ejerce el demandado en el inmueble que por razón de la presente demanda se pretende reivindicar".

III.- Enterado de la demanda, el demandado contestó que no es cierto que la actora sea propietaria "de un apartamento 401, y no hay identidad jurídica ni material entre el inmueble que se pretende reivindicar y el que tiene en posesión..."; que desconoce los linderos señalados en la demanda para aquel apartamento; que él tiene en posesión el apartamento 401 del edificio de la carrera 13 No. 42-36 de Santafé de Bogotá, posesión que ejerce él desde el 16 de febrero de 1964, antes del registro de la escritura pública que sirve de título al reivindicante, operándose en su favor, dice, el principio jurídico de "prius in tempore, prius in jure"; que recibió la posesión de Horacio Estrada y no es cierto que la demandante le hubiese arrendado el inmueble. Sobre esos hechos el demandado se opone a las pretensiones de la demanda, formulando contra ellas la excepción que denominó de "carencia de derecho a demandar, basado en la falta de identidad entre lo que se demanda y lo que se posee, por tener ...posesión real y material desde el 16 de febrero de 1964 y porque con la demanda que se está con-

testando no se interrumpió la prescripción adquisitiva de dominio a que tiene derecho mi mandante y que por separado se reclama".

IV.- El a quo finalizó la primera instancia con sentencia de 24 de agosto de 1989, en la cual resolvió:

"1.- Declarar no probada la excepción propuesta por el demandado.

"2 Declarar que pertenece a la demandante FUNDACION CLINICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO, el apartamento 401 del edificio ubicado en la Carrera 13 No. 42-22/28/36 de esta ciudad y alinderado en la demanda que dio origen a este proceso.

"3.- Condenar al demandado HUGO VELEZ ORTIZ, a restituir a la parte demandante dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el apartamento mencionado en el punto anterior.

"4. Condenar al demandado HUGO VELEZ ORTIZ a pagar a la parte demandante los frutos naturales y civiles que éste ha dejado de percibir desde el mes de febrero de 1964 y hasta que la restitución se realice. Para la liquidación se procederá en la forma establecida en el art. 308 C.P.C.

"5.- Condenar en costas al demandado".

V.- Inconforme el demandado con esa decisión, recurrió en apelación contra ella, terminando la segunda instancia con fallo de 4 de octubre de 1991, por medio el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá hizo los siguientes pronunciamientos:

"PRIMERO: Modificar la estipulación final el artículo cuarto de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, ordenando que para la liquidación se procederá en la forma establecida en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

"SEGUNDO: En lo que no sea contrario a lo que aquí se estipula, se confirma la sentencia impugnada o sea la proferida en el asunto de la referencia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

"TERCERO: Condenar en costas de segunda instancia al demandado".

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por cuanto estimó pertinente fallar de mérito, el ad quem abordó el estudio de los elementos estructurales de la acción reivindicatoria, entre los cuales halló acreditados la determinación del bien a reivindicar y la identidad entre éste y el poseído por el demandado, posesión que a su turno encontró probada con la propia contestación de la demanda, pues allí, prosigue, el demandado aceptó tener esa calidad. Respecto de las aseveraciones del demandado, según las cuales es poseedor del inmueble por más de 20 años y con antelación al registro del título de la actora, manifiesta *el ad quem* que ello no constituye medio exceptivo con el que se pueda contrarrestar la acción reivindicatoria, pues hasta allá no puede llegar la facultad interpretativa del Juez, que el *a quo* acertó "al manifestar que no podía reconocerse oficiosamente la prescripción al tenor de lo normado por los artículos 2513 del Código Civil y 306 del Código de Procedimiento Civil"; que la prescripción no fue alegada en forma expresa como excepción por la parte demandada, "quien se limitó a mencionar superficialmente el hecho de haber estado en posesión por más de veinte años, pero sin delimitar concretamente tal suceso como medio exceptivo, en la búsqueda de la prescripción extintiva".

Agrega el sentenciador que no está demostrado en el proceso la fecha desde la cual se inició la posesión del demandado, pues este hecho se pretendió acreditar con fotocopia de un escrito enviado presuntamente por Horacio Estrada Echeverry, en el que éste acepta ser deudor del aquí demandado y promete darle la posesión de "un apartamento en un edificio de Bogotá en sitio residencial", escrito que para el Tribunal "no resiste el más mínimo análisis sobre su eventual calidad probatoria de documento privado...", pues tras de no estar ceñido a los requisitos del art. 252 del C. de P.C., no se especifica en él a qué apartamento se alude, no se individualiza tampoco el edificio del cual hace parte y ni siquiera el momento a partir del cual ello tendría lugar, prueba que, no serviría para determinar la pretendida buena fe del poseedor demandado.

Sigue expresando el *ad-quem* que la prueba testimonial del proceso no es idónea para establecer el "fenómeno adquisitivo pretendido", pues aun cuando los testigos dicen conocer al demandado hace más de 20 años y aseveran "que él les ha afirmado ser el dueño y que no paga arriendo a nadie, no aportan nada sobre los actos de señor y dueño que tal persona

pueda ejercer sobre el inmueble objeto de la litis que conformen el aspecto material o corpus de la posesión y menos aún sobre el aspecto sicológico o ánimus".

En ese orden de ideas, y tras reiterar lo improcedente que resulta la declaración oficiosa de prescripción extintiva del derecho pretendido por la actora, el Tribunal señala "que no está de más afirmar que no tiene relevancia alguna para la acción reivindicatoria, el hecho de que la posesión se hubiese iniciado con anterioridad o posterioridad a la adquisición del derecho de dominio por parte del titular, pues no tratándose de derechos de igual naturaleza ni categoría, no puede aplicarse el aforismo citado por el demandado, de que el primero en los hechos es el primero en el derecho".

Una vez concluye, en otro aparte de sus consideraciones, que el demandado es poseedor de mala fe, el Juzgador manifiesta que la demanda acreditó, con la prueba documental aportada, su derecho de dominio sobre el bien, el cual, señala, es cosa singular reivindicable, agregando que la sentencia del *a-quo* debe confirmarse, con la única salvedad de ordenar para su liquidación el trámite establecido en el inciso cuarto del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos, todos por la causal primera de casación, formula recurrente contra la sentencia del Tribunal. La Corte despachará conjuntamente los dos primeros y luego lo hará respecto del último, pues no obstante la prosperidad que éste ha de tener, combate sólo de manera parcial la sentencia recurrida.

CARGO PRIMERO

Mediante éste se censura la sentencia de infringir indirectamente los artículos 2512, 2513, 2517, 2531, 2532, 2535, 2536, 2538 del C.C., por falta de aplicación; 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 966 del C.C., por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal al apreciar la contestación de la demanda, que no le permitió concluir "que habiendo alegado el demandado que posee materialmente desde el 16 de febrero de 1964 y que con la demanda introductoria de este proceso no se interrumpió la prescripción adquisitiva de dominio a que tiene

derecho, con ello realmente propuso la excepción de prescripción *extintiva* del derecho de la demandante".

En procura de demostrar el yerro denunciado, el recurrente nota cómo, al responder la demanda, el demandado expuso "como excepción de fondo propongo la carencia de derecho a demandar, basado en la falta de identidad entre lo que se demanda y lo que se posee, por tener mi mandante posesión real y material desde febrero 16 de 1964 y porque con la demanda que se está contestando no se interrumpió la prescripción adquisitiva de dominio a que tiene derecho mi mandante y que por separado se reclama".

Pese a reconocer el censor lo lacónico de la excepción así propuesta, advierte que de ella emerge claramente que son dos los hechos en que se apoya, a saber: a) que no hay identidad entre lo pretendido y lo poseído y; b) que al poseer el demandado desde el 16 de febrero de 1964, tiene derecho a la prescripción adquisitiva de dominio, al haber transcurrido desde entonces más de 20 años, sin que se hubiese interrumpido con la presentación de la demanda (art. 90 del C. de P.C., antes de la reforma). Lo que caracteriza la excepción, advierte luego el impugnante, es la contraposición que se haga de un hecho afirmado por el actor, mediante el empleo de otro hecho impeditivo, modificativo o extintivo de aquel, que altere los efectos jurídicos de ese hecho en que el actor apoya su pretensión. Agrega que "entonces hay que concluir que lo que constituye verdaderamente la formulación de una excepción determinada, como la de prescripción, no es su nominación acertada, sino que, en el escrito de respuesta a la demanda se haya relatado, como defensa, los específicos hechos que tengan virtud para enervar la pretensión del demandante", criterio en pos del cual transcribe jurisprudencia de la Corte.

Si el demandado, sigue expresando el impugnante, al contestar la demanda contradijo o negó el derecho del actor reivindicante mediante excepción en la que planteó la carencia del derecho de éste a demandar, por estar él poseyendo real y materialmente el bien perseguido desde el 16 de febrero de 1964, "debe entenderse que lo propuesto no fue la acción de prescripción adquisitiva de dominio, es decir, la usucapión, sino la *excepción de prescripción extintiva* del derecho del reivindicante, ya que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho (art. 2538 del C. Civil). Desde luego que la

acción de prescripción adquisitiva de dominio sólo puede proponerse en demanda de reconvención o en demanda de pertenencia, es evidente que si se alega ella en el escrito de respuesta a la demanda y como oposición al derecho del reivindicante, debe entenderse que allí se propuso fue *la excepción de prescripción extintiva o liberatoria*". Reitera que, frente a doctrina y jurisprudencia, la excepción en comento queda bien formulada resistiendo el demandado el derecho del reivindicante, frente al que alega o contrapone simplemente su posesión material por más de 20 años, mayormente cuando, además, se pone de presente que no se cumplieron los requisitos del art. 90 del C. de P.C. (antes de la reforma) y por esa razón la demanda no interrumpió el término de prescripción, que continuó corriendo hasta consolidar los 20 años de posesión del demandado.

Amparado en las reflexiones precedentes, el impugnante exterioriza la "notoria contraevidencia" en que cayó el Tribunal al no concluir que el demandado propuso en la contestación de la demanda "la excepción de prescripción extintiva del derecho de la Fundación demandante".

Advierte además que como el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia con la sola modificación de que "la liquidación de frutos se hará por el procedimiento del artículo 307 del C. de P.C. y no del 308, síguese que el *ad quem* aceptó que el demandado Hugo Vélez Ortíz posee el inmueble reivindicado desde el mes de febrero de 1964, ya que confirmó el numeral 4 del fallo apelado en que se condena a éste a pagar a la demandante "los frutos civiles y naturales que ésta ha dejado de percibir desde el *mes de febrero de 1964* y hasta que la restitución se realice", pues es palmario que si el Tribunal hubiera estimado que la posesión no se inició en esa fecha, sino en otra posterior, entonces no habría condenado a pagar frutos *precisamente desde el mes de febrero de 1964*".

Concluye de lo anterior el recurrente que el Tribunal erró también de hecho al no ver que si el demandado inició su posesión sobre el apartamento 401 en febrero de 1964, al notificársele el auto admisorio de la demanda, el 21 de marzo de 1984 (fl. 232 C.1), habían transcurrido más de 20 años de posesión, pues ésta no se interrumpió con la presentación de ese libelo, y por eso se operó en tales circunstancias la prescripción adquisitiva de dominio en favor del demandado, y la liberatoria en contra de la actora. De manera que, insiste el casacionista, si el demandado propuso la excepción de prescripción y además poseyó por más de 20 años, el Tribunal,

observando el mandato de los artículos 306 del C. de P.C. y la Ley 50 de 1936 (que infringió, por no aplicarlos), debió declarar probada la excepción de prescripción extintiva y no acceder a las pretensiones de la actora.

Otro yerro fáctico del Tribunal lo hace consistir la censura, en pasar por alto que la confesión hecha por el demandado al contestar los hechos 3o. y 4o. de la demanda, es indivisible, al tenor del artículo 200 del C. de P.C., confesión consistente en manifestar que tiene la posesión del bien desde el 16 de febrero de 1964, y al no percatarse que esa aseveración está corroborada por la declaración trasladada de Mario Fernando Lewis Mendoza (fls. 88 a 90 C.1) y el dictamen pericial visible entre folios 311 a 318 del cuaderno 1, en el que los expertos liquidaron frutos a partir de mediados de febrero de 1964, sin objeción de la actora. Si el Tribunal, prosigue, hubiera advertido que esa confesión es indivisible, habría dado por aceptado no sólo que la posesión se inició el 16 de febrero de 1964, sino que al momento de notificársele la demanda ya habían transcurrido más de 20 años y se había producido la prescripción.

Por consiguiente, solicita casar el fallo del Tribunal, revocar el del *a-quo* y declarar probada la excepción de prescripción extintiva.

CARGO SEGUNDO

Acúsase en él la sentencia de violar indirectamente los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 964, 966 del C.C., por aplicación indebida; y 762, inciso 2o. del C.C.; por falta de aplicación, a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal al apreciar las pruebas.

Señala el recurrente al desarrollarlo, que el *ad-quem*, contradiciendo la doctrina de la Corte sobre el punto, expresó:

"...no está de más afirmar que no tiene relevancia alguna para la acción reivindicatoria, el hecho de que la posesión se hubiese iniciado con anterioridad o posterioridad a la adquisición del derecho de dominio por parte del titular, pues no tratándose de derechos de igual naturaleza ni categoría, no puede aplicarse el aforismo citado por el demandado, de que el primero en los hechos es el primero en el derecho".

El casacionista transcribe a continuación jurisprudencia de la corte en la que, añade, se sostiene lo contrario, es decir, explica, "cuando título del

demandante el demandado opone una *posesión material anterior*, no puede prosperar la reivindicación, pues en tal evento sigue incólume la presunción de que el poseedor se reputa dueño, erigida en el artículo 762, inciso final, del Código Civil, presunción legal ésta que sólo "desaparece en presencia de un título *anterior* de propiedad que contrarreste la posesión material...".

Las pruebas analizadas por el Tribunal, prosigue, ciertamente no acreditan que la posesión del demandado se inició el 16 de febrero de 1964, pero a ello sí se llega con las siguientes pruebas no apreciadas por dicho sentenciador, que lo indujeron en error de hecho: las respuestas dadas por el demandado a los hechos 3o. y 4o de la demanda, que debía apreciarla en forma indivisible (art. 200 C. de P.C.), corroboradas con la declaración trasladada de Fernando Lewis Mendoza (fls. 88 a 90 C.1) y con el dictamen de los peritos (fls. 311 a 318 C.1), que sin objeción de la parte actora tasaron los frutos a restituir por la demandada a partir del 16 de febrero de 1964. Al confirmar el Tribunal el fallo apelado que acogió ese dictamen, continúa, fue porque estimó que el demandado viene poseyendo desde la citada época; reflexión que complementa diciendo que como el título de la actora fue registrado el 20 de febrero de 1964, continúa en pie la presunción de dominio en favor del demandado, conforme al art. 762 del C.C.

Consecuente con lo anterior, el censor solicita se case la sentencia del Tribunal, se revoque la del *a-quo*, y se nieguen las pretensiones de la demanda "porque el título de la demandante es *posterior* al inicio de la posesión del demandado".

SE CONSIDERA

1.- Por sabido se tiene que la prescripción es uno de los modos de extinguirse las acciones y derechos ajenos, pues así se desprende claramente del artículo 2535 del C.C., al disponer éste que "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hubieran ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible". De manera que, con arreglo de la ley, la prescripción extintiva o liberatoria exige únicamente que se cumpla determinado lapso de tiempo durante el cual dejen de ejercerse las acciones o derechos, por cuanto el legislador parte de la presunción de que éstos se extinguieron, como del concepto de pena impuesta al titular de los mismos que ha dejado pasar un tiempo considerable sin ejercer su derecho.

Es evidente, entonces, que si el transcurso de un lapso determinado implica la prescripción del derecho que se ejerce mediante una acción judicial, ese fenómeno debe alegarse por el demandado por vía de prescripción, porque el fundamento racional de la prescripción liberatoria es de alguna manera análoga al de la adquisitiva, como lo enseñan los expositores colin y capitant. De ahí que, como lo ha manifestado insistentemente la Corte "la prescripción que extingue las acciones ajenas debe ser alegada por quien tenga interés en ello, es decir, por aquel a quien la acción perjudique". (G.J. LXXXIV, 392).

Con todo, es preciso puntualizar que la prescripción extintiva o liberatoria debe proponerse como "excepción", es decir, como medio enervante del derecho del actor; mas no como "acción", dadas las diferencias sustanciales y procesales de una y otra, lo cual lleva a entender que aduciéndose por el demandado la "excepción de prescripción adquisitiva" se está haciendo clara referencia a la "prescripción" como "acción", si además y a pesar de no haber presentado demanda de reconvención, alega dominio, bajo la circunstancia de ser usucapiente del bien que se disputa.

Sobre este particular la sala hizo las siguientes precisiones, en sentencia de 29 de septiembre de 1977:

"La prescripción, como lo declara el artículo 2512 del Código Civil, no solamente es uno de los precisos modos de adquirir el dominio y los derechos reales sobre las cosas ajenas, sino que es también medio para extinguir las acciones y los derechos ajenos. La primera se llama prescripción adquisitiva o usucapión, y la segunda, prescripción extintiva. Hoy al tenor de lo dispuesto en el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil (equivalente al actual 407, se agrega), la usucapión o prescripción adquisitiva, ya ordinaria, ya extraordinaria, es fundamento para proponer demanda de declaración de pertenencia de un bien. En tal caso, la usucapión se ejerce como acción. Del mismo modo, cuando es la persona del demandado quien pretende haber ganado por prescripción adquisitiva el bien cuyo dominio se litiga, para alcanzar la declaración de pertenencia, él ha de proponer demanda de reconvención en que ejercite, como acción, la prescripción adquisitiva. Pero si el demandado se limita a proponer excepción de prescripción, sin que en demanda de mutua petición solicite que se le declare dueño del bien litigado por haberlo adquirido por prescripción, entonces así haya calificado la

dicha excepción como prescripción extintiva: salvo que expresamente alegue dominio por haberlo ganado por usucapión, caso en el cual, por estarse proponiendo la prescripción como acción, debe rechazarse la excepción" (no publicada). En el mismo sentido se pronunció la corte en sentencia de 4 de octubre de 1982 (G.J. CLXXV, pág. 227).

2.- En la especie de esta litis el demandado enfrentó la pretensión reivindicatoria de la actora, proponiendo, al contestar la demanda, la excepción que denominó "...carencia de derecho a demandar, basado en la falta de identidad entre lo que se demanda y lo que se posee, por tener mi mandante posesión real y material desde febrero 16 de 1964 y porque con la demanda que se está contestando no se interrumpió *la prescripción adquisitiva de dominio* a que tiene derecho mi mandante y que por separado se reclama (se subraya)". Y en efecto, tal como se anunció y puede constatarse en la actuación visible al cuaderno 3 del expediente, la parte demandada presentó demanda de reconvención contra la Fundación Clínica de Maternidad David Restrepo, en virtud de la cual pidió declarar que "pertenece a mi mandante Hugo Vélez Ortiz, en dominio pleno y absoluto, el apartamento 401 que forma parte de un edificio de ocho pisos situado en la carrera 13 número 42-36/28/22 de esta ciudad, cuyos linderos especiales son los siguientes...". Esa demanda de reconvención se frustró al no haber sido admitida por el *a-quo*.

Lo que acaba de exponerse hace evidente a todas luces, que la prescripción alegada en este proceso por el demandado, fue la adquisitiva de dominio y no la extintiva o liberatoria del mismo, lo que en puridad obliga concluir que no se propuso este medio exceptivo, no declarable tampoco de oficio por las limitaciones impuestas en el artículo 306 del C. de P.C.

3.- Las reflexiones precedentes se encargan, pues, de poner en evidencia que el Tribunal no cometió el yerro fáctico que le achaca la censura, cuando con vista en las pruebas del proceso determinó que el demandado no propuso la excepción de prescripción extintiva del derecho pretendido por la actora.

4.- Siendo así, a la Corte le basta con lo dicho para concluir, cuando menos, que el ataque inicial de los aquí acumulados no se abre paso, cuestión que la releva de ocuparse de los restantes reparos allí formula-

dos, por venir éstos apoyados en el pretendido supuesto de ser real la proposición de la "excepción de prescripción extintiva" señalada, y que con acierto negó el Tribunal.

5.- Pero aún en el evento de tener por presentada la "excepción de prescripción extintiva" del derecho de la actora que aduce el recurrente, la acusación no podría salir tampoco airosa, porque para decidir como lo hizo, el citado sentenciador se apuntaló en que el inicio de la posesión del demandado no quedó demostrado desde el 16 de febrero de 1964 (como él lo pretende con el documento visible al folio 237 del cuaderno 1), y fundándose además en que la prueba testimonial obrante en el proceso no es bastante suficiente para acreditar los elementos estructurales de la posesión-a saber: el corpus y el animus. De suerte que si bien es verdad que al confirmar en todas sus partes el fallo del *a-quo* el Tribunal arribó tácitamente a una conclusión diferente en relación con el inicio de la posesión del demandado por cuanto aquel ordenó allí la restitución de frutos a cargo de éste a partir del mes de febrero de 1964, justo es también reconocer que de allí no surge un necesario yerro fáctico evidente del Tribunal al acoger la pretensión reivindicatoria de la actora, pues de cara a la realidad probatoria no existen realmente elementos de convicción que permitan colegir que la posesión del demandado se hubiera iniciado el 16 de febrero de 1964, e impida por ello la prosperidad de aquella súplica.

Dicho de modo diferente, aun cuando se aceptara en gracia de discusión que el demandado propuso la excepción de prescripción extintiva del derecho del demandante, el Tribunal no cometió el yerro fáctico evidente que le endilga la censura en los dos cargos acumulados al acceder a la pretensión reivindicatoria suplicada, como quiera que esa decisión no contraría la realidad del proceso, ni siquiera partiendo de la correcta estimación de las pruebas echadas de menos por el recurrente.

6.- Dentro de esa misma línea de argumentación, preciso es entonces afirmar que no porque carezca de "relevancia alguna el hecho de que la posesión se hubiese iniciado con anterioridad o posterioridad a la adquisición del derecho de dominio...", como lo dijo con ostensible desacierto el Tribunal y lo rectifica ahora con vehemencia la Corte, sino porque precisamente la excepción de prescripción propuesta por el demandado resulta inatendible y, aunque lo fuera, el inicio de su posesión no está determinado para el 16 de febrero de 1964 y no permite

concluir, por ende, que es anterior al registro del título de la actora, por lo que justamente resulta viable la pretensión reivindicatoria de esta última.

7. Los cargos, por lo expuesto, no son prósperos.

CARGO TERCERO

Por su conducto se le endilga al Tribunal la infracción indirecta del artículo 964 del C.C , por aplicación indebida.

Señala el recurrente en procura de demostrarlo, cómo a pesar de que el propio Tribunal expresa en su fallo que no está probado que el demandante Hugo Vélez Ortíz hubiese empezado a poseer desde febrero de 1964, lo condenó a pagar frutos del inmueble reivindicado desde el citado mes de febrero, cuando dicha norma dispone que el poseedor vencido que no es de buena fe, debe restituir frutos a partir de cuando entró en posesión.

Añade entonces que "si en palabras del propio Tribunal no está acreditado cuándo empezó a poseer el demandado, sólo se podía condenarlo al pago de frutos a partir de la presentación de la demanda reivindicatoria, pues la Fundación demandante no demostró desde cuándo se inició la posesión del demandado".

Solicita pues, el Censor, se case la sentencia del Tribunal para que, en sede de instancia, la Corte modifique el numeral 4o. del fallo del *a-quo*, disponiendo que los frutos a cargo del demandado son los producidos a partir de la presentación de la demanda.

SE CONSIDERA

Según se dejó expuesto en el despacho de los dos cargos anteriores, ciertamente no quedó demostrado para el Tribunal que la posesión del demandado se hubiese iniciado en el mes de febrero de 1964. Así lo indicó expresamente el *ad-quem* en su fallo y así lo demuestra además la realidad del proceso. De manera que, como lo afirma el impugnante, cuando el sentenciador de segunda instancia confirmó la restitución de frutos

a cargo del demandado, impuesta por el *a-quo* a partir del mes de febrero de 1964, incurrió realmente en el error fáctico que se le enrostra, porque, los elementos de convicción obrantes en la actuación no permiten esa conclusión.

El cargo, en esas condiciones, es próspero.

Con todo, la Corte no proferirá en esta oportunidad la sentencia de reemplazo que corresponde, al estimar conveniente decretar, al amparo del artículo 375 del C. de P.C., la prueba oficiosa que se indicará en la parte dispositiva 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 4 de octubre de 1991, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y, actuando como tribunal de instancia.

RESUELVE

Establézcase por expertos el valor, año por año, de los frutos civiles y naturales producidos o que pudo producir el inmueble materia de la acción de dominio, a partir del mes de enero de 1976.

Para tal efecto, se designan peritos a José Manuel Adan Arévalo y Alvaro Aguilar Angel integrantes de la lista de auxiliares de la justicia, quienes deberán rendir dictamen dentro de los quince (15) días siguientes. El costo de esta prueba lo asumirán las partes en proporción de mitad.

Comuníqueseles la designación en la forma indicada por el num. 8 del artículo 9 del C. de P.C.

Sin costas en el recurso de casación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Pedro Lafont Pinnetta, Nicolás Bechara Simannens, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Hector Marín Naranjo, Rafael Romero Sierra.

No suscribe la anterior providencia el Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, quien no participó en la deliberación, por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana
Secretario.

NULIDAD PROCESAL - PRINCIPIOS

El régimen procesales tiene como principios rectores el de la taxatividad o especificidad, la preclusión, la protección a la parte afectada, el interés para su alegación y la convalidación o saneamiento de las mismas.

F.F.: Art. 140 al 147 del C. de P.C.

Nulidad procesal - interés jurídico / Citacion / emplazamiento

1) El censor que no ha sufrido ningún agravio con la presunta nulidad que invoca, carece de interés jurídico para el efecto.

2) Quienes tienen interés jurídico, en tratándose de las causales de nulidad consistentes en ilegitimidad de personería de una de las partes y en falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas en juicio.
Igúal sentido: Cas. 17 de marzo de 1967, no publicada.

SENTENCIA /INCONSONANCIA

1) El fallo debe estar acompasado con lo pretendido y las excepciones

2) La labor que debe realizarse para definir si en realidad determinada sentencia adolece del vicio de inconsonancia.
Igual sentido: Sentencia No. 101 de 17 de abril de 1991

F.F.: C. de P.C. Art.: 304, 305 , 75, 92, 368 num.2 ibídem.

TESTAMENTO /NULIDAD DEL TESTAMENTO / LEGADO

1) Noción de testamento

2) Formalidades ad-substantiam actus del otorgamiento del precitado acto jurídico.

3) Observancia de orden público de las causales de inhabilidad para testar.

4) Sin voluntad de testar no hay testamento. Si el otorgado por quien se encuentra incurso en una inhabilidad legal, o fue víctima de la fuerza para el efecto es nulo, con mucha mayor razón es igualmente nulo el testamento atribuido a una persona que jamás lo otorgó.

5) Operancia de la nulidad cuando se han hecho legados.

Igual sentido: Sent. casación civil, 18 de octubre de 1938, G.J. tomo XXLIII, pág. 236

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - VÍA DIRECTA E INDIRECTA

Cuando se aduce la violación de la ley sustancial para impetrar que se case la sentencia, ella puede producirse de dos modos: por vía directa o por vía indirecta. Cuando se infringe la ley por cada una de estas vías.
Igual sentido: G.J. tomo CVIII, pág. 56, citada por la Corte, en sentencia de 29 de agosto de 1985, G.J. tomo CLXXX, No. 2419, pág. 357.

FF.: C. de P.C. Art.: 368 Numeral: 1.

ERROR DE HECHO/TESTIMONIO - Grupo de testigos

1) En el caso sub judice, no se incurrió en error evidente de hecho cuando el sentenciador optó por escoger lo dicho por un grupo de testigos y desestimar las declaraciones de otro grupo de éstos.

2) Atribución del juzgador cuando se encuentra en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas o disimiles.

Igual sentido: G.J, tomo CCIV. No. 2443, 1990, segundo semestre, pág. 20.

INDICIO

En materia indiciaria el legislador confió al buen criterio y a la inteligencia del juzgador llegar a conclusiones sobre los hechos controvertidos, las que, necesariamente han de respetarse en casación, a menos que sean manifiestamente absurdas, caso en el cual, a esa arbitrariedad ha de seguir el restablecimiento del imperio de l derecho casando la sentencia.

PONENTE: Pedro Lafont Pianetta

Violacion norma sustancial -
Vía Indirecta / Error De Hecho /
Interpretacion De La Demanda /
Interpretacion del testamento /
Litisconsorcio / Nulidad procesal

1) Violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho cometidos en la interpretación de la demanda y del testamento, por no haberse tenido en cuenta que la demanda no había integrado el litisconsorcio teniendo en cuenta todos los beneficios de éste.

2) Configuración de la causal quinta de casación -y no la primera-cuando la violación se centra en la integración irregular del litisconsorcio en segunda instancia, con vulneración del debido proceso.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casacion Civil, Santafé de Bogotá, D.C., octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Magistrado ponénte: *Doctor Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente No. 4407. sentencia 124

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala de Familia-, el 9 de octubre de 1992, en el proceso ordinario iniciado por ADELA ROJAS VIUDA DE CASTRO contra ALVARO CLAVIJO BAQUERO, como heredero testamentario y universal de Cenaida Rojas Castro.

I- ANTECEDENTES

1.- La señora Adela Rojas Viuda de Castro, mediante demanda que obra a folios 15 a 21 del cuaderno número uno, ante el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza, convocó a Alvaro Clavijo Baquero, heredero testamentario y universal de Cenaida Rojas Castro, a un proceso ordinario, para que cumplido el trámite pertinente se declarase la nulidad absoluta del "testamento público otorgado ante testigo por la señora Cenaida Rojas Castro, en la ciudad de Bogotá, con fecha tres de septiembre de 1989, por medio del cual dispuso que todos sus bienes queden en cabeza de su cónyuge Alvaro Clavijo Baquero, a quien declaró heredero universal", no solo porque al otorgarlo "no se reunieron las exigencias de los artículos 1071 y 1073 del C.C.", sino, además "por objeto y causa ilícitos". Así mismo, impetró la actora, que "se decrete la cancelación de la escritura pública No. 2205 de fecha 23 de marzo de 1990", otorgada en la notaría 29 del Circuito de Bogotá, en la cual se protocolizó la "actuación surtida en el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, en donde se declaró nuncupativo el citado testamento" (fl. 15, C-1), y, a consecuencia de ello, solicita la demandante, adicionalmente, condenar al demandado a la pérdida de sus derechos herenciales respecto de la causante citada (fl. 15, C-1).

2.- Funda la actora la demanda, en resumen en los siguientes hechos.

2.1.- El tres de septiembre de 1989, según el texto que aparece en "papel de seguridad No. BA-0696703", la señora Cenaida Rojas Castro, otorgó testamento en la ciudad de Bogotá, ante testigos, en el cual instituyó a su cónyuge, Alvaro Clavijo Baquero, como su heredero universal.

2.2.- Al momento de su fallecimiento, el 15 de octubre de 1989, Cenaida Rojas Castro no tenía ascendientes ni descendientes.

2.3.- Abierto y radicado el proceso de sucesión de la causante en mención, en el cual había sido reconocida por el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza como heredera la señora Adela Rojas viuda de Castro, se hizo pre-

sente el señor Alvaro Clavijo Baquero, cónyuge supérstite de Cenaida Rojas de Clavijo, quien adujo ser heredero universal de esta, por haberlo así dispuesto ella en testamento otorgado el tres de septiembre de 1989, cuya nulidad ahora se demanda.

2.4.- El testamento aludido se otorgó por la causante sin el cumplimiento de los requisitos señalados por los artículos 1071 y 1073 del Código Civil, por cuanto ese acto jurídico se realizó ante testigos, prescindiendo de hacerlo ante Notario, en la ciudad de Santafé de Bogotá donde existen varias notarías y, además, sin que en él se indique expresamente el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.

2.5.- Al parecer, el testamento cuya nulidad se pretende, adolece de falsedad por cuánto su texto se escribió luego de muerta la causante, "aprovechando el cónyuge sobreviviente una hoja en blanco que en vida le había firmado". (folio 17, C-1).

3.- Notificado el demandante del auto admisorio de la demanda y corrido como fue el traslado de la demanda y sus anexos, le dió contestación como aparece a folios 28 a 31 del cuaderno uno. En ella, se opone expresamente a las pretensiones de la actora, manifiesta que el testamento en discusión se otorgó por la causante ante testigos en razón de que ello ocurrió en día domingo, en el cual ninguna de las notarías de la capital de la República presta servicios al público y, como excepciones de mérito, formula las que denomina "Inexistencia de nulidad", "preclusión de la Tacha de Falsedad" y cualquiera otra que resulte probada en el proceso.

4.- Agotado el trámite previo para el efecto, el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza le puso fin a la primera instancia, mediante fallo pronunciado el 18 de julio de 1991 (folios 206 a 212, C-1), en el cual se declaró la nulidad del testamento otorgado por "Cenaida Rojas Castro el 3 de septiembre de 1989, en la ciudad de Bogotá", por falta de "los requisitos que exige la ley", se ordenó "la cancelación de la escritura pública No. 2205 del 23 de marzo de 1990, otorgada en la Notaría 29 de Bogotá", mediante la cual se protocolizaron las diligencias cumplidas ante el Juzgado 32 Civil del Circuito de esta ciudad, "en que se declaró nuncupativo el testamento de Cenaida Rojas Castro"; se denegó la pérdida de los derechos sucesoriales del demandado en la sucesión de la causante mencionada y se ordenó enviar copia de la sentencia a la jurisdicción penal, para los fines conducentes conforme a la ley.

5.- Apelada la sentencia de primer grado por la parte vencida (folios 213 a 215, C 1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala Civil , resolvió ese recurso, con la suya de 9 de octubre de 1992 (-folios 32 a 49, C-2), en la que se decidió confirmar el fallo del a-quo, aunque por razones distintas.

6.- Recurrida entonces en casación por el demandado la sentencia del tribunal (folio 51, C-2), de la decisión de este recurso extraordinario se ocupa ahora la corte.

II. La sentencia del tribunal

1.- El tribunal, por encontrar reunidos los presupuestos procesales, y valida la actuación surtida en el proceso, avoca el conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado y lo desata con sentencia de mérito.

2.- Tras recordar las definiciones legales sobre el testamento, sus solemnidades, y la especie de testamento nuncupativo, el tribunal señala que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1071 del Código Civil, esta clase de testamento puede otorgarse ante cinco testigos, "en los lugares en que no hubiere notario o en que faltare este funcionario". (fl. 38, C-3).

3.- A efecto de precisar el contenido del citado artículo 1071 del Código Civil, expresa el tribunal que el correcto entendimiento de esa norma legal, indica que "no es condición indispensable para la validez del testamento nuncupativo que en el lugar de su otorgamiento no existiese notario, simplemente basta que por cualquier circunstancia falte o no se encuentr edispuestos a testificar y avalar con su presencia la voluntad del testador, lo verdaderamente determinante es que se cumplan los requisitos de forma contemplados en el código para su validez y ante todo que la memoria contenga en verdad la voluntad de su creador y que se haya suscrito en respeto de las limitaciones que impone la ley al testador" (fl. 40, C 2), razón esta por la cual, según cita de -apartes de la jurisprudencia de esta Corporación, el solo hecho de haberse otorgado el testamento ante testigos y no ante notario pese a la existencia de este funcionario en el lugar, "mirado aisladamente y como elemento meramente formal no comporta la causal de nulidad alegada por el actor" (folio 40, Cdno. 2).

4.- En relación con la falta de nombre, apellido o domicilio de los testigos, manifiesta el tribunal que, de la interpretación armónica de los artículos 1083, 1073, 1080, inciso 4o. y 1081 inciso 2o. del Código Civil, se deduce que solo se "ocasiona nulidad" cuando haya duda sobre la identidad del testigo, lo que "no se presenta en el sub-lite, pues están plenamente determinados tales aspectos, y la incidencia de estas irregularidades, solo podrán (sic) ser tenidas (sic) en cuenta como indicios en el estudio de otros motivos que pueden igualmente generar nulidad, no de forma sino de fondo" (fl. 41, C-2).

5.- A continuación, expresa el tribunal que, conforme a la demanda habrá entonces de ocuparse de la impugnación del testamento atribuido a Cenaida Rojas Castro, por supuesta falsedad del mismo, ya que se afirma que "para la fecha de su elaboración real, ella ya había fallecido" (fl. 42, C-2).

6.- A ese efecto, analiza los testimonios rendidos por Coronado Ardila Baquero, quien narra que "el 15 de octubre de 1989, fecha del óbito de Cenaida Rojas Castro, a las 6 de la mañana aproximadamente, Alvaro Clavijo con un hermano de él de nombre Alfonso, golpearon a la pieza donde dormía el testigo, para proponerle que hiciera un testamento, puesto que Cenaida acababa de morir, que se repartieran los bienes, que ante la negativa de Ardila y la insistencia de Clavijo, optaron por consultar al abogado Josías Sánchez..." (fl. 42, C-2); e igualmente, analiza el testimonio de Eufrosina Ortiz (fls. 43 y 44, C-2), quien relata haberse enterado por razones de amistad y de vecindad del mal trato del marido, Alvaro Clavijo, a la fallecida Cenaida Rojas Castro y las pésimas relaciones personales entre ellos (fls. 43 y 44, C-2), y pasa luego al examen de las declaraciones testificales de Josías Sánchez Raga, José Gregorio Barrero Laguna y Adela Rojas viuda de Castro (fls. 44, 45 y 46, C-2), de todo lo cual concluye el sentenciador de segundo grado que María Cenaida Rojas Castro se casó de edad superior a los sesenta años con Alvaro Clavijo Baquero, quien para entonces -3 de junio de 1983- contaba 24 años de edad; que su testamento fue otorgado en Bogotá, un día domingo, "día inhábil para los notarios, habiéndolo podido hacer con la presencia de este funcionario, un día antes o después", cuando no está demostrada la urgencia para ese proceder, hechos estos que en sentir del tribunal "aunados a las declaraciones de los testigos, quienes dan cuenta de las pésimas relaciones existentes entre los esposos, del mal comportamiento del demandado en los últimos días de su

cónyuge, de las propuestas deshonestas que le hizo a Coronado y al abogado Josías Sánchez Raga, sobre la elaboración de un testamento apócrifo, la notoria diferencia de edades", permiten inferir que, efectivamente, hubo "ausencia total de consentimiento de la causante Cenaida Rojas Castro en la creación de tal documento" (f. 47, C 2).

7.- De otra parte, expresa el sentenciador que las declaraciones de los testigos del testamento, Concepción Prieto Beltrán de Clavijo, María Alibia Castro Rojas y Néstor Gerardo Clavijo Guevara, por sus versiones contradictorias sobre el orden en que ese documento -según ellos fue firmado y por las implicaciones penales que eventualmente podrían derivarse para ellos de su conducta (fls. 47 y 48, C 2), son "poco creíbles".

8.- De lo expuesto, a juicio del tribunal ha de deducirse que "el testamento tachado ideológicamente como falso, en efecto lo es", por lo que "no existió voluntad de la testadora" y, por ello, ha de "declararse nulo". (fl. 48, C-2).

9. No obstante la nulidad de la demanda testamentaria por las razones anteriores, estima a renglón seguido el tribunal que la pretensión de que se condene al demandado "a la pérdida de los derechos que sustrajo con la elaboración del citado testamento", no puede acogerse favorablemente, pues ella no se desprende de la acción de nulidad del testamento, sino que es consecuencial a la indignidad para suceder, asunto este no sometido a debate judicial en este proceso.

La demanda de casación

Cinco cargos formula el recurrente contra la sentencia impugnada. De ellos, el segundo por haberse dictado el fallo del tribunal en procesos afectado de nulidad (causal 5a., art. 368, C.P.C.); el tercero y el cuarto por incongruencia en la decisión respecto de la demanda y su contestación (causal 2a., art. 368 C.P.C); el primero y el quinto, por violación de normas de derecho sustancial (art. 368, num. 10, C.P.C.), cargos estos que serán despachados por la Corte en este orden, en acatamiento de lo dispuesto por el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

Cargo segundo

Acusa el censor en este cargo la sentencia que combate, por cuanto a su

juicio se incurrió en la quinta de las causales de casación consagradas por el art. 368 del C.P.C., ya que se pretermitió "íntegramente la primera instancia", lo que constituye nulidad procesal conforme a lo dispuesto por el artículo 140, numeral 3o. del C.P.C. (fl. 41, cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo así propuesto, afirma el recurrente que, "tanto de los hechos como de las pretensiones" de la demanda inicial, se tiene que en este proceso se pretende "la declaratoria de nulidad del testamento otorgado por la señora Genaida Rojas Castro, testamento en el que figura como heredero Alvaro Clavijo Báquero y como legataria la parroquia del municipio de Cáqueza", quienes necesariamente han debido ser citados como parte al proceso.

Ello no obstante, del estudio del expediente aparece que durante la primera instancia no fue citada la parroquia del municipio en mención, irregularidad que, advertida por el tribunal, este intentó subsanar con auto de 10 de julio de 1992, en el cual "ordenó poner en conocimiento del señor Cura Párroco de la Parroquia de Cáqueza, la nulidad de que trata el numeral 9o. del artículo 140 del C.P.C.", decisión que "fue comunicada el 13 de agosto de 1992 al señor Cura Párroco", para que, "si lo tenía a bien, dentro de los tres días siguientes a la notificación la alegara, con fundamento en el artículo 145" (fl. 42, cdno. Corte).

Ese proceder del sentenciador de segundo grado, resulta contrario a la ley, como quiera que el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, dispone que, de oficio o a petición de parte, se integre el contradictorio o se cite al litisconsorte necesario, antes de dictar sentencia de primera instancia, lo que, en este caso no se hizo, al punto que el tribunal, por su propia cuenta, resolvió "integrar el litis consorcio necesario en segunda instancia"; señalando para comparecer a la parroquia de Cáqueza un término de tres días, lo que resulta ser violatorio del derecho de defensa porque en esa forma se "pretermite íntegramente la primera instancia, razón esta por la cual la sentencia atacada es nula de nulidad absoluta", la que, por ello, "no es saneable por mandato expreso del inciso final del artículo 144 del C.P.C." (fl. 44, cdno. Corte).

Así las cosas, el fallo del tribunal fue dictado en proceso afectado de nulidad, conforme a lo previsto por el artículo 140, numeral 8o. del C.P.C. y por lo mismo, la sentencia recurrida habrá de casarse por la Corte.

CONSIDERACIONES

1.- El ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, necesariamente requiere la constitución y desenvolvimiento válido de la relación jurídico-procesal, pues el pronunciamiento judicial sobre la controversia sometida a la decisión del juzgador, por principio, ha de estar libre de aquellos errores in procedendo que, aún en forma indirecta, afecten la resolución que se adopte respecto del litigio.

2.- Esa es la razón por la cual, *el Código de Procedimiento Civil consagra el Capítulo II del Título II del Libro 2o., sección 2a., in integrum, a regular lo atinente al régimen de las nulidades que pueden invalidar el proceso en todo o en parte (arts. 140 a 147, C.P.C.), régimen este que presiden como principios rectores el de la taxatividad o especificidad, la preclusión, la protección a la parte afectada, el interés para su alegación y la convalidación o saneamiento de las mismas.*

3.- En ese orden de ideas, es claro que, si el recurrente fue señalado como demandado por la parte actora, fue notificado del auto admisorio de la emanda y en tal virtud surtido el traslado respectivo le dió contestación, apeló del fallo de primer grado e interpuso finalmente el recurso extraordinario de casación, como en efecto aquí ocurrió, no tiene, ni de lejos, legitimación para alegar la presunta nulidad que ahora aduce por falta de citación de la parroquia de Cáqueza para integrar oportunamente el contradictorio, pues, como salta a la vista, en nada se ha menguado el derecho de defensa de Alvaro Clavijo Baquero, quien desde el inicio fue vinculado al proceso y sin ninguna restricción ha venido actuando en su desarrollo. Es decir, que el censor no ha sufrido ningún agravio con la presunta nulidad que invoca y, por ende, carece de interés jurídico para el efecto, asunto este respecto del cual, tiene dicho esta Corporación que *"las causales de nulidad consistentes en ilegitimidad de personería de una de las partes, y en falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no pueden ser invocadas en casación sino por quien ha estado ilegítimamente representado, o no ha sido citado o emplazado, o lo ha sido en forma ilegal, pues estando tales motivos de invalidación del proceso establecidos para proteger los fueros de la defensa exclusiva de tales personas, es a ellas únicamente a quienes corresponde el interés jurídico para hacerlos valer"* (Cas, 17 de marzo de 1967, no publicada).

El cargo segundo, entonces, por lo dicho, no prospera.

CARGO TERCERO

Con apoyo en la segunda de las causales de casación consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el censor en este cargo la sentencia impugnada, por cuanto, a su juicio, si la nulidad del testamento de Cenaida Rojas Castro se impetró en la demanda en la primera pretensión porque "no se reunieron las exigencias de los artículos 1071 y 1073 del C.C." y en la segunda, "por objeto y causa ilícitos", es claro que ambas pretensiones parten "de la base incuestionable de la existencia de un testamento suscrito por la señora Cenaida Rojas Castro en la ciudad de Bogotá ante cinco testigos", circunstancia que impide al juez "inferir la nulidad del testamento por inexistencia de voluntad de la testadora, en el caso concreto, por carecer de un elemento esencial como es el consentimiento" (fls. 44 y 45, cdno. Corte)

En ese mismo orden de ideas, expresa el recurrente que en el caso sublite, el tribunal, al decretar la nulidad del testamento de Cenaida Rojas Castro por "inexistencia de voluntad y de consentimiento basada en la presunta falsedad", incurre en incongruencia pues "está fallando por objeto distinto del pretendido en la demanda" (fl. 45, cdno. Corte), sin que pueda aducirse en contrario que el fallador se ajustó en la sentencia a la labor que le corresponde en la interpretación de la demanda y su contestación, porque las pretensiones de la actora parten de la premisa de que la causante "suscribió el testamento en la ciudad de Bogotá ante cinco testigos" (fl. 46, cdno. Corte), por lo que "mal puede entonces proferirse sentencia en la que como se anotó se decrete la nulidad del mismo por falta de voluntad y consentimiento" (fl. 46, Cdno. Corte).

De otra parte, tampoco puede ser de recibo el haber decretado la nulidad del testamento en mención por falta de voluntad de la testadora por presunta falsedad, pues, ni aún considerando que se impetró la nulidad por objeto causa ilícita sería esto posible, ya que, se repite por el censor-, "se partió de la base de que la testadora voluntariamente y con pleno consentimiento firmó el testamento" (fl. 47, cdno. Corte).

CUARTO CARGO

Acusa el recurrente en este cargo la sentencia impugnada, por incongruencia (art. 368, numeral 2o.), la que hace radicar en que el fallo no está

"en consonancia con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio" (fl. 47, cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo, manifiesta el recurrente que frente a la afirmación de la demanda en el sentido de que el testamento controvertido no fue suscrito en vida por Cenaida Rojas Castro, sino que "fue elaborado después de la muerte de la causante", en la contestación a la demanda se propuso como excepción la "preclusión de la tacha de falsedad", por cuanto luego de iniciado el proceso de sucesión respectivo ante el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza, en él se hizo presente el señor Alvaro Clavijo Baquero -hoy demandado- quien presentó entonces el testamento objeto de litigio, sin que los herederos reconocidos hasta ese momento lo tacharan de falso, y, en esa omisión, radica a su juicio la preclusión de la oportunidad para el efecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual ha de ser tenido ese documento como auténtico, según lo dispuesto por el artículo 252 del mismo Código (fls. 47 y 48, cdno. Corte.

Expresa luego que no es cierto como lo afirma el sentenciador que el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil se refiera solo a la falsedad material, pues dentro de las previsiones de esa norma no se excluye la llamada falsedad ideológica, que fue la que, en el fondo, declaró el tribunal, para sacar avante la aseveración de que el testamento es nulo "por inexistencia de voluntad y consentimiento" de la presunta testadora.

Para abundar en el razonamiento, el censor manifiesta que en el proceso sucesorio de Cenaida Rojas Castro fue presentada como prueba la escritura pública No. 2.205 de marzo 23 de 1990, -mediante la cual se protocolizó el testamento de aquella, para acreditar la calidad de heredero testamentario de Alvaro Clavijo Baquero, la que se tuvo entonces por auténtica por el tribunal, lo que es contradictorio con lo que el mismo organismo judicial sostiene ahora en este proceso ordinario, en que "concluye que la tacha no es procedente por tratarse de una falsedad ideológica" (fl. 53, cdno. Corte).

Así las cosas - avanza diciendo el recurrente-, "en concordancia con lo expuesto, en el plenario está fehacientemente demostrado que la demandante en este proceso ordinario, tuvo la oportunidad de hacer la manifestación de que trata el inciso segundo del artículo 289, y, como quiera que

no hizo tal manifestación en su oportunidad procesal correspondiente, al tener de lo normado en artículo 252 numeral 3o., el testamento es auténtico. Siendo auténtico el documento, no es dable que ahora en este juicio se diga que es falso desconociendo la excepción planteada, la que tiene pleno resplado procesal" (fl. 54, cdno. Corte).

CONSIDERACIONES

1.- Como es de público conocimiento, el ámbito dentro del cual el Estado ejerce la función jurisdiccional para dirimir las controversias sometidas a su soberana decisión por los particulares, se encuentra delimitado por éstos en la etapa de la litis-contestatio del proceso, en la cual el demandante señala sus pretensiones y el demandado, luego de trabada la relación jurídico-procesal, al contestar a la demanda, si lo considera del caso plantea las que considere sean excepciones de mérito o de fondo para evitar la prosperidad de aquellas.

2.- Esta es la razón por la cual, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en forma imperativa ordena que la sentencia ha de estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y las demás oportunidades señaladas por ese estatuto, así como con las excepciones propuestas por el demandado, que aparecieren probadas y se hubieren alegado cuando así se exija por la ley, norma esta que guarda estrecha armonía con lo dispuesto por el artículo 304 ejusdem, en cuanto en este se dispone que la parte resolutiva del fallo contenga decisión clara y expresa sobre las pretensiones y las excepciones que hubiesen sido planteadas, cuando fuere procedente resolver sobre ellas.

3. Trazado así el marco para la actuación de la rama jurisdiccional del Estado en cada caso concreto, es claro, *que el fallo debe estar acompasado con lo pretendido y las excepcione, lo que significa que "la incongruencia como causal de casación tiene que buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones (numeral 5o. artículo 75, del C. de P.C.) aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o con las excepciones propuestas por el demandado (numeral 3o., artículo 92, ibídem) a fin de que previa labor de parangón se pueda establecer si en realidad existe entre estos dos extremos ostensible desacoplamiento de aquella frente a estas, ora otorgue sea*

porque el fallo resuelve sobre lo que no fue impretado; ora porque más de lo pedido, o ya porque al decidir omita, en todo o en parte, decisión sobre las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones del demandado", como entre otras, lo dijo la Corte en sentencia No. 101 de 17 de abril de 1991.

4.- En el caso de autos, observa la Corte que ninguno de los dos cargos que ahora se analizan puede prosperar, por las razones que, acorde con lo dicho en los numerales que anteceden, va a expresarse:

4.1.- Como se desprende del texto mismo de la primra de las pretensiones de la demanda (fl. 15, C-1), en ella se pidió a la jurisdicción declarar la nulidad absoluta del testamento público otorgado ante testigos por Cenaida Rojas Castro en la ciudad de Bogotá, el 3 de septiembre de 1989, por no haberse reunido los requisitos exigidos por los artículos 1073 y 1071 del Código Civil; y, comparada esa pretensión, con lo resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en la sentencia impugnada, aparece de bulto que guardan consonancia estricta el petitum de la demanda y la parte decisoria del fallo en cuestión, ya que en este se confirmó (fl. 49, C-2), la sentencia de primer grado y en ella (fl 211, C-1) se declaró la nulidad del testamento referido por no haberse otorgado con "los requisitos que exige la ley", dentro de los cuales se encuentra el consistente a que el "testamento" se haya "otorgado" ante "cinco testigos". Luego, cuando el fallador declara la nulidad al encontrar que el documento privado, por su falsedad, demostraba la ausencia de "otorgamiento" de declaración de voluntad, está precisamente ajustándose a lo pedido en el libelo conforme a los artículos 1072 y 1077 del Código Civil, razón esta por la cual no puede prosperar el tercero de los cargos propuestos y que aquí se analiza, pues en manera alguna se ha demostrado la presunta violación de los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil.

4.2.- De otra parte, tampoco puede aceptarse la acusación erigida contra el fallo atacado en el cuarto de los cargos propuestos, por supuesta incongruencia de la sentencia por no estar en consonancia con las excepciones del demandado o que de oficio han debido ser declaradas por el juez, como lo sostiene el impugnador.

4.2.1.- En efecto, de la lectura del cargo referido (fls. 47 a 54, cdno.

Corte), se observa que el censor se duele de que la excepción de "preclusión de la tacha de falsedad" formulada por la parte demandada, no haya sido acogida por el fallador de instancia, lo que estima violatorio de lo prescrito por los artículos 289 y 252 del Código de Procedimiento Civil, pues, a su juicio, el testamento aducido por Alvaro Clavijo Baquero cuando compareció al proceso de sucesión de Cenaida Rojas de Clavijo, por no haber sido tachado entonces de falso, adquirió autenticidad y se produjo, en virtud de ello, su reconocimiento implícito según las voces del artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, normas estas que desconoció el tribunal según el criterio del censor.

4.2.2.- Con todo, en la sentencia impugnada -como lo reconoce el propio censor-, el tribunal avocó el análisis de la excepción de "preclusión de la tacha de falsedad", como puede verse a folios 41 y 42 del cuaderno dos, y, en concordancia con ello, expresamente, decidió esa excepción, como quiera que el fallo de segunda instancia confirmó "en todas sus partes" el de primer grado (fl. 49, C-2) y en este, se declararon "no probadas las excepciones" (fl. 212, C-1), lo que en forma rotunda señala que el censor carece por completo de razón en este cargo, pues, aunque no comparta la motivación del tribunal para despachar negativamente la excepción aludida, su inconformidad con esa decisión judicial, jamás puede ser tenida como ausencia de pronunciamiento del juzgador al respecto constitutivo de un vicio in procedendo por inconsonancia del fallo.

Por lo expuesto, no prosperan los cargos tercero y cuarto formulados contra la sentencia impugnada.

CARGO PRIMERO

Con invocación para proponerlo de 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 la ley sustancial por yerro de valoración de la prueba testimonial y errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas", lo que condujo a la infracción de los artículos "1055, 1064, 1071, 1072, 1073, 1074, 1075, 1077, 1083 subrogado por la ley 95 de 1890, artículo 11, 1092, 1502, 1742 (subrogado por el artículo segundo de la ley 50 de 1936) del Código Civil; 194, 200, 210, 217, 218, 228, 248, 249, 250,

252 del Código de Procedimiento Civil, todos por aplicación indebida" (fl. 12 cdno. Corte).

En la argumentación expuesta para sustentar el cargo, expresa el censor, luego de transcribir y analizar como adelante se verá la prueba testimonial, que el tribunal incurrió en "yerro de valoración" en la apreciación de los testimonios que obran en el proceso y, además, -prosigue el recurrente-, "no es cierto que las versiones rendidas por los testigos solicitados por la parte actora sean armoniosas, claras y precisas en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos relatados, porque por el contrario, analizados en su conjunto encontramos serias contradicciones frente a esos elementos, razón por la que no ameritan credibilidad alguna" (fl. 35, cdno. Corte).

Manifiesta el recurrente para apoyar la acusación, que existe equivocación del tribunal en su consideración de que la tacha de sospecha aducida respecto de algunos testigos lo fue en forma extemporánea, pues si bien es verdad que el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil dispone que ella ha de proponerse "antes de la audiencia" y por escrito, no es menos cierto que "al no señalar la norma en forma específica momento alguno dentro de la audiencia para proponer la tacha, mal puede el juzgador pretender una oportunidad procesal que la misma disposición legal no establece". Además, asevera el censor que en este caso concreto, los testigos objeto de tacha se enteraron en la audiencia de los motivos de sospecha aducidos contra ellos y los aceptaron como hechos ciertos, "suficiente razón para que sus testimonios se valoren con las reservas a que haya lugar y no que se les ha dado dentro del proceso" (fl. 21, cdno. Corte), en el cual, de otra parte, incursionó el sentenciador en asuntos ajenos al debate judicial, como el análisis de "circunstancias de la vida privada de la causante y su cónyuge que en nada tienen que ver con el objeto de fondo de la controversia". (fl. 21, cdno. Corte)

Transcribe luego el censor algunos apartes de las declaraciones testificales de Coronado Ardila, Eufrosina Ortíz, Josías Sánchez y José Gregorio Barrera Laguna (fls. 22 a 31, cdno. corte) y señala que existen algunas contradicciones entre lo narrado por los mismos, lo que les resta de credibilidad.

De otra parte, la demandante aceptó en interrogatorio de parte que absolvió a petición del demandado, que estuvo en la oficina del apoderado

de éste, en compañía de Coronado Ardila y que en ella tuvo en sus manos el testamento controvertido, del que el citado Coronado Ardila "manifestó que no se trataba de la misma hoja de papel, por él conocida, supuestamente firmada en blanco por la causante" (fl. 31., cdno. Corte).

A continuación procede el impugnador al análisis de las declaraciones rendidas por los testigos testamentarios Luz Mila Cainaba Tobares, Concepción Prieto Beltrán de Clavijo, Néstor Gerardo Clavijo Guevara, María Albilia Castro Rojas y Jose Vicente Pineda, y anota que si bien es cierto que existen algunas discrepancias entre ellos sobre el orden en que fueron impuestas las firmas en el testamento materia del litigio, "todos coinciden en afirmar que la testadora se encontraba recluída en la Clínica de La Concepción, que el testamento fue leído y firmado en ese sitio el 3 de septiembre de 1989, y tanto es así que recuerdan que parte de los bienes fueron testados a favor del esposo y una parte para la parroquia de Cáqueza" (fl. 34, cdno. Corte).

De esta suerte, según la afirmación del recurrente, el "yerro de valoración" en que incurrió el fallador de segunda instancia, lo llevó a "predicar la existencia de prueba indiciaria, la que de por sí, tal como está planteada, no permite llegar a ninguna conclusión razonable porque a la luz de la sana crítica el hecho de que la causante haya contraído matrimonio el 3 de junio de 1983 siendo notoria la diferencia de edad con Alvaro Clavijo Baquero, de por sí no permite predicar que este último se hubiese casado solo por interés al (sic) dinero, pues está probado que convivieron más de ocho años en unión estable" (fl. 35, cdno Corte).

Tampoco puede tomarse como indicio el haber sido otorgado el testamento en Bogotá, ante testigos, un día domingo, pues conforme a la ley (art. 1071, C.C), ese acto jurídicto puede cumplirse "en cualquier día, y no solo los domingos como pretende el ad-quem afirmarlo del indicio enunciado" (fl. 36, cdno. Corte), ni tampoco es cierto que para otorgar testamento nuncupativo ante cinco testigos se requiera que el testador se encuentre en grave estado de salud, exigencia que opera para el testamento verbal, pero no para aquel (art. 1092, C.C.), lo que quiere decir que predicarla respecto del primero constituye "error manifiesto frente a este indicio" (fls. 36 y 37, cdno. Corte).

Se equivocó igualmente el impugnador al considerar como indicio para adoptar la decisión de nulidad del testamento por falta de voluntad de la tes-

tadora, la supuesta omisión en la carta testamentaria de los nombres y el domicilio de los testigos de la misma, pues al leerla puede observarse que "en el acápite de 'otorgamiento y autorización' existe expresa constancia de que los testigos son domiciliados en la cindad de Santafé de Bogotá, lugar donde residen"; y además, "cada uno de los testigos debajo de su firma anotó la dirección, y lo que es más, quienes afirmaron de manera ilegible, debajo de su firma anotaron igualmente su nombre, por manera tal que el argumento indiciario esbozado es totalmente contrario a la realidad" (fl. 38, cdno. Corte).

En cuanto los indicios deducidos de las "pésimas relaciones existentes entre los esposos, el mal comportamiento del demandado en los últimos días de su cónyuge, de las propuestas deshonestas que le hizo a Coronado y al abogado Josías Sánchez Raga", ello "repugna a la lógica, -prosigue el censor , porque tales afirmaciones precisamente se toman de las declaraciones vertidas por los testigos tachados de falso (sic), y como se anotó, no es creíble que hayan existido pésimas relaciones", entre los cónyuges si se tiene en cuenta que convivieron "bajo el mismo techo por más de ocho años" (fl. 38, cdno. Corte).

Así mismo, la propia conducta procesal de la demandante, que no inició proceso penal alguno para que investigue y sancione la presunta falsedad del testamento, así como su conocimiento de la existencia de éste, que se infiere de la absolución del interrogatorio de parte, conocido también a juicio del impugnador por Eufrosina Ortíz, están indicando claramente que "los yerros en la valoración de la prueba testimonial, y los demás yerros en la evaluación, de las otras pruebas, llevaron al tribunal a decretar una nulidad sin existir respaldo probatorio suficiente para tal determinación, violando de esta manera la voluntad de la testadora" (fl. 41, cdno. Corte), por lo que ha de casarse la sentencia objeto del recurso.

QUINTO CARGO

Acusa el recurrente en este cargo la sentencia del tribunal, por violación directa de los "artículos 51, 81, 83 y 333 del C. de P.C.; artículos 1055, 1064, 1071, 1072, 1073, 1074, 1075, 1077, 1083, subrogado por la Ley 95 de 1890, artículo 11, 1113, 1502 y 1742 -subrogado por la Ley 50 de 1936- artículo sexto del C.C.; y 29 de la Constitución Política" (fls. 54 y 55, cdno. Corte).

En desarrollo de la acusación, el recurrente luego de transcribir algunos apartes de jurisprudencia de esta Corporación, así como el texto de los artículos 1055, 1113 y 1155 del C.Civil, expresa que el proceso iniciado con la pretensión de que se declare la nulidad de un testamento, deben ser citados "todos los legatarios" y herederos (fl. 57, cdno. Corte), lo que en este caso no ocurrió pues se omitió por la actora demandar a la Parroquia de Cáqueza, pese a lo cual se produjo por el tribunal una "sentencia sin la integración del litisconsorcio necesario" con desconocimiento por el juzgador de los artículos 51, 83 y 81 del Código de Procedimiento Civil (fl. 59, cdno. Corte), normas que son sustanciales y cuya violación se denuncia en el cargo propuesto, a la par que la de las demás enunciadas al formularlo, lo que es suficiente para que se case la sentencia recurrida, se revoque la del ad-quem, y se condene en costas a la parte actora (fl. 60, cdno. Corte).

CONSIDERACIONES

1.- Como se desprende de los artículos 1055, 1069 y 1061 del Código Civil, el testamento es un acto jurídico de formación unilateral y de carácter personal, para cuya validez, además de objeto y causa lícita, se exige capacidad en el testador e inequívoca voluntad de disponer de sus bienes, total o parcialmente, para que después de su muerte ellos se transmitan a quienes sean instituídos como sus asignatarios, ya a título de herederos, ora como legatarios.

2.- Dada la trascendencia del acto testamentario, el legislador, precisamente para darle mayor protección a esa manifestación personal de la última voluntad del testador respecto de la disposición final de sus bienes, regula su otorgamiento con estricto regular y prescribe que el testamento "es un acto más o menos solemne", lo que significa que esas solemnidades prescritas por la ley para las distintas especies del mismo (libro 3o., título III del Código Civil), son formalidades ad-substantiam actus, en cuya observancia, invariablemente, se parte de la base de que exista voluntad expresa de testar, y libertad de quien lo hace para adoptar en forma autónoma las decisiones contenidas en las disposiciones testamentarias, desde luego sin desmedro o violación de las normas legales respecto de los límites impuestos por ellas a su voluntad.

3.- En ese mismo orden de ideas, para garantizar aun más la autonomía de la voluntad del testador, el artículo 1061 del Código Civil estable-

ció cuatro causales específicas de inhabilidad para testar, al punto que se predica inhabilidad para ese acto, respecto de quien se encuentre imposibilitado para expresar su "voluntad claramente", ya sea "de palabra o por escrito", inhabilidades cuya observancia es de orden público, como quiera que el testamento otorgado mientras exista una cualquiera de ellas, "es nulo", aunque ella "posteriormente deje de existir", según lo prescribe el artículo 1062 del Código Civil, norma esta que se encuentra estrechamente ligada con la sanción de nulidad con que fulmina el artículo 1063 del mismo código al testamento "en que de cualquier modo, haya intervenido la fuerza". Es claro pues, que en nuestro régimen sucesoral testamentario, campea como principio esencial para la validez del testamento, la existencia de voluntad de testar y la ausencia de vicios que la afecten, o que hagan ininteligibles las disposiciones del testador, pues ellas han de ser expresadas con claridad, según lo requerido por la ley.

4.- Siendo ello así, a fortiori ha de concluirse entonces que sin voluntad de testar no hay testamento; y que, si el otorgado por quien se encuentra incurso en una inhabilidad legal, o fue víctima de la fuerza para el efecto "es nulo" (arts. 1062 y 1063, C.C.), con mucha mayor razón es igualmente nulo el testamento atribuído a una persona que jamás lo otorgó.

5.- Conforme lo tiene establecido desde antaño la jurisprudencia de esta Corporación, la nulidad del testamento no opera de pleno derecho sino que ha de ser declarada en proceso controvertido, en el cual, cuando "se han hecho legados no basta demandar a los herederos sino que es preciso dirigir también la acción contra los legatarios (sent. casación civil, 18 de octubre de 1938, G.J. tomo XLIII, pág. 236), lo que es apenas lógico pues, si esa nulidad se decreta, todos los asignatarios se afectan con la decisión.

6.- Sentado lo anterior, y como quiera que los cargos que ahora se analizan invocan la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil para proponerlos, ha de recordar que, cual lo tiene dicho esta Corporación, cuando se aduce la violación de la ley sustancial para impetrar que se case la sentencia, ella "puede producirse de dos modos, por vía directa o por vía indirecta. Se infringe la ley por vía directa cuando, sin consideración a las pruebas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada. La

infracción de la ley se produce por vía indirecta cuando no se la aplica o se aplica en forma indebida como resultado o consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de las pruebas", lo que puede ocurrir por error de hecho o de derecho (G.J. tomo CVIII, pág. 56, citada por la Corte, en sentencia de 29 de agosto de 1985. G.J., tomo CLXXX, No. 2419, pág. 357).

7.- Aplicadas las nociones anteriores al caso sub-lite, encuentra la Corte que ninguno de los dos cargos que ahora se analizan puede prosperar, por cuanto:

7.1.- Por lo que hace referencia al primer cargo, en el que se acusa el fallo impugnado, en un primer motivo, por "yerro de valoración de la prueba testimonial", por no haber tenido en cuenta "para nada la tacha de falsedad" (sic) para algunos testigos, por supuesta extemporaneidad de la misma, (fls. 12, 21 y ss, cdno. Corte), es evidente que esa censura no tiene trascendencia para aniquilar la sentencia recurrida, ya que, formulada tacha de sospecha (que no de falsedad como afirma el censor) a uno o varios testigos, corresponde al juzgador la apreciación de sus declaraciones, " de acuerdo con las circunstancias de cada caso" (art. 218, C.P.C., inciso final), lo que significa que, aún en esta hipótesis, la prueba testifical ha de practicarse y habrá de apreciarse por el juez conforme a la sana crítica.

7.2.- Pues bien: leída la sentencia impugnada, aparece que el tribunal, no obstante haberse planteado la tacha de los testigos Coronado Ardila Baquero por enemistad con el demandado y la de Eufrosina Ortiz, esposa de éste por esa causa, analizó esos testimonios (fls. 42 a 44, cdno. tribunal), en forma detallada, al igual que lo hizo respecto de las declaraciones rendidas por Josías Sánchez Raga, José Gregorio Barrero Laguna y la declaración de parte obtenida por interrogatorio que se practicó a Adela Rojas viuda de Castro (f.s. 43 a 45, cdno. tribunal), para arribar luego de ese análisis a la conclusión de que tales testigos merecen para el fallador "plena credibilidad, máxime cuando convergen con pruebas de carácter indiciario", (fl. 46, cdno. tribunal), las que en conjunto examinó igualmente (fls. 46 a 48, cdno. citado).

7.3.- Así las cosas, por este aspecto, es palmaria la falencia del cargo propuesto para los fines que persigue la impugnación, pues el supuesto "yerro de valoración", vale decir, error de derecho en la estimación proba-

toria, no se halla demostrado, ya que el sentenciador, dentro de la órbita de sus funciones y sin quebranto alguno de las normas procesales de disciplina probatoria, cumplió su función de valorar las pruebas aludidas.

7.4.- En cuanto al segundo motivo en que apoya el recurrente el cargo primero, encuentra la Corte que tampoco sale avante la censura por haberse incurrido en "errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas" (f. 12, cdno. Corte).

7.4.1.- En efecto, el cargo se funda en que, a juicio del impugnador, no es cierto como se afirma en la sentencia que los tesrimonios rendidos a petición de la parte demandante contengan edclaraciones que sean "armoniosas, claras y precisas en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos relatados" (fl. 35, cdno. Corte), ya que, por el contrario, en ellos se encuentran "serias contradicciones" que los hacen nada creíbles.

7.4.2.- No obstante ello, encuentra la Corte que, en realidad, como lo asevera el propio recurrente, en el proceso existen dos grupos de testigos, a saber: aquellos a quienes se citó a declarar por solicitud de la demandante, de un lado, y de otro, los testigos testamentarios (fls. 22 y 33, cdno. Corte). De ahí que, si el sentenciador optó por acoger lo dicho por unos tesrigos y desestimar, con razones expresamente mencionadas en el fallo otorgado las declaraciones de otros testigos (fl. 47, in fine y 48, cdno. tribunal), ello no significa que se hubiere incurrido en "error evidente" de hecho en la apreciación probatoria, pues, conforme lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, entre otras varias en sentencia de 12 de julio de 1990, "en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas o disímiles corresponde al juzgador, dentro de su restringida libertad y soberanía probatoria y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica establecer su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo como fundamento de la decisión desechando otro" (G.J. tomo CCIV, No. 2443, segundo semestre, pág. 20).

7.4.3.- De otra parte, si el juzgador, en la labor lógico-jurídica emprendida para formar su convicción sobre los hechos controvertidos, encontró que, además de la prueba testimonial, a ese propósito contribuyen algunos indicios deducidos de la diferencia de edades al contraer matrimonio entre el cónyuge instituído heredero universal -según se afirma en el testamento impugnado- (24 años) y la causante (71 años), así como del hecho de haber-

se escogido un día domingo para otorgar en la capital de la República un testamento abierto ante testigos, cuando habría podido realizarse ese acto, sin apremio, en un día hábil, y, en tal caso, haberse cumplido ante notario pues el estado de salud de la presunta testadora para entonces así lo permitía; las pésimas relaciones personales entre los cónyuges y la redacción misma de la memoria testamentaria, es claro que la conclusión del fallador en el sentido de que existe nulidad del testamento controvertido por ausencia absoluta de voluntad de Cenaida Rojas Castro para testar, no resulta contraria a derecho. Al contrario, si el sentenciador llega a la convicción de que, sobre pliego firmado en blanco antes de su muerte por la causante se escribieron luego las cláusulas de un testamento inexistente y que jamás fue otorgado por aquella; tal conclusión no aparece en pugna con el acervo probatorio, ni riñe tampoco con elementales leyes de la naturaleza, razones por las cuales la decisión objeto de impugnación ha de mantenerse en pié, pues en materia indiciaria el legislador confió al buen criterio y a la inteligencia del juzgador llegar a conclusiones sobre los hechos controvertidos, las que, necesariamente han de respetarse en casación, a menos que sean manifiestamente absurdas, caso en el cual, a esa arbitrariedad ha de seguir el restablecimiento del imperio del derecho casando la sentencia, lo que, en el caso sub-lite, no es procedente, conforme ya se expresó.

8.- Con relación al quinto cargo la Sala observa que su formulación es totalmente infundada, porque cuando el censor le endilga al ad-quem la violación del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil cuando se falla un libelo en que no se demandaron a todas las personas contra quienes debió dirigirse la demanda y, particularmente, la parroquia del municipio de Cáqueza, legataria de algunos bienes; parte del supuesto equivocado de la ausencia de la integración del litisconsorcio al momento de proferirse la sentencia de segundo grado. Porque como lo reconoce el propio recurrente en otro cargo y así aparece a folio 37 del C-12, el tribunal puso en conocimiento del cura párroco mencionado la nulidad generada con su no citación, a fin de que se hiciera parte en el proceso y alegara sus derechos; y al momento de fallar encontró satisfechos los presupuestos procesales para producir sentencia de mérito. Luego, desacierta el recurrente al señalar tal deficiencia para atribuírle al tribunal violación de las mencionadas normas sustanciales, pues ella, a juicio de esta Corporación, no se presentó, razón por la cual el cargo por la vía directa cae en el vacío y resulta por lo tanto intrascendente para quebrar el fallo.

Ahora bien, si lo que aspiraba el casacionista era atribuírle al tribunal la equivocación de no haberse dado cuenta que la demanda no había integrado el litisconsorcio teniendo en cuenta a todos los beneficiarios del testamento, ha debido acudir entonces a la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho cometidos en la interpretación de la demanda y del testamento, que, dado el carácter dispositivo del recurso de casación, no puede la Corte subsanar o enmendar de oficio; y, por lo tanto, la censura así entendida estaría llamada al fracaso.

Por último, observa la Corte que si la intención del impugnador era la de centrar la violación en la integración regular del litisconsorcio en segunda instancia, con vulneración del debido proceso, ha debido acudir como en efecto lo hizo en cargo separado, a la causal quinta de casación y no a la primera, por lo que entonces, así de esta manera, la acusación también resulta antitécnica y, por tanto, impróspera.

9.- Adviene entonces, conforme a lo dicho, la improsperidad de los cargos primero y quinto, que aquí se analizan.

IV- DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala de Familia-, el 9 de octubre de 1992, en el proceso ordinario iniciado por ADELA ROJAS VIUDA DE CASTRO contra ALVARO CLAVIJO BAQUERO, como heredero testamentario y universal de CENAIDA ROJAS CASTRO.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

REPOSICION - FINALIDAD:
REPOSICION - Procedencia

El recurso de reposición cómo finalidad revocar o reformar los autos proferidos ya por el juez del conocimiento, ora por el magistrado ponente que no sea susceptible de súplica, o por la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.
F. F.: Art. 348 del C. de P.C.

REVISION - Oportunidad / INDEBIDA REPRESENTACION / FALTA DE NOTIFICACION / EMPLAZAMIENTO / REGISTRO PUBLICO / REVISION - Caducidad

1) Cómo se cuentan los términos para interponer el recurso extraordinario de revisión, cuando se alega la causal prevista en el numeral 7o, del art. 380 del C. de P. C., a que alude el art. 1o. mod. No. 191 del decreto 2282 de 1989, frente a una sentencia que deba ser inscrita en un registro público.

2) Cuando se trata de un término perentorio que la ley señala para el ejercicio de una facultad o derecho, como el indicado para formular el recurso de revisión, vencido el plazo sin que el interesado interponga el mencionado recurso se produce, por ministerio de la ley, la caducidad del derecho a formularlo y por consiguiente se autoriza rechazar de plano tal impugnación.
F. F.: C. de P.C. Art: 380 Numral.: 7, Art.: 381 Inciso 2, 383 ibídem; DECRETO Num : 2282 Año: 1989 Art.: 1, mod. 191.

Igual sentido: Casación Civil del 19 de noviembre de 1976, tomo CLII, pág. 505; Auto 122 del 23 de junio de 1992. Extractos de Jurisprudencia, tomo 2, 11992, págs. 203 y 204..

F.F.: C. de P.C. Art: 380 Numral.: 7. Art.: 381 Inciso 2, 383 ibídem;

DECRETO Num.: 2282 Año: 1989 Art.: 1, mod. 191.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casacion Civil , Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 4033 – Auto Nº316

Procede la Corte a decidir el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad "C.I. PRODECO - PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A.", contra el auto admisorio de la demanda de revisión, de fecha 7 de abril de 1994, a fin de que dicho proveído se revoque y en su lugar se rechace ésta, se ordene la cancelación de su inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta y se tomen "las demás disposiciones inherentes, entre éstas la condena al recurrente a pagar la multa y los perjuicios causados". (fls. 404 al 435 de este cuaderno).

Fundamenta su reclamo en dos razones de orden jurídico que denominó:

1. "Ineptitud formal de la demanda admitida", la que hace consistir en el hecho de que el recurrente no aportó copia de la demanda y de sus anexos (art. 87 del C. de P.C.), ni indicó el domicilio procesal de la demanda EVA VIVES DE CAMPO, en la oportunidad procesal.

2. "Preclusividad de la revisión propuesta", afirmando que el artículo 383 # 4 del C. de P.C. que regula el trámite de la demanda de revisión, sanciona que "sin más trámites , *la demanda será rechazada cuando no se presente en el término legal*" (subrayado del recurrente), y "en el caso de este proceso la sentencia declarativa de propiedad por usucapión, que fue proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta el 17 de febrero ed 1987 y confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en su fallo de 28 de julio del mismo año, se inscribió en el Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de allí, como correspondía hacerlo según el mandato de los artículos 2o. y 3o. del Decreto 1250 de *1970, el 24 de septiembre de 1987*, tal cual aparece al folio de matrícula inmobiliaria No. 080-0011847, del cual, luego del correspondiente englobe, salió el folio de matrícula No. 080-0010559 (fls. 121, 122, 123 y 232)".

"Entonces, si el término dentro del cual podía impugnarse por vía de revisión y con apoyo en la causal 7a. la sentencia de 28 de julio de 1987 venció, según lo impera el artículo 381-2 del C. de P.C., dos años después del día de su inscripción en el registro, vale decir el *23 de septiembre de 1989;* y si, de otra parte, la segunda demanda de revisión que contra ese fallo se formula ahora, invocando justamente esa específica causal, apenas se vino a presentar el *31 de julio de 1992*, o sea mucho tiempo después que el plazo hábil para ello había caducado y aún después que esa decisión salió indemne o ilesa de los tantos ataques que en recurso semejante pretéritamente se interpuso contra ella, la fuerza de la lógica impulsa afirmar y aceptar que esta segunda demarda de revisión se propuso extemporáneamente, cuando ya el término se había agotado, y que, por esta razón, en acato a lo imperado por el inciso 4o. del artículo 383 *ibídem* la Corte debe rechazar, sin más trámites, esa demanda ed revisión" (subrayado del recurrente).

CONSIDERACIONES

3. La preceptiva del artículo 348 del Código de Procedimiento Civil tiene como finalidad revocar o reformar los autos proferidos ya por el juez del conocimiento, ora por el magistrado ponente que no sea susceptible de súplica, o por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

4. La Corte estudiará el segundo de los fundamentos del reclamo esgrimido por el recurrente, toda vez que sin hesitación alguna se observa que el mismo está llamado a prosperar.

4.1. En efecto, en el asunto *sub judice* la demanda de revisión se presenta contra la sentencia del 28 de julio de 1987 dictada por el Tribunal de Santa Marta dentro del proceso ordinario de pertenencia de C.I. PRODECO - PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. contra personas indeterminadas, con fundamento en la causal 7a. del artículo 380 del C. de P. C. (fls. 43 al 52, c. Corte), que quedó ejecutoriada el 15 de agosto de 1987.

4.2. El artículo 381 *ibídem* consagra el término para interponer el recurso extraordinario, de la siguiente manera:

"... podrá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia...".

"Cuando se alegue la causal prevista en el numeral 7o. del mencionado artículo, los dos años 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 solo comenzarán a correr a partir de la fecha del registro".

4.3. El 24 de septiembre de 1987 se inscribió en el Registro el Instrumentos Públicos del Círculo de Santa Marta la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esa misma ciudad el 17 de febrero de 1987, por la cual se declaró la prescripción adquisitiva de dominio respecto del inmueble objeto del litigio en favor de C.I. PRODECO - PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. (fls. 121, 123 y 232 de este cuaderno), inscripción que se realizó luego de haber cobrado ejecutoria (art. 331 del C.P.C.), por haber sido confirmado en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (fls. 7 al 9, c. Tribunal). Ahora bien, vale la pena aclarar que no se registró la sentencia del **ad-quem**, toda vez que ésta, como se dijo, fue confirmatoria de la del **a-quo**, motivo por el cual era innecesario dicho acto, además de no haberse ordenado por razones obvias.

4.4. En el asunto **sub judice** se tiene que a la fecha de inscripción de la sentencia -24 de septiembre de 1987- el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil no distinguía para efectos del cómputo del término cuando se alegaba la causal 7a. del artículo 380 **id**, respecto de sentencias que debían ser inscritas en un registro público, y por lo tanto no se puede contar como lo hace el recurrente, porque de hacerlo así se aplicaría retroactivamente la ley procedimental, lo que resulta improcedente.

Así las cosas, y toda vez que dicho artículo fue modificado por el decreto 2282 de 1989 (art. 1o. mod. # 191), en cuanto dispuso, se repite, que en el evento de que se alegue la causal prevista en el numeral 7o. del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil frente a una sentencia que deba ser inscrita en un registro público, los dos años

sólo comenzaran a correr a partir de la fecha del registro y como quiera que la modificación en comento empezó a regir el 1o. de junio de 1990 (art. 2o. del Decreto 2282 de 1989), los dos años, para este caso, tienen que contarse a partir de dicha fecha, de lo que se sigue que el término para interponer el recurso extraordinario de revisión en cuestión, vencía el 1o. de junio de 1992. Por lo tanto, dado que la demanda fue presentada el 31 de julio de ese año (fl. 52 vto., de este cuaderno), se pone de presente que efectivamente se operó el fenómeno de caducidad invocado.

Al punto ha dicho la Corte:

"... El código de Procedimiento Civil ha fijado la oportunidad para ejercer el recurso en cuestión, estableciendo términos u oportunidades de carácter preclusivo que varían según la causal alegada, y que son de estricta y obligatoria observancia, como ocurre con los determinados para el ejercicio de cualquier otro recurso, habiendo precisado esta Corporación acerca de la naturaleza y efectos del ameritado plazo, lo siguiente: "No ofrece duda que cuando se trata de un término perentorio que la ley señala para el ejercicio de una facultad o derecho, como el indicado para formular el recurso de revisión, vencido el plazo sin que el interesado interponga el mencionado recurso se produce, por ministerio de la ley, la caducidad del derecho a formularlo... (Casación Civil del 19 de noviembre de 1976, tomo CLII, pág. 505), fenómeno jurídico éste que despoja al particular del derecho a ejercer válidamente la acción en el caso concreto y que por consiguiente autoriza a las autoridades judiciales a rechazar de plano la impugnación, tal como lo dispone el inciso 4o. del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil (auto 122 del 23 de junio de 1992. Extractos de jurisprudencia. Tomo 2, 1992, págs. 203 y 204).

4.5. Síguese de lo anterior que el recurso de reposición esta llamado a prosperar, siendo por tanto procedente la revocatoria del auto impugnado para, en su lugar, rechazar la demanda de revisión en cuestión, toda vez que como se dejó anotado, ésta no fue presentada dentro del término legal y por ello le caducó el derecho al accionante.

5. No se opone a la anterior conclusión lo decidido en proveído el 16 de marzo de 1994 (fls. 300 al 313, C.), toda vez que en éste la Corte

al desatar el recurso de súplica en modo alguno se refirió a que no existiera término de caducidad, sino a que por haberse inadmitido inicialmente la demanda de revisión y subsanado los defectos anotados, no había lugar al rechazo por un motivo diferente, de ahí que haya consignado que el aspecto de la caducidad podía considerarse en otras oportunidades, tales como el fallo, oportunidad que precisamente ha surgido con la interposición de la reposición.

6. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 383, última parte, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, ha de imponerse al señor apoderado judicial del recurrente, doctor EDUARDO GACHARNA PERDOMO, la multa de cinco (5) salarios mínimos mensuales, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada, debiendo ordenarse oficiar a la compañía aseguradora.

DECISION

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

1. REPONER para REVOCAR el auto del 7 de abril de 1994 y, en su lugar, 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. 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.

3. IMPONER multa de cinco (5) salarios mínimos mensuales al señor apoderado del recurrente doctor EDUARDO GACHARNA PERDOMO, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada (inciso 2o., in fine del art., 383 del C. de P. C.).

4. Sin necesidad de desglose, devuélvanse los anexos.

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

6. 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 conferidos en el poder que obra en el folio 399 de este cuaderno.

Notifíquese.
Eduardo García Sarmiento

INCONGRUENCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ACUMULACION DE PRETENSIONES

1) La incongruencia como causal de Casación tiene que buscarse en el correspondiente cotejo entre los dos extremos, litigio sentencia, a fin de ver si entre ellos existe en realidad ostensible desacoplamiento ora porque el fallo resuelva sobre lo que no fue impetrado; ora porque otorgue más de lo pedido o ya porque al decidir omita en todo o en parte, decidir acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo, y en esta tarea tanto la demanda como en sucontestación, pero principalmente en la primera, suministran las pautas de referencia.
Igual sentido G.J. Tomo CXLVIII, pág. 26; G.J. Tomo LXXXI, pág. 700.

2) Importancia de la acumulación objetiva de pretensiones frente al principio de congruencia.

3) Distinción entre la acumulación de pretensiones "secundarias o consecuenciales" y las "subsidiarias".
Igual sentido: G.J. Tomo CXLVIII, pág. 37

F. F.: C. de P.C. Art.: 305, 82, 368 ibídem.

LITISCONSORCIO NECESARIO / LEGITIMO CONTRADICTOR / SENTENCIA INHIBITORIA / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL — VÍA DIRECTA E INDIRECTA

1) Fundamento último del litisconsorcio necesario

2) Razón de ser del carácter "necesario" de un litisconsorcio

sentido: G.J. ts. CXXXIX, pág. 170, CLXXX, pág. 381 y C.C., pág. 200.

4) Si la irregular integración del contradictorio no es oportunamente remediada por los medios que la codificación ritual auroriza, la decisión inhibitoria es inevitable.

5) Viabilidad del ataque en casación por la vía directa y por la vía indirecta, respecto de una providencia inhibitoria como resultado de un análisis equivocado que el fallador hizo del litisconsorcio necesario y el régimen que le es consustancial, o ya de la errada apreciación probatoria de la situación fáctica así involucrada.
Igual sentido: G.J. ts. CLII, pág. 9 y CCXIX, pág. 71.

6) Conformación del litisconsorcio necesario en tratándose de negocios jurídicos -nulidad, resolución por incumplimiento, simulación.
Igual sentido: G.J. ts. CXCII, pág. 184, C.C, pág. 201 y CCXIX, pág. 74.

F.F.: C. de P. C. Art.: 51, 83 ibídem.

ERROR DE HECHO / INTERPRETACION DE LA DEMANDA

Error de hecho en la interpretación de la demanda. Cuándo prevalece el amplio poder del juzgador de instancia respecto de esta actividad.
Igual sentido: G.J. t. CXXXIX, pág. 136; G.J. ts.. CLV, pág. 265, y CLIX, pág. 161, G.J.T. CXLVI, pág. 131.

F.F.: C. de P.C. Art.: 368 Numeral: 1.

ABUSO DEL DERECHO / DELITO / CUASIDELITO / OBLIGACION EXTRACONTRACTUAL / CONTRATOS / DOLO / CULPA / ENTIDAD DE CREDITO / PROTECCION AL CONSUMIDOR / PERJUICIO — Legitimación

1) El abuso del derecho en el régimen previsto para los delitos y cuasidelitos civiles.

2) Concepto y fundamento del abuso de dichas prerrogativas

3) El fenómeno conocido como "abuso del derecho" tiene reducido su campo de acción a lo siguiente: a) servir de fuente de obligaciones extracontractuales; b) no cumple papel alguno cuando se trata del ejercicio de derechos o de facultades emanadas de la contratación entre particulares y, c) no es posible concebir el "acto abusivo" sino en tanto medie una falta personal imputable a título de dolo o de culpa al autor del daño de quien es reclamada la respectiva indemnización.

4) El abuso del derecho como fuente de obligaciones extracontractuales.

5) Distinción entre el "uso" y el "abuso" en ejercicio del derecho.

6) Influencia en todo el ordenamiento positivo respecto a la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo.

7) Abuso del derecho respecto de la posición dominante de las entidades de crédito. Protección al consumidor en el sector financiero nacional.

8) En sistemas como el Colombiano donde no se cuenta con una definición legal del "abuso", su existencia de ser apreciada por los jueces en cada caso.

9) Legitimación para exigir el resarcimiento de perjuicios en el evento de que varias personas que han intervenido, sea como beneficiarias o bien como garantes, en una operación crediticia de préstamo hipotecario y se vean afectadas por prácticas incorrectas de la institución prestamista, indicadoras de explotación abusiva de la posición dominante en que ésta última se encuentra.

FE: C.N. Art.: 95 Numeral: 1 Inciso 3; C. de Co. Art.: 871, C.N. Art. 1; C.C. Art: 1603, C. de Co. art. 830; DECRETO Num.: 1084 Año: 1987 Art.: 7; DECRETO Num.: 721 Año: 1987 Art. 8; DECRETO Num.: 1730 Año: 1991 Art.: 2.1.2.3.9; DECRETO Num.: 663 Año: 1993 Art.: 98 Inciso: 4.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL — Vía Indirecta / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

1) El recurso de Casación por quebrantamiento indirecto de la ley, no constituye una instancia adicional del juicio en la que tenga cabida un replanteamiento libre e inmediato de la factibilidad litigiosa en orden a obtener su revisión, reajuste o constatación por fuera del marco restringido.

2) Cuándo hay lugar a quebrar la sentencia definitiva que clausura la instancia por error de hecho en la apreciación de la prueba. En que consiste el error de hecho y de derecho en la apreciación probatoria.
Igual sentido: G.J. t. CXXXIX, pág. 240; G.J. t. CXXXII, pág. 214

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO / PRESUNCION / DICTAMEN PERICIAL

1) Error de hecho y error de derecho en tratándose del dictamen pericial.

2) Presunciones respecto del fundamento de la fuerza probatoria del dictamen pericial, en la perspectiva propia del recurso de casación.

F.F.: C. de P.C. Art.: 241.

INCONGRUENCIA

1) Objeto de la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado.

Igual sentido: G.J. t. CXXIV, pág. 144

2) Cuándo se da la aludida causal?
Igual sentido. Cas. Civ. de 29 de agosto de 1988 y 16 de julio de 1990, ambas sin publicar

3) Labor que debe realizarse para definir si en verdad determinada sentencia adolece de un vicio de tal naturaleza.

Igual sentido: G.J. t. LXXV, pág. 62; G.J. ts. XLIX, pág. 307, y CCXIX, pág. 16.

F.F.: C. de P.C. Art.: 368 Numeral.: 2

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL —
Vía Directa e Indirecta

La violación directa de la ley sustancial implica, por contraposición a la que a su vez es hipótesis propia de la violación indirecta, que por el juzgador no se haya caído en desacierto alguno, de hecho o de derecho, en el manejo de las pruebas y que, por lo tanto tampoco exista reparo para oponer contra los resultados que en campo de la cuestión fáctica haya encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba.
Igual sentido: Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1989 y 13 de febrero de 1992, sin publicar; G.J. ts. CXLVI, pág. 60 y CCXIX, pág. 260; G.J. CXXXIX, pág. 52. PONENTE: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

TRIBUNAL DE CASACION / JUZGADOR DE INSTANCIA

Límite a los poderes de la Corte como tribunal de casación. Distinción entre las atribuciones de los juzgadores de instancia y la función de control que por principio les compete a ese tribunal.

Igual sentido: Cas. Civ. de 10 de septiembre de 1991

F.F.: C.N. Art.: 230; C. de P.C. Art.: 365

CASACION — Cargos

No cualquier cargo en casación puede recibirse ni tiene eficacia legal, sino tan sólo aquellos que impugnan directamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones mediante ella adoptadas, toda vez que los demás son inoperantes por salirse del marco legal del recurso.
Igual sentido: G.J. Num. 2010, pág. 563
F. F.: C. de P. C. Art.: 368 Numeral.: 1.

ERROR DE HECHO / PODER DEL JUZGADOR / VALORACION PROBATORIA

1) Condiciones que ha de reunir el error probatorio de hecho relevante para los fines del recurso de casación.
Igual sentido: G.J. t., CXXX, pág. 63.

2) Prevalencia del discreto ejercicio de los poderes del juez en el examen de la prueba.
G.J.t. CXXXIX, pág. 240.

E.E.: C. de P.C. Art.: 368 Numeral.: 1 Inciso: 2.

INCONGRUENCIA (SENTENCIA SUSTITUTIVA)

Eficacia del ataque al cargo relativo a la incongruencia por exceso. El fallo de la Corte como juzgador de instancia se limita a corregir ese error.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil – Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Ref: Expediente No. 3972 *Sentencia Nº 125*

Se deciden los recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por la sociedad CONSTRUCTORA ARINCO LTDA contra la CORPORACION POPULAR DE AHORRO Y VIVIENDA CORPAVI.

I. EL LITIGIO Y SUS ANTECEDENTES:

1. Mediante escrito presentado el día cinco (5) de junio de 1986 y cuyo conocimiento le correspondió por reparto al Juzgado 13 Civil del

Circuito de esta ciudad, actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto la sociedad CONSTRUCTORA ARINCO LTDA., compañía de comercio constituída de acuerdo con la ley y domiciliada en Bogotá, entabló demanda contra la CORPORACION POPULAR DE AHORRO Y VIVIENDA–CORPAVI- con apoyo en circunstancias de hecho que el mencionado escrito relata pormenorizadamente y de las cuales, en obedecimiento a lo dispuesto en los artículos 303 y 304 del Código de Procedimiento Civil, corresponde hacer la siguiente síntesis:

a) En su condición de empresario social o colectivo en el campo de la construcción y con el fin de obtener los recursos financieros necesarios para adelantar, en un bien raíz de su propiedad ubicado en la carrera 13 No. 75-20 y calle 75 No. 12/74-84 de esta ciudad, la construcción de un edificio denominado "Icaly" destinado a la venta de unidades inmobiliarias para vivienda, en 1981 la sociedad demandante acudió a la corporación demandada en solicitud de un préstamo por $ 105 millones de pesos, préstamo desde luego sometido al principio del valor constante de acuerdo con el cual han de operar por lo general las instituciones de ese tipo y para cuya tramitación fue necesario realizar depósitos en CORPAVI por cuantía equivalente al 10% del importe total del crédito solicitado, lo que obligó a aquella sociedad a acudir a los servicios de intermediarios en el mercado para conseguir a alto costo los fondos que le permitieran cumplir con esta exigencia.

b) Con fecha 23 de febrero de 1982 y por una suma inferior a la pedida, la demandada le impartió aprobación a la solicitud, aceptando en consecuencia realizar con la sociedad CONSTRUCTORA ARINCO LTDA una operación de crédito en dinero por $ 94 millones de pesos en la que la entrega por parte de la corporación se llevaría a cabo en dos etapas, una por $ 68 millones y la otra por $ 26 millones, siempre y cuando fueran atendidos nuevos requisitos, entre ellos el de constituir otro depósito por un monto igual al 30% de los $ 68 millones del desembolso inicial, depósito reajustable "por corrección monetaria" pero no retribuido con intereses para el depositante y que también por cuenta de ARINCO LTDA efectuó la compañía Insumos del Espinal Ltda. por $ 20.399.375.

c) Para instrumentar la operación de crédito aludida, el 23 de septiembre de 1982 la beneficiaria del préstamo y las sociedades

Inversiones Arciniegas Restrepo & Cía S. en C., Inversiones Castilla Hernández & Cía. S. en C. y ARINCO LTDA, junto con los señores Antonio Castilla Samper y Jaime Arciniegas Castilla, otorgaron a la orden de CORPAVI un pagaré distinguido con el Num. 1 por 117.763 1920 unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) equivalentes en esa fecha a $ 68 millones y con un plazo de 18 meses para su vencimiento, lo que dio lugar a que en forma simultánea y de acuerdo con procedimientos internos de la corporación, se estableciera un depósito por igual valor a nombre de CONSTRUCTORA ARINCO LTDA y se emitiera el respectivo certificado del cual ésta última entidad nunca tuvo tenencia y tampoco ingresaron su patrimonio los fondos materia del mutuo, produciéndose tan sólo un movimiento de asientos contables; sin embargo, en los registros de CORPAVI y por lo que toca con el pago de intereses pactados para el plazo, la obligación a cargo de CONSTRUCTORA ARINCO LTDA se hizo figurar como existente desde el día 23 de septiembre de 1982, fecha de otorgamiento del pagaré según se dejó anotado.

d) Por tratarse de un préstamo hipotecario, el 26 de noviembre de 1982 CONSTRUCTORA ARINCO LTDA constituyó a favor de CORPAVI la garantía real respectiva sobre el inmueble en que se levantaría el edificio Iealy. Sus términos se hicieron constar en la escritura 8354 de la Notaría Quinta de Bogotá y al tenor de este instrumento la obligación cubierta se expresó en 113.759.9330 UPAC por ese entonces equivalentes a $ 68 millones, habida cuenta que como se puso de manifiesto en la cláusula séptima "... CORPAVI abrió en favor de CONSTRUCTORA ARINCO LTDA un crédito para destinar la suma recibida en calidad de mutuo comercial a la construcción de un edificio...", crédito que se habría de utilizar en dieciocho meses contados desde el 23 de septiembre y no desde el momento en que el contrato de garantía en referencia quedó celebrado. Pero no obstante esto, dice la demanda que al proceso le dio comienzo, "...ocurrió que ni ese 23 de septiembre, fecha de emisión del pagaré a favor de CORPAVI y de creación por parte de esta del C.D.T. por $ 68 millones a favor de la demandante, ni el día en que esta hipotecó su lote a favor de aquella (noviembre 26 de 1982), ni el de su registro, CONSTRUCTORA ARINCO LTDA recibió en bloque y en pesos los 117.763.1920 UPAC de los documentos de 23-24 de septiembre de 1983, como los 113.759.9330 UPAC del día de la hipoteca, siendo que ni en una fecha ni en la otra CORPAVI tuvo difi

cultades de disponibilidad de dinero, o por lo menos nunca se lo manifestó a la demandante, y siendo además que ésta, para desarrollar su objeto, acudió a ella en desarrollo del suyo, en procura de los recursos propios del caso...". El primer desembolso vino a hacerlo la corporación el día 26 de enero de 1983 por 5,662.6057 UPAC, equivalentes por esa fecha a $ 3.5 millones, pero con la circunstancia, que luego se repitió a lo largo de todo el proceso de financiación de la construcción del edificio Icaly, de que la sociedad deudora "...para poder recibir dicha cifra, como toda otra posteriormente, fue menester que pagar a primero a CORPAVI, es decir, con anterioridad a la fecha de recibo de cualquier suma, otra, pero a título de intereses anticipados con la diciente modalidad de que la tasa del 9% 9.5% aplicable, se tomó como multiplicador, no de la suma recibida por la actora o presupuestada para serle entregada, sino sobre los 117.763..920 UPAC o sea los $ 68 millones que nunca aquella recibió y sobre la cual nunca tuvo disponibilidad alguna. Fue así, entonces, como el conducto para que la actual demandante pudiera recibir los 5.562.6057 UPAC, representativas de los $ 3.5 millones el día 26 de enero de 1983, fue el pagar antes, los días 28 de septiembre y 23 de diciembre de 1982, la suma de $ 2,949 226.97 por entonces equivalentes a 5.045.2617 UPAC, según consta en los recibos de CORPAVI (...) y en los estados de cuenta de octubre a diciembre de 1982 y en los que CONSTRUCTORA ARINCO LTDA figura como deudora de la obligación No. 400505 2...", de donde se sigue que esta última, el 26 de enero de 1983, recibió $ 3.5 millones y para ello tuvo que pagar $2,949.226.97 por concepto de intereses anticipados "...pese a que, hasta ese momento, CONSTRUCTORA ARINCO LTDA no había recibido un sólo centavo por parte de CORPAVI, como tampoco había tenido ni nunca tuvo la tenencia ni disponibilidad el certificado de depósito a término 026009 0 (...) ni desde luego de las UPAC que representa, pese a que para entonces había transcurrido más de un año de su solicitud de crédito, la que estuvo acompañada de los depósitos previos exigidos: dos meses de su aceptación así como de la creación del CDT por 117.763.1920 UPAC y de la emisión del pagaré No. 1 a favor de CORPAVI; aun más tiempo de la creación de los depósitos nuevos por el 30% de aquella cantidad; y varios días de la constitución (..) de la hipoteca exigida por CORPAVI, y pese, igualmente, a no existir programa de desembolso y no haber variado la circunstancia en que se dijo otorgar o aceptar el crédito dicho...".

e) Debido a los mayores costos de la obra en desarrollo y por el tiempo que había transcurrido, el 17 de febrero de 1983 CONSTRUCTORA ARINCO LTDA solicitó ampliación del crédito y el desenvolvimiento que esta nueva operación tuvo es prácticamente igual al de la primera. El día 3 de mayo de 1983 CORPAVI aceptó la petición, quedando por lo tanto el importe total de la obligación en $ 94 millones y fijado su vencimiento para 18 meses después de la fecha en que el otorgamiento del préstamo inicial quedó perfeccionado, es decir desde el 23 de septiembre de 1982 hasta el 22 de marzo de 1984. Así, pues, la sociedad hoy demandante y sus codeudores solidarios emitieron un segundo pagaré por 39.331.3667 UPAC equivalentes a $ 26 millones, el 25 de mayo de 1983, fecha esta en que, como sucedió con la primera fase de la operación, se abrió de acuerdo con procedimientos internos de la corporación un segundo depósito de ahorro reajustable que dio origen al certificado No. 026217 por 39.331.3667 UPAC equivalente a los $ 26 millones aprobados por concepto de la ampliación solicitada, pero este título tampoco le fue entregado a la sociedad beneficiaria ni ella nunca tuvo disponibilidad efectiva ninguna sobre esos fondos que no salieron de su patrimonio y, menos aún, ingresaron en bloque, luego se trató apenas de una operación meramente contable. Asimismo, por exigencia de la corporación, CONSTRUCTORA ARINCO LTDA. amplió la hipoteca que de conformidad con la escritura 685 de la Notaría 28 de Bogotá quedó cubriendo una deuda adicional por 38.687.0219 UPAC equivalentes ese día a $ 26 millones. Pasados varios meses, el 18 de noviembre de 1983, CONSTRUCTORA ARINCO LTDA pidió una segunda ampliación del crédito que la corporación negó según comunicación distinguida con la referencia CDC.046.

f) A partir del 26 de enero de 1983 y hasta el 2 de febrero de 1984, fecha en que se produjo el último desembolso por 11.945.03228 UPAC, CONSTRUCTORA ARINCO LTDA ", recibió a modo de cuentagotas por parte de CORPAVI" y de acuerdo con el cuadro resumen que como parte integrante de la demanda obra a folio 21 del cuaderno principal, recursos por un valor acumulado de $ 108'846.433.21 (157.097.1484 UPAC), mientras que los intereses pagados a la corporación ascienden a la suma de $ 12'458.051.11 (18.607.7647 UPAC), y los desembolsos en cuestión se hacían, previa solicitud de la compañía constructora, mediante memorandos internos de la oficina principal de CORPAVI a la de la calle 14 en Bogotá, desembolsos en virtud de los cuales se cancelaba el certificado de depósito vigente a la fecha, se le restaba de su importe la suma entregada por concepto del respectivo desembolso efectuado y se

expedía un nuevo título por el saldo, advirtiéndose que todos los comprobantes, certificados y títulos, aún cuando tienen la firma de CONSTRUCTORA ARINCO LTDA, la verdad es que esta entidad "... nunca endosó los CDT ni les dio origen por no haber hecho los depósitos respectivos, ni recibió las sumas totales indicadas en esos comprobantes de pago de los certificados, ni mucho menos, estando necesitada de recursos para su obra, pidió que así actuara CORPAVI...", Y por lo que concierne a la exigibilidad de las obligaciones cambiarias contenidas en los pagarés 1 y 1A, creados y entregados a CORPAVI para instrumentar la deuda contraída por aquella sociedad, este modo de obrar de la corporación acreedora condujo a que después de un mes y veinte días luego del último desembolso, o sea del 2 de febrero de 1984 al 22 de marzo siguiente, se produjera el vencimiento pactado, quedando el deudor en situación de "mora" no obstante que el plazo del préstamo era a 18 meses, de suerte que la demandante no pudo hacer uso del semestre previsto para llevar a cabo la venta de los apartamentos y, además, por fuerza de la "mora" en que incurrió CONSTRUCTORA ARINCO LTDA, los intereses se reajustaron a la tasa del 14.25% anual sobre el total de UPAC adeudados y convertidos a pesos, sin tener en cuenta para nada las fechas en que se produjeron las sucesivas entregas de dinero, "...es decir si tenían más de dieciocho meses o no".

g) De común acuerdo entre la sociedad beneficiaria del crédito y la institución financiera que lo concedió, considerando que se trataba de un préstamo puente en cuenta tal destinado a transferirse por partes o "a prorrata" a los adquirentes de las unidades inmobiliarias una vez construidas y terminada la edificación, hicieron la correspondiente distribución y en las escrituras de venta se estipuló que si el valor del crédito concedido al comprador por la corporación fuere inferior a la prorrata asignada, la constructora queda obligada a cancelar dicha diferencia en la fecha de la escritura otorgada. Así, en cada caso se constituyó la respectiva garantía por los compradores que solicitaron financiación y era obligación a cargo de CORPAVI, una vez ocurrida cada cesión parcial de la acreencia hipotecaria general, liberar en la proporción prevista al deudor original, cosa que dicha institución no hizo con la exactitud necesaria, ya que por la forma como liquidó las llamadas "subrogaciones" y la tardanza con que practicó los abonos derivados de las cesiones en mención, la sociedad demandante tuvo que pagar, "... sin que mediara causa jurídica alguna", interés y expensas por cantidad equivalente a

8.911.6136 UPAC que, al decir de la demanda va aumentando a medida que se deteriora el poder adquisitivo del signo monetario nacional.

h) Finalmente, ante las pretensiones excesivas de cobro que dejó consignadas la corporación en carta del 12 de junio de 1984, distinguida con la referencia CA 1574 84, y con el propósito de "...salir de sus tentáculos y obtener un finiquito de sus cuentas", CONSTRUCTORA ARINCO LTDA propuso varias alternativas para liquidar la operación, entre ellas la de hacer dación en pago de los apartamentos no vendidos, oferta esta aceptada por CORPAVI en carta del 2 de julio de 1985 sobre las siguientes bases: (i) Que el valor total de la deuda pendiente era para esa fecha de $ 132'356.994.14; (ii) Que el pago correspondiente se haga mediante dación de doce apartamentos del edificio Icaly avaluados para el efecto en $ 66.157.500, y la parte restante, en cuantía de $ 66'199.494, por las "subrogaciones" que hacían falta respecto de ventas de apartamentos realizadas con mucha anterioridad; y (iii) Que la escritura de dación en pago, para que pueda consolidarse el arreglo, habría de otorgarse indefectiblemente en la primera quincena del mes de julio de 1985. En consecuencia, ateniéndose a estas exigencias y por medio de la escritura 803 de 19 de julio de 1985 autorizada por el Notario 28 de esta ciudad, CONSTRUCTORA ARINCO LTDA le hizo entrega a CORPAVI, a título de dación en pago, de los doce apartamentos acordados y la extinción de la "supuesta" obligación por los restantes $ 66'199.494.15 -afirma la demanda- se cumplió en el mes de julio de 1985, según consta en cinco notas crédito por un valor de $ 24'112.934, así como en otras dos posteriores, del 21 de agosto de 1985, distinguidas con los números 25834 y 25835 que equivalen en moneda corriente a un abono de $ 140'681.831.13 (1.47.942.8671 UPAC), luego es evidente en opinión de la sociedad reclamante que CORPAVI, cobrando $ 132'356.964.15, acabó recaudando de manera indebida $ 164'794.765.13 que es el total que arrojan los documentos de contabilidad elaborados por la propia entidad acreedora, referidos fundamentalmente a los abonos causados por las "subrogaciones" y la dación en pago tantas veces mencionada.

Resumiendo y en cuanto hace al balance final de la operación después de la liquidada ella por el mecanismo convencional que acaba de describirse, el escrito de demanda que al proceso le dio comienzo, presenta el siguiente cuadro:

1) Valor del Crédito según CORPAVI (Obligaciones 400505-2 y 400522-2)

$ 68 millones
$ 26 millones

TOTAL: $94 millones

2) Pagos efectuados por Constructora ARINCO LTDA según recibos expedidos por la demandada.

$ 12'458.051 por intereses anticipados
$ 54'009.319 por abonos a subrogaciones
$ 140'681.931 por dación en pago

TOTAL: $ 207'149.20.

3) Balance (2 1)

$ 207'149.201
$ 94'000.000

TOTAL: $ 113'149.201 que es el importe del total reintegrado por encima del capital prestado, es decir a título de intereses.

O dicho de otra manera, se recibieron $94 millones y se pagaron $ 207'149.201 que en términos de unidades de poder adquisitivo constante es igual a decir que se recibieron 157.094.1484 UPAC al paso que el deudor restituyó más de 200.000 UPAC, "...resultado que obviamente implica pago sin causa, y la forma en que operó el recaudo conlleva un disfraz de toda la operación real y de su disciplina legal..."

i) Al conjunto de los hechos que se dejan reseñados, la sociedad actora les atribuye una significación jurídica compleja que el mismo escrito de demanda se propone precisar en los siguientes términos: "...6-1. La actitud asumida por CORPAVI en el caso que se deja reseñado, una vez desenmascarada, muestra que contraviene las normas a las cuales debía acatamiento en su condición de Corporación de Ahorro y Vivienda e implica, igualmente, una mera apariencia creada para esconder el negocio o negocios ciertos

propios de su objeto social, eludiendo de esa manera el régimen jurídico que le era propio y obteniendo, de contera, grande y aún desproporcionada rentabilidad. 6-2 Y CORPAVI, sabiéndose tenedora de títulos ejecutivos (...) con garantía real y que en su poder estaba dirigir el rumbo del negocio, abusó de su poder negocial paralizando una obra iniciada, no entregando los dineros material del crédito propio de su objeto, o manejando la operación al retener o simplemente no entregar los certificados de depósito a término que ella misma creara, o demorando injustificadamente, en contrapunteo con su propio compromiso y con las normas pertinentes, las mal llamadas subrogaciones, cargándole así a la hoy demandante gruesas sumas por conceptos ya finiquitados, o exigiéndole a esta determinadas contrapuntaciones (sic) para darle curso al crédito (...) o cobrándole a la misma el costo de actos ajenos, como lo fueron los seguros tomados por cada adquirente de apartamentos, o verificando aquellas subrogaciones cuando al fin se decidía a hacerlo, en idioma, por decirlo así, o bien jurídico distinto a aquel que fuera materia del crédito, como que para esos abonos inició la operación matemática correspondiente en pesos y no en UPAC siendo esto y no aquello lo debido, o sencillamente ejerciendo una indebida presión en el negocio, inclusive hasta llegar al punto de condicionar la dación en pago a que la correspondiente escritura se firmara, sin posibilidad alguna de discutir los términos de la misma, en el mes de julio de 1985. 6-3. De modo que esa actuación de CORPAVI se centró en causarle a Constructora ARINCO LTDA., ingentes daños; ni los honorarios propios del trabajo de construcción del edificio lealty ni utilidad alguna por el mismo concepto recibió la segunda, sufriendo de esa manera un desmedro patrimonial de $ 14 millones por concepto de honorarios y de $ 33 millones por la utilidad dejada de percibir. Y es más, la misma irrogó a Constructora ARINCO LTDA perjuicios de todo orden que desde luego deben ser indemnizados. Aún dentro de estos, de tipo moral, pues refiero que las dificultades financieras en que quedó colocada (...) la llevó a una práctica imposibilidad de emprender otra obra en desarrollo de su objeto social, y que la propia CORPAVI (...) ha negado la concepción de otro crédito para el que, indirectamente, esté vinculado el nombre de la Constructora ARINCO LTDA, por el único motivo de la situación en que ésta quedó por obra y gracia suya, claro que sin parar mientes en toda la gruesa utilidad obtenida a costa de la sociedad hoy demandante...".

En consecuencia, el capítulo petitorio de la demanda presentada da cuenta de varias súplicas principales y sucesivamente subsidiarias, formu-

ladas por CONSTRUCTORA ARINCO LTDA contra la CORPORACION POPULAR DE AHORRO Y VIVIENDA CORPAVI, del siguiente modo: A-PRINCIPALES: 1) Que se declare en sentencia que son simulados y sin valor ni efecto alguno los contratos de crédito o de mutuo que dan cuenta los Certificados de Depósito a Término 026009-2 y 002.026217-3 emitidos por CORPAVI, las escrituras 8354 y 0685 otorgadas en las Notarías 5a y 28 de Bogotá, y los pagarés Números 1 y 1A extendidos por la demandante a favor de CORPAVI y que dieron origen a las obligaciones números 400505 2 y 400522-2 a cargo de CONSTRUCTORA ARINCO LTDA. 2) Declarar la existencia de los contratos de mutuo en UPAC en la modalidad de Corporación a Constructor, en las fechas y cuantías en que ciertamente CONSTRUCTORA ARINCO LTDA fue recibiendo de CORPAVI los pesos que representaban tales UPAC en la medida en que se los fue entregando durante el período que va del 26 de enero de 1983 al 2 de febrero de 1984 según lo indicado en los hechos de la demanda, y que a los referidos contratos en realidad celebrados "...se les aplique el régimen legal pertinente de conformidad con su naturaleza jurídica...", lo que al decir de la actora supone tener una notable variedad de especificaciones y efectos como son la determinación de los plazos de vencimiento, la pérdida y reducción de intereses, la división de las obligaciones contraídas con la corporación y la extinción de las mismas "...con las cuantías de las correspondientes prorratas" en cuanto se fueron otorgando, con la "comparecencia" de CORPAVI, las escrituras de ventas de apartamentos a terceros. 3) Declarar que constituye "pago de lo no debido" y por lo tanto debe serle devuelto a la demandante con intereses moratorios liquidados a la tasa legal comercial desde el 23 de marzo de 1984, "...la cantidad de UPAC que resulte de restar al total de las mismas unidades entregadas por CONSTRUCTORA ARINCO LTDA a CORPAVI (...) la cantidad que a su vez resultare de la aplicación a la operación aquí declarada real" del régimen legal propio de la misma, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2318 del Código Civil. 4) Condenar a CORPAVI a pagar los perjuicios de todo orden que "...por razón de la simulación decretada..." le ocasionó a la demandante, perjuicios que corresponden a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en cuanto a los de carácter patrimonial, junto con daños morales equivalentes a 1.000 gramos oro "...por el incumplimiento o simple retardo en que quedó la demandante por no haber contado con los dineros que dio CORPAVI o "...bien por el simple deterioro de su buena imagen o nombre comercial..." 5) Por haberse incurrido en nulidad relativa generada "...por dolo implícito...", decretar la rescisión del acto de dación en pago que efectuara CONS-

TRUCTORA ARINCO LTDA según los términos de la escritura 802 de 19 de julio de 1985 de la Notaría 28 de Bogotá, disponiéndose la restitución a su favor de los doce apartamentos y garajes transferidos, siendo entendido que restitución en beneficio de CORPAVI no hay "...por ser inexistente la deuda que se pretendió pagar por ese medio...". B-SUBSIDIARIAS. 1) Declarar que CORPAVI incurrió en hecho ilícito o en "abuso del derecho" frente a CONSTRUCTORA ARINCO LTDA por causa o con ocasión de la solicitud de crédito No. 01842, como de las obligaciones 400505 2 y 400522-2 "...por haber retenido indebidamente los certificados de depósito que sucesivamente fueron creados por ella teniendo como beneficiaria a la demandante..." y que por ello es responsable de los daños y perjuicios que de todo orden causó, perjuicios cuya identidad señala la demanda del siguiente modo: Por daño emergente: a) La pérdida patrimonial sufrida por la demandante, en pesos al día del pago, que se representa en el mayor valor dado o entregado a CORPAVI "... frente a una actuación de parte de esta ajustada a derecho..." b) La pérdida patrimonial consistente en la diferencia entre el valor real de los 12 apartamentos dados a CORPAVI y aquel en que ésta los recibió. c) La pérdida de las sumas pagadas en el mercado financiero por la sociedad demandante para procurarse los recursos exigidos por CORPAVI para la tramitación del crédito como para el desembolso del mismo. Por lucro cesante, la rentabilidad dejada de percibir por la actora al no haber contado con los anteriores recursos, calculada dicha rentabilidad a la tasa más alta permitida, desde el 22 de marzo de 1984. Por daños morales, el equivalente a 1.000 gramos oro por el incumplimiento o simple retardo en que quedó la demandante por no haber contado con los dineros que dio CORPAVI o bien por el simple deterioro de su buena imagen o nombre comercial. 2) Declarar inexistentes los contratos de mútuo comercial en UPAC representados en los Certificados 026009-0 y 002.26217, en las escrituras de hipoteca números 8354 y 685 de las Notarías 5a y 28 de Bogotá, en los pagarés 1 y 1A, y en los sucesivos Certificados de Depósito indicados en los hechos de la demanda que fueron otorgados en favor de CORPAVI en beneficio de la compañía demandante. 3) Declarar que los contratos de mútuo comercial indicados, se extinguieron de manera inmediata el día de su creación o nacimiento "...por confusión de las calidades de acreedora y deudora en la misma persona de CORPAVI, en razón de la posesión que desde su inicio e ininterrumpidamente ejerció sobre ellos la demandada, o por el endoso que en propiedad y el día de su creación le hiciera la demandante, en su condición de beneficiaria de los mismos, declarándose en consecuencia, de prosperar esta pretensión o la inmediata-

mente anterior, que en lugar de los citados contratos existieron otros de fechas, cuantías y modalidades indicadas en la petición segunda principal, aplicándoles el régimen legal que les es propio. Finalmente, "...para cualquiera de todas las peticiones que anteceden..." solicita la sociedad demandante que se le imponga a CORPAVI la obligación de pagar costas en las instancias del proceso.

2. Tramitado el proceso con oposición de la institución financiera demandada y practicadas las pruebas del caso, mediante sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de 1988 el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá le puso fin a la primera instancia en el sentido de negar las excepciones de mérito propuestas por la demandada, negar asimismo las pretensiones formuladas como "principales" en el escrito de demanda y acoger la "Primera Subsidiaria", declarando por lo tanto que la CORPORACION POPULAR DE AHORRO Y VIVIENDA y con ocasión de los créditos otorgados, incurrió en abuso del derecho frente a CONSTRUCTORA ARINCO LTDA e imponiéndole a la primera la obligación de pagarle a la segunda "...el exceso de lo pagado correspondiente a 23.187.7067 UPAC, suma que corresponde a daño emergente, y por lucro cesante los intereses de mora a la tasa legal comercial liquidados sobre ese mismo capital desde el día 13 de febrero de 1985. Por último negó las pretensiones subsidiarias restantes y le impuso a la demandada la condigna condena por costas.

3. Contra esta decisión recurrió en apelación la parte demandada con la posterior adhesión de la parte actora y fue así como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de fecha dieciocho (18) de febrero de 1992, le puso a término a la segunda instancia con los siguientes proveimientos: Primero Revocar la decisión desestimatoria de las pretensiones principales atinentes a la simulación y, en su lugar, abstenerse de resolver sobre su mérito por falta de integración del contradictorio. Segundo Confirmar en su parte dispositiva el resto de la sentencia apelada, salvedad hecha de las modificaciones siguientes: Adicionar el punto 4o. en el sentido de indicar que el pago de la prestación cuantificada en UPAC podrá hacerse también en pesos colombianos por equivalencia al momento en que dicho pago se lleve a cabo, mientras que el punto 5o, atinente al lucro cesante, se reformó en el sentido de señalar que la tasa de interés aplicable sobre los 23.187.7067 UPAC es del 90% anual. Igualmente las costas causadas en segunda instancia quedaron de cargo de la parte demandada.

Inconformes con el fallo del Tribunal respecto del cual, valga apuntarlo, uno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión dejó a salvo su voto, ambas partes interpusieron sendos recursos de casación, recursos que hoy corresponde examinar por haberse agotado en la forma debida el trámite que señala la ley.

II- LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA:

1. Después de dejar consignada una idea general sobre los hechos que dieron origen al litigio y de dedicarle un número considerable de folios al recuento pormenorizado tanto de las incidencias procesales como de las pruebas recaudadas y los puntos de vista expuesstos por las partes a lo largo de las instancias, empieza el Tribunal sus consideraciones aludiendo a la competencia ilimitada con la que cuenta para examinar el asunto, puesto que las dos partes apelaron el fallo del Juzgado 13 Civil del Circuito de esta ciudad, y en cuanto al tipo de relación contractual que las vincula, los "impugnados" -dice la providencia- son negocios de crédito celebrados en desarrollo de la actividad propia de las corporaciones de ahorro y vivienda para financiar a los constructores "...en la creación de vivienda a terceras personas quienes a la postre adquieren las unidades (apartamentos o casa) por compraventa, subrogándose en parte proporcional en la deuda adquirida por el constructor, quedando obligados como nuevos deudores en favor de la corporación, salvo los que pagan el inmueble de contado como es obvio..", agregando a continuación que dadas las modalidades de estos préstamos, "...siendo vigilados para que los dineros sean invertidos realmente en la construcción y dado que el constructor inicialmente garantiza con hipoteca solamente el lote donde se va a levantar la obra, la corporación que financia va haciendo entregas periódicas hasta completar la cantidad total del préstamo adjudicado. En consecuencia, el constructor financiado no puede aspirar a que el dinero, prestado en unidades de valor constante, sea entregado en un solo bloque como lo pretende la demandante...".

2. Sentado lo anterior y fijando su atención en las acciones entabladas, dice seguidamente el Tribunal que por lo que a la primera concierne, encaminada a obtener la declaración de simulación de varios contratos enlazados entre sí, no puede recibir pronunciamiento de mérito porque falta la integración del litisconsorcio necesario, habida cuenta que el primero y principal de tales contratos, "...o sea el mutuo contenido en los pagarés 1 y

1A,..." aparece suscrito por otras personas distintas de la CONSTRUCTORA ARINCO LTDA que es la única demandante, y lo cierto es que la solidaridad entre ellas existente "...no da representación...". Las peticiones segunda, tercera, cuarta y quinta presentadas como consecuenciales de la primera principal, han de correr igual suerte "...pues no se podría declarar la validez (sic) de unos mutuos sucesivos y diferentes de los principales cuando estos no han sido declarados sirnalados, luego debe modificarse el primer aparte de la sentencia apelada en su parte resolutiva, declarando la inhibición para conocer de la primera pretensión principal y de todas las demás que le son consecuenciales.

3. Así, pues, pasa a ocuparse la sentencia de la primera pretensión subsidiaria por la cual se le imputa a la corporación demandada haber incurrido en abuso del derecho con daño para la demandante, y luego de aludir al artículo 9o (sic) de la Ley 153 de 1887, al artículo 21 de la ley 200 de 1936, al artículo 830 del Código del Comercio y a la doctrina científica sobre el tema con referencia al pensamiento de autores extranjeros y nacionales, haciendo de las obras de estos últimos dilatadas transcripciones cuya necesidad es en verdad poco visible, fija las siguientes conclusiones: 1) Que tratándose en el caso de autos de relaciones contractuales regidas por la legislación mercantil, el artículo 830 del Código del ramo tiene plena aplicación, y en la medida en que dicho precepto no distingue, el abuso del derecho y sus consecuencias resarcitorias no solamente tienen cabida en el terreno de la responsabilidad extracontractual; y 2) Que para su configuración jurídica, el abuso del derecho no requiere dolo o culpa del agente; "...basta con que exista la desviación del derecho..." y ello se hace todavía más patente en supuestos como el presente en que es una corporación de ahorro y vivienda la demandada por ese concepto, entidades que como se sabe sólo pueden hacer lo que la ley les permita "...pues son delegatarias del Estado para captar el ahorro de los particulares y para invertir en la construcción...".

Y sobre estas bases emprende la corporación falladora el examen de la prueba recaudada, encontrando demostrado "... en forma nítida" el abuso del derecho denunciado "... pues el destino de los dineros que captan de los ahorradores las corporaciones, son precisamente (sic) para prestarlos al constructor, no para crear depósitos a término ni hacer ninguna otra inversión diferente. La corporación al ejercitar su derecho reglamentado por la autoridad estatal, lo desvió a fines no previstos en la ley que creó tales enti-

dades...", "...de esta manera irregular se le cobraban a ARINCO sumas de dinero mayores a las autorizadas a las corporaciones de ahorro y vivienda...", sumas que de acuerdo con la prueba pericial rendida en la primera instancia alcanzaron hasta 23.187.7067 UPAC, siendo de advertir que el experticio en cuestión fue aclarado y en relación con el punto específico del exceso cobrado por CORPAVI en perjuicio de la constructora demandante, ambas partes guardaron silencio, lo que lleva al Tribunal a concluir que la condena a restituir impuesta en "...el IV de la parte resolutiva de la sentencia apelada, debe ser confirmada...". En síntesis, después de transcribir el texto completo de los artículos 2o. del Decreto 678 de 1972 y 2.1.2.3.9 del Decreto 1730 de 1991, estima el ad quem que estuvo acertado el juzgado al reconocerle fundamento a la pretensión apoyada en el abuso del derecho atribuido a CORPAVI, toda vez que al decir del fallo y de acuerdo con los elementos de juicio destacados allí, esta entidad incurrió en uso indebido de fondos provenientes del ahorro del público cuya destinación es la actividad de fomento a la vivienda, teniendo presente que la limitación impuesta a las corporaciones concierne al tipo de interés y a esa inversión exclusiva.

4. El capítulo final de la providencia en estudio se refiere a "las razones de los apelantes", sosteniendo que en lo esencial no les asiste el derecho en sus críticas dirigidas contra la sentencia de primera instancia.

En primer lugar y por lo que toca con el recurso de la parte demandada, el hecho de que la compañía constructora tuviera a su favor la posibilidad de pedir la reducción judicial de intereses no impide que prospere la acción indemnizatoria por abuso ya que a esta última no la reemplaza en modo alguno la primera; tampoco la excluye el que los depósitos realizados por cuenta de la sociedad deudora fueran reajustados con corrección monetaria, habida cuenta que según quedó comprobado en el proceso, no obstante el pago de ese reajuste CORPAVI obtuvo una ganancia injustificada a expensas de CONSTRUCTORA ARINCO LTDA, equivalente a los intereses del 9% o del 9.5% anual más la corrección monetaria a cargo de esta última entidad por el crédito a ella otorgado; en fin, los intereses debidos por la demandada sobre la suma por ella percibida en exceso, son "...los corrientes de plazo" porque al referirse la prestación restitutoria impuesta por el fallo a 23.187.7067 UPAC, de modo implícito se otorga la corrección monetaria y por lo tanto dichos intereses deben liquidarse a la rata del 9% anual, "...descontando tal indexación...", de donde se sigue que en realidad en este punto concreto la sentencia debe reformarse. Al recurso de la parte

actora le dedica el Tribunal pocas líneas, remitiendo a los argumentos expuestos para abstenerse de decidir acerca del mérito de la acción de simulación entablada como principal en la demanda, y para terminar se ocupa de las excepciones esgrimidas en la contestación que a dicho libelo le dio la CORPORACION POPULAR DE AHORRO Y VIVIENDA, afirmando que no fueron fundamentadas ni explicadas ya que esa entidad se limitó a hacer una enumeración de ellas, salvo "...la simple afirmación que había existido transacción cuando se celebró (sic) la escritura pública 0803 de 1985 de la Notaría 28, mediante la cual se formalizó la dación en pago ...", figuras ambas que a juicio de la corporación sentenciadora son diferentes y esto es suficiente para descalificar la defensa.

III. LOS RECURSOS DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Seis y ocho son los cargos que formulan los recurrentes en casación, cargos que la Corte estudiará por grupos de acuerdo con la afinidad temática que presenten y el orden lógico que el contenido de cada uno de ellos imponc, así: En primer lugar, el cargo propuesto por la parte actora denunciando exceso de la sentencia frente a los límites que a la controversia le señaló la demanda al acumular eventualmente o de manera subsidiaria las distintas pretensiones que constituyen su objeto; en segundo lugar, los cargos en que las dos partes se proponen demostrar que la decisión inhibitoria en dicha providencia contenida carece de base legal y, en fin, el conjunto de cargos que con la misma finalidad que acaba de indicarse, aluden a la decisión estimatoria de la acción entablada con fundamento en el abuso del derecho y a los alcances que a la correspondiente prestación indemnizatoria a cargo de la institución financiera demandada, le imprimió el Tribunal en el fallo materia de censura.

–SECCION PRIMERA

CARGO TERCERO (Recurso de la parte actora)

Invocando el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, sostiene el recurrente que "...al confirmar mediante el punto 2o. de su parte resolutiva el 6o. o VI del fallo del Juzgado 13 que negó las demás pretensiones subsidiarias", el Tribunal incurrió en incongruencia por ultra petita, defecto este que radica en lo siguiente: "...Al prosperar la pretensión primera subsidiaria, relativa al abuso del derecho, era absolutamente improcedente

entrar a decidir, cualquiera que fuera su sentido, las siguientes peticiones subsidiarias, puesto que de acuerdo con lo solicitado (...) en la demanda, las declaraciones que allí aparecen solicitadas son subsidiarias unas de otras en el orden propuesto..." y de acuerdo con este orden fijado en el libelo, primero se encontraba el abuso del derecho que prosperó, luego es evidente que las pretensiones subsidiarias, precisamente por ser tales, "...no estaban propuestas, o mejor lo estaban pero bajo la condición de no prosperar la precedente que habiendo prosperado (sic) en esa medida no existían las posteriores, no constituían pretensiones de la demanda stricto sensu dada la modalidad a que estaban sujetas..." y por eso no había motivo para resolver el mérito acerca de ellas.

SE CONSIDERA:

1. Sabido es que la incongruencia como vicio del fallo que de ocurrir le abre camino al recurso de casación según los términos del numeral 2o. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, es la desacertada relación entre dos extremos de necesario contraste que son el litigio y la sentencia, ello en el entendido que esta última en el campo civil ha de ser la "conveniente respuesta..." mediante la cual el juzgador resuelve acerca de las pretensiones de las partes, deducidas en el momento procesal oportuno. Dicho en otras palabras, es la incongruencia un error de actividad puesto de manifiesto en la falta de concordancia lógica y jurídica entre el objeto del proceso, conformado por aquellas pretensiones más las oposiciones que eventualmente puedan delimitarlas, y el pronunciamiento que al mismo proceso le pone fin, concordancia que el propio ordenamiento positivo impone al exigir en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que las sentencias sean consonantes con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el estatuto contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubiere sido alegadas si así lo manda la ley; es claro, entonces, que la incongruencia como causal de casación tiene que buscarse por fuerza en el correspondiente cotejo entre esos extremos que acaban de indicarse, a fin de ver si entre ellos existe en realidad ostensible desacoplamiento "...ora sea porque el fallo resuelva sobre lo que no fue impetrado, ora porque otorgue más de lo pedido o ya porque al decidir omita en todo o en parte, decidir acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo..." (G.J. Tomo CXLVIII, pág. 26), y en esta tarea tanto la demanda como su contestación, pero principalmente la primera, suministran por definición las pautas obligadas de

referencia pues, por lo general, es el escrito de demanda el que en definitiva fija los límites básicos de la controversia y por lo tanto el alcance legítimo de las facultades decisorias del órgano que emite el respectivo juicio jurisdiccional, motivo por el cual se tiene dicho que "...determinada claramente en la demanda cuál es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cuál debe ser la materia sobre que haya de recaer el fallo, no puede el sentenciador salirse de ese ámbito que le marca el propio actor para fallar en sentido distinto a las súplicas de la demanda..." (G.J. Tomo LXXXI, pág. 700).

2. En este orden de ideas, frente al principio de congruencia cuya noción quedó resumida, reviste especial interés la acumulación objetiva de pretensiones que, como es bien sabido, regula el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, y dentro de ello aquellos eventos en que las distintas pretensiones reunidas en el libelo, no han sido formuladas con el mismo carácter, bien por ser accesorias o dependientes las unas respecto de las otras, o bien porque revestidas todas de autonomía, han sido propuestas subsidiariamente, distinción esta que como se ha sostenido con acierto por autorizados expositores (José Fernando Ramírez Gómez. Código de Procedimiento Civil Comentado. Pág. 90), es importante no sólo para efectos de calificar la idoneidad formal de la demanda, sino para la correcta elaboración técnica de la sentencia, habida cuenta que como a continuación pasa a verse, en este ámbito aquel principio juega papel preponderante.

En efecto, en el primero de tales casos en que se trata de pretensiones secundarias o consecuenciales que únicamente pueden alcanzar prosperidad en la medida en que de antemano la logre una pretensión autónoma, la lógica indica que la desestimación o el rechazo de esta última hace inútil el estudio de las primeras, considerando que son dos tipos distintos de pretensiones entabladas de modo paralelo pero ligadas por una relación de causalidad que impone un cierto orden de estudio, cosa que sucede, por ejemplo, cuando pedida en una demanda la declaración de simulación relativa en un negocio jurídico con las consiguientes restituciones destinadas a implantar y hacer prevalecer los efectos que el mismo negocio en su fase disimulada ha de producir, es denegada esa declaración con lo cual se entienden implícitamente desechadas las prestaciones restituterias así no se diga de manera expresa en el fallo, luego si esto último pasa no se configura incongruencia por defecto; pero si por el contrario se accede a las

ameritadas restituciones efectuando las condenas reclamadas a pesar no declararse la simulación, la sentencia incurrirá en evidente desacu de fondo pero no en incongruencia pues existe pronunciamiento comp aun cuando en su segunda parte pueda resultar incorrecto.

La solución es por entero distinta si la acumulación es subsidi modalidad ésta cuyas características ha descrito la doctrina jurispru cial en los siguientes términos: "...El principio de la economía pro inspira el fenómeno de la acumulación de pretensiones, que consiste unión de varias en la misma demanda para ser decididas en un sólo pr dimiento, o en la unión de varios procesos en uno solo (...) La primer ac te varias formas entre ellas la llamada eventual o subsidiaria que ocu cuando la segunda de las pretensiones propuestas en la demanda la inv ca el demandante para que el juez la estudie y decida en el caso de que s rechace la anterior. Como la gradación de las peticiones depende exclusi- vamente del interés del demandante, ese orden no puede ser variado por el fallador, pues al hacerlo está modificando los extremos de la demanda, lo que no le está permitido. Entonces, el juez solamente puede entrar a estu- diar la pretensión subsidiaria, para resolverla, en el único evento en que, previamente, haya desestimado la principal..." (G.J. Tomo CXLVIII, pág. 37), y valga advertir en ese orden de ideas que la subsidiaridad en men- ción tiene distintos grados puesto que hay pretensiones subsidiarias gené ricas, formuladas para cualquier supuesto de fracaso de la pretensión prin- cipal, y pretensiones subsidiarias específicas, articuladas bajo condición de que la principal no sea acogida por determinados motivos que el litigan- te en su libelo individualiza. Así, a diferencia de lo que acontece en la acu- mulación de pretensiones accesorias o de secuela, aquí se le pide al juez que decida sobre la pretensión principal y únicamente, para el evento en que no se consigan los objetivos previstos con su formulación, se le solici- ta que entre a estudiar la subsidiaria, de suerte que si esa condición no se satisface a cabalidad, sin caer en incongruencia por exceso no cabe adelantar tal estudio y por eso, de acuerdo con estas orientaciones conceptua- les, se ha afirmado que en tratándose de la forma de acumulación originaria de pretensiones en cuestión, la falta de consonancia por fallar siguien- do una secuencia distinta a la diseñada por el demandante, puede configu- rarse en las siguientes hipótesis: a) Cuando es resuelta la pretensión sub- sidiaria sin antes haberse pronunciado el juez acerca de la principal; b) Cuando se omite resolución sobre una pretensión subsidiaria genérica no obstante haberse rechazado la pretensión principal; c) Cuando se resuelve

re la pretensión subsidiaria y al mismo tiempo ha sido acogida la prin-il; y en fin, d) Cuando se resuelve la pretensión subsidiaria específica y retensión principal se ha malogrado por motivo diferente al que por cación expresa del demandante o, del demandado en reconvención el caso, determinaba el análisis con propósitos decisorios de la alu-pretensión subsidiaria específica.

. En la especie que ahora ocupa la atención de la Sala, basta la detenida a del extenso e intrincado escrito de demanda que al proceso le dio enzo para concluir que la sociedad actora, en el capítulo correspondiente fls. 66 y siguientes del cuaderno 1) formuló una serie de tres pretensiones nomas, subsidiarias todas ellas de las principales atinentes a la acción de nulación incoada y a la vez escalonadas entre sí para ser estudiadas "...en el rden propuesto..", y sin embargo, pasando por alto este esquema decisorio que era de forzosa observancia de conformidad con las reglas explicadas en los apartes precedentes, tanto el Juzgado 13 Civil del Circuito de esta capital como el Tribunal Superior al confirmar este último en el punto correspondiente la providencia apelada, decidieron en su conjunto sobre todas ellas, acogiendo la pretensión fundada en el abuso del derecho y "negando" las dos restantes sin parar mientes en que éstas, aun cuando autónoma cada una, no estaban libres de condición para ser estudiadas. En consecuencia, le asiste razón al recurrente en este cargo pues es evidente el quebranto del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y por lo tanto, en lo que toca con este aspecto específico de la providencia impugnada procede la casación con el fin de introducir en ella las modificaciones que sean conducentes en orden a corregir el vicio advertido.

Prospera, entonces, este cargo.

–SECCION SEGUNDA–

Cargo Primero (Recurso de la parte actora). Por haberse equivocado en la apreciación del concepto jurídico de litisconsorcio necesario y haber desconocido tanto el principio de la autonomía de los títulos valores como el efecto de las obligaciones solidarias que contraen quienes los suscriben, mediante este cargo se afirma que la sentencia es violatoria de manera directa de los arts. 2.627, 632 y 822 del C. de Com., de los arts. 82 y 267 del C. de P.C., de los arts 1568 y 1766 del C. Civil y del art. 8 de la L. 153 de 1887, ello en tanto dicha providencia manifiesta que por activa existía

un litisconsorcio necesario que no se integró pues no entablaron la demanda, junto con la entidad constructora demandante, las restantes personas que firmaron los pagarés 1 y 1A por $ 68 y $ 28 millones.

En el desarrollo del cargo así formulado, después de aludir a la conclusión del Tribunal que es materia de crítica y señalar que en verdad los instrumentos en cuestión tienen la pluralidad de suscriptores registrada en la sentencia para justificar la decisión inhibitoria, toda vez que los pagarés 1 y 1A cuentan con cinco firmas adicionales a la de Constructora ARINCO LTDA, sostiene el recurrente que por obra de lo dispuesto en el art. 627 del C. de Com. lo cierto es que entre el "...acreedor o beneficiario" y cada una de las personas que estampa su firma en un título valor "...se generan tantos vínculos u obligaciones como firmantes haya..." y por eso, en el presente caso, para nada tenía relevancia el presunto defecto advertido por el sentenciador pues la acción de simulación impetrada en este proceso, atinente al vínculo específico entre la sociedad demandante y CORPAVI, contenido en los pagarés 1 y 1A, aun en el evento de que llegare a prosperar, no afecta las relaciones que con la misma corporación ligan a los cinco suscriptores restantes; y de otra parte, debe tenerse presente que el pagaré es una declaración unilateral de voluntad, no un contrato, lo que constituye una razón de más para que aquí "...no pueda hablarse de litisconsorte necesario porque la decisión de fondo que se produjera en nada afecta las relaciones de los demás suscriptores de esos títulos o actos jurídicos unilaterales, justamente por lo unilaterales..."

En este orden de ideas, luego de explicar la forma como en su opinión se produjo el quebranto de los varios preceptos legales citados en el encabezamiento del cargo, solicita el censor que sea casada la sentencia para en su lugar, actuando la Corte en sede de apelación, revocar en su totalidad la de primera instancia, salvo en cuanto desestimó las excepciones de fondo propuestas por la demandada, y proferir fallo estimatorio de las pretensiones principales contenidas en la demanda y que se refieren a la acción de simulación incoada, fallo éste para el cual existen argumentos de prueba suficientes en el proceso según el estudio que, en un capítulo final, hace el recurrente.

Cargo Segundo. (Recurso de la parte actora). Invocando errores de hecho ". . en virtud de los cuales se supuso la actual existencia de las obligaciones consignadas en los pagarés 1 y 1A y por eso se concluyó que exis-

tía un litisconsorcio necesario entre todos los suscriptores de tales títulos...", se le atribuye a la sentencia la violación indirecta de los arts. 82 del C. de P.C., 2 y 822 del C. de Com. y 1579, 1602, 1625 y 1626 del C. Civil.

En efecto, a pesar de que "...en el expediente consta todo lo contrario...", el Tribunal no advirtió que los dineros entregados en mutuo no fueron recibidos por las terceras personas suscriptoras de los pagarés tantas veces mencionados y tampoco que ellas fueron extrañas al pago de esos dineros a la corporación acreedora; y esta circunstancia constituye en opinión de la censura un error de trascendencia cuya evidencia resulta "...del dictamen pericial y de toda la documentación proveniente de CORPAVI y relativa a los créditos...", habida cuenta que se desconoció "...la solución o pago de los importes de cada título valor hecho en su momento por la demandante Constructora ARINCO LTDA..." y como consecuencia de este desacierto, el juzgador de instancia también pasó por alto que la responsabilidad a cargo de aquellas personas, dado su carácter de fiadores solidarios, desapareció como secuela de ese pago en cuya virtud se extinguieron las obligaciones principales garantizadas. Para la sentencia objeto de impugnación ellas continuaban obligadas al momento de iniciarse el proceso, pero la verdad es que el vínculo, "...si bien existió...", había perdido actualidad jurídica y por lo tanto los suscriptores ausentes no tenían siquiera legitimación para demandar en los términos que da cuenta el escrito de demanda "...pues para ellos resultó indiferente el crédito en sí mismo, su pago y los perjuicios irrogados por CORPAVI...". En síntesis, el yerro que se le atribuye al Tribunal es el de haber visto un litisconsorcio necesario "...dentro de varias relaciones ya extinguidas..." y sostener ante la falta de integración del mismo en la forma debida, que era procedente la decisión inhibitoria proferida la cual, en la medida en que es violatoria de la ley, ha de ser infirmada para en su lugar, después de revocar el fallo desestimatorio de primera instancia, acoger las pretensiones atinentes a la acción de simulación entablada.

Cargo Primero (Recurso de la parte demandada). Apoyándose igualmente en la primera de las causales de casación que consagra el art. 368 del C. de P.C. en este cargo se sostiene que la sentencia materia de impugnación quebranta, por aplicación indebida, los arts. 51 y 83 del C. de P.C., así como también, por interpretación errónea, la regla o principio general de derecho relativo a la simulación en los negocios jurídicos y cuya fuerza legal se basa en el art. 8 de la L. 153 de 1887.

Aludiendo a las distintas fuentes de las que puede surgir un litisconsorcio necesario y señalando de entrada que en el supuesto de esta litis es preciso descartar la "imposición legal". "...por lo mismo que no hay precepto alguno que prevea la presencia de todos los suscriptores en una misma condición de un título valor en el debate judicial acerca de la simulación de sus declaraciones...", expresa el casacionista que, entonces, es la naturaleza de la relación o del acto el factor que debe tomarse en consideración para determinar la existencia o no de un litisconsorcio con las características del que encontró el Tribunal.

Y la respuesta negativa a este interrogante es rotunda ante la índole de la controversia o, con mayor propiedad si se quiere, de las pretensiones aducidas que conforman su objeto. "...Acá Constructora ARINCO LTDA, solicitante de crédito a CORPAVI, suscriptora de dos pagarés, otorgante de hipotecas para respaldar aquellos créditos y beneficiaria de los sucesivos certificados de depósito, demandó ella sola la simulación de esos actos, en todos los cuales, salvo en los pagarés, las partes fueron singulares. Y el Tribunal se fundó en esta pluralidad para imaginar un litisconsorcio necesario. Todo gira, pues, en derredor de si la simulación impone la comparecencia al proceso de todos los sujetos que componen la parte que la demanda o si, por el contrario, no se da tal exigencia, dado que la relación no es de aquellas que tengan que ser decididas de manera uniforme para todos los participantes en el acto..." requisito este último que para la censura no se cumple pues aun cuando todos los miembros integrantes de la parte contractual se hubieren hecho parte en el proceso, el fallo no tiene por fuerza que ser idéntico para todos ellos "...por lo mismo que la simulación, que es acuerdo complejo con designio múltiple, puede haberse concertado entre uno sólo de los integrantes de una de las partes y la otra. Entonces, así como la declaración privada puede no ser eficaz, por cierta que sea la dualidad y la contraposición de aquella con la pública, habida consideración de los intereses en juego, igualmente pueden descomponerse los acuerdos entre los distintos miembros de las partes, nada de lo cual tiene que ver con la figura de la solidaridad, impertinentemente traída a cuento por el Tribunal...". De acuerdo, pues, con estos principios y en vista del alcance que tiene la anomalía negocial cuya declaración se persigue, el proceso en estudio y por lo que toca con la acción de simulación deducida, no impone el litisconsorcio necesario creado sin razón en la sentencia que por este motivo es violatoria de los arts. 51 y 83 del C. de P.C., así como también de la regla o principio general de derecho relativo a la simu-

lación, aplicable en el ordenamiento por previsión del art. 8 de la L. 153 de 1887, de donde se sigue que la providencia combatida debe casarse para que la corte, en el punto específico en cuestión, entrando al fondo del litigio le imparta confirmación al fallo desestimatorio de las súplicas principales que, poniéndole fin a la primera instancia, dictó el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad.

SE CONSIDERA:

1. Aun cuando lo normal es que los esquemas de conformidad con los cuales las acciones civiles han de desenvolverse, indiquen únicamente a dos sujetos como legitimados en sentido opuesto, uno activo para ejercitarlas y otro pasivo para controvertirlas, casos hay en que la providencia judicial de fondo a que tiende la pretensión incoada, por su propia naturaleza o por expreso mandato de la ley, no puede ser pronunciada válidamente sino con efectos directos e inmediatos para un número plural de sujetos, de modo tal que la eficacia del respectivo proceso que se adelante requiere de la cumplida citación de todos ellos. Son estos casos, como se sabe, los que determinan la formación del litisconsorcio necesario de cuya regulación básica se ocupa el código de procedimiento civil (arts. 51 y 83) y que encuentra su fundamento último en la exigencia de resguardar el derecho de defensa en juicio de todos aquellos interesados a quienes se extenderá la autoridad de cosa juzgada propia de la sentencia que sobre el mérito del litigio deba dictarse.

En este orden de ideas, el carácter necesario de un litisconsorcio tiene su causa o razón de ser, no en el derecho procesal que apenas se ocupa de describir el fenómeno y señalarle su tratamiento, sino en el derecho material, vale decir en la relación sustancial objeto del litigio que, por su propio modo de ser o por obra del sistema legal que la regula, exige que vengan a ser partes en el correspondiente proceso -partes en sentido procesal, por lo tanto- los mismos sujetos activa o pasivamente legitimados -partes en sentido sustancial respecto de la acción entablada- para que sobre esta última sea posible un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, configurándose en consecuencia y dada la condición unitaria e indivisible de aquella relación, un supuesto excepcional de legitimación forzosamente conjunta acerca del cual la Corte tiene dicho lo siguiente: "... la figura procesal del litisconsorcio necesario surge cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez está integrada por una pluralidad

de sujetos, bien sean activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. En tal hipótesis, por consiguiente, un pronunciamiento del juez con alcances referidos a la totalidad de la relación no puede proceder con la intervención única de alguno o algunos de los ligados por aquella, sino necesariamente con la de todos. Sólo estando presente en el respectivo juicio la totalidad de los sujetos activos y pasivos de la relación sustancial, queda debida e íntegramente constituida desde el punto de vista subjetivo la relación jurídico-procesal y por lo tanto, sólo cuando las cosas son así, podrá el juez hacer el pronunciamiento de fondo demandado. En caso contrario, deberá limitarse a proferir fallo inhibitorio..." (G.J. ts. CXXXIX, pág. 170, CLXXX, pág. 381 y CC, pág. 200).

En síntesis, frente a casos de la estirpe de los que se dejan reseñados, indispensable es que la constitución subjetiva del proceso adelantado guarde conveniente armonía con la estructura también subjetiva que al tenor del esquema normativo que le es propio, tiene la acción incoada, y lo que en verdad se perjudica si este requisito falta debido a la irregular integración del contradictorio por no hallarse presentes todos los litisconsortes necesarios, es el objetivo legítimo al que los procesos por definición tienden, habida cuenta que en un estado de cosas tal, si esa irregularidad no es oportunamente remediada por los medios que la codificación ritual autoriza, la decisión inhibitoria es inevitable, cosa que desde luego, frente al recurso de casación no puede pasar desapercibida y son concluyentes por cierto las reglas fijadas por la jurisprudencia en este campo "...toda vez que no son escasos los ejemplos de fallos formales que adolecen de ilegalidad por fundarse en un aparente defecto en la integración subjetiva de la litis que en realidad no existe, o viceversa, o sea sentencias de fondo proferidas no obstante configurarse el impedimento procesal aludido. En efecto, y cuando del primero de esos casos se trata, ha sostenido la Corte (...) que la providencia inhibitoria pudo haber sido resultado, ora del análisis equivocado que el fallador hizo del litisconsorcio necesario y el régimen que le es consustancial, o ya de la errada apreciación probatoria de la situación fáctica involucrada, de donde se sigue que el rumbo de la impugnación no puede ser idéntico en ambas hipótesis; en la primera, ninguna duda cabe que el ataque en casación tendrá que hacerse por la vía directa, pues por supuesto se tiene que el error jurídico del juzgador tuvo lugar

con absoluta prescindencia del material probatorio obrante en los autos, mientras que en la segunda lo adecuado es utilizar la vía indirecta, alegando y demostrando que la inhibición fue consecuencia del error probatorio en que cayó el juez de instancia al constatar una incompleta integración del contradictorio que no existe..." (G.J. ts. CLII, pág. 9 y CCXIX, pág. 71).

2. En la especie que hoy viene ocupando la atención de la Corte, los recursos en estudio hacen uso de los dos caminos recién señalados con el fin de obtener la información parcial del fallo de segunda instancia en tanto este último, por haber defectuosamente integrado el contradictorio, contiene un pronunciamiento de inhibición respecto de la acción de simulación que hizo valer la compañía constructora demandante, apreciación que por lo demás, atendidas las razones que enseguida se exponen, resulta acertada y por lo mismo se tornan baldíos los tres cargos formulados para intentar descalificarla.

a) Sea lo primero volver a decir, con apoyo en el texto del art. 83 del C. de P. C., que así como a veces es la ley la que en disposiciones expresas hace forzosa la constitución de litisconsorcios activos, pasivos o mixtos, hay otros eventos en que esa situación por cuya virtud se impone el ejercicio conjunto de determinada pretensión por varias personas o frente a varias, la origina la naturaleza misma de la relación sustancial acerca de la que habrá de formar juicio la sentencia definitiva.

De simple lógica, entonces, es inferir que en estos casos es cuando debe realizarse un cuidadoso examen de la demanda en su fase petitoria, no desde una perspectiva teórica como lo hacen aquí los apoderados de las dos entidades litigantes, sino vista ella tal y como la formuló el demandante, porque es así como puede definirse con exactitud la naturaleza y el alcance personal de aquella relación sustancial controvertida que reclama pronunciamiento jurisdiccional, definición que como se sabe es el presupuesto obligado para establecer la necesidad de un litisconsorcio que existe, valga repetirlo, cada vez que la providencia que se pide sea de tal índole que pueda dictarse regularmente tan sólo en la medida en que tenga eficacia frente a varios sujetos cuya presencia en el proceso es por consiguiente inexcusable.

b) Puestas en este punto las cosas, es suficiente un detenido repaso del escrito de demanda que a este proceso le dio comienzo, y en particu-

lar del capítulo destinado a individualizar las pretensiones entabladas, para darse cuenta, fuera de toda duda razonable, que la acción de simulación deducida, lejos de aludir con sentido de exclusividad a dos pagarés que junto con otras personas naturales y jurídicas suscribió la sociedad actora en favor de la corporación demandada, busca obtener una sentencia en la cual se declare la verdadera realidad del negocio jurídico de crédito hipotecario celebrado para financiar la construcción del edificio "Icaly" en esta ciudad y que dio lugar a la emisión de los mencionados títulos, luego es dicho negocio en toda su complejidad el factor predominante que debe observarse con cuidado en orden a saber si existe o no el defecto de legitimación registrado en el fallo para justificar la abstención que combaten los tres cargos en estudio, no así el régimen normativo que de manera general podría aplicársele a las obligaciones que contraen quienes como otorgantes o avalistas estampan su firma en un pagaré.

En efecto, si ha de acogerse con la doctrina científica que los llamados "contratos de crédito" no son nada distinto a los moldes jurídicos unitarios que en función de su finalidad se le imprimen a determinadas operaciones económicas cuyo propósito es el de dispensar o recibir crédito de acuerdo con ciertas pautas técnicas propias de una empresa bancaria, moldes que por lo común implican la combinación de varios actos o contratos para cuyo tratamiento, sin menoscabo del conjunto, el derecho privado civil y mercantil suministra las matrices adecuadas de reglamentación, preciso es no perder de vista que en la especie de la cual estos autos dan cuenta, el negocio jurídico respecto del que pretende borrarse la apariencia de veracidad que ofrece para que en virtud de la sentencia declarativa de simulación tengan prevalencia las que al decir de la actora fueron sus condiciones reales, es un préstamo hipotecario "puente" solicitado para la construcción de un edificio y donde la institución financiera prestamista o mutante, dada su posición acreedora, exigió garantías de diverso linaje tendientes a asegurar que, de no producirse el pago en la oportunidad convenida percibirá no obstante el importe del capital mutuado más el del adeudo por intereses, garantías que son de dos clases, una de carácter cambiario expresada en la incorporación de dichas obligaciones dinerarias a un pagaré negociable con vencimientos que se hacen coincidir con las fechas previstas para la restitución y otorgado por la sociedad constructora con el aval de un número plural de personas que se estima son solventes, mientras que la otra es de tipo hipotecario y afecta el inmueble a cuya construcción son aplicados los recursos financieros concedidos. Se

trata, pues, de una relación contractual que ante el contenido de la providencia que la demanda solicitó, no puede fragmentarse en la forma que quieren los recurrentes para relievar, únicamente, la naturaleza unilateral de las declaraciones que constituyen la fuente de las obligaciones de pago instrumentadas en aquél pagaré, las secuelas del principio de autonomía de acuerdo con el cual dichas obligaciones se rigen al tenor del art. 627 del C. de Com o en fin, la afirmada semejanza que ellas pueden guardar desde el punto de vista de sus efectos con las que asumen los fiadores solidarios según los términos del art. 1579 del C. Civil.

c) Síguese de todo cuanto queda anotado que si a la acción de simulación incoada le imprime su sentido fundamental un negocio crediticio con las complejas características recapituladas en el párrafo precedente, negocio que por lo allí dicho tampoco puede simplificarse hasta confundirlo caprichosamente con las garantías constituidas para reducir los riesgos que para la entidad prestamista conlleva su celebración, es inevitable poner de manifiesto que aquella acción debió en verdad dirigirse contra todas las personas frente a quienes el negocio en cuestión produjo consecuencias vinculantes, consumadas o no, pues resulta obvio, como lo ha puntualizado la Corte, "...que si a la formación de un acto o contrato concurrieron con su voluntad dos o más sujetos de derecho, la modificación, disolución o, en fin, alteración del mismo, no podría decretarse válidamente en un proceso sin que todos ellos hubiesen tenido la posibilidad de ejercitar el derecho de contradicción, no parece conforme a la naturaleza ab initio del contrato que decisión tan importante, desde luego que repercute en la esfera patrimonial de todos y cada uno de ellos, pueda tomarse a espaldas de uno o varios de los autores, haciendo tabla rasa de claros postulados en los que se edifica el derecho privado. La razón clama, pues, porque tal determinación no sobrevenga sin que al proceso donde se discute el asunto se vinculen todas esas personas, bien a la parte actora o bien a la demandada...", agregando más adelante que en estos procesos en que se ventilan problemas atañederos a la ineficacia de los negocios jurídicos, cual ocurre por ejemplo con la nulidad, la resolución por incumplimiento y la simulación, deben comparecer todos los que a la respectiva relación, entendida como un todo inescindible, le dieron vida jurídica, conformándose así un "...litisconsorcio obligatorio (...) dado que la resolución que finalmente se adopte en procesos tales ha de ser uniforme, siendo inadmisible que, por ejemplo, el contrato se aniquilara frente a unos contratantes al tiempo que subsistiera respecto de

otros, pues la unidad material que sin duda ostenta el acuerdo de voluntades se vería seriamente comprometida..." (G. J. ts CXCII, pág. 184, CC, pág. 201, y CCXIX, pág. 74). Significa esto que la controversia judicial acerca de la simulación en un negocio jurídico pluripersonal debe desarrollarse, entonces, en contradictorio con todos los partícipes en su celebración, lo que presupone de suyo la existencia entre ellos de un litisconsorcio necesario, de suerte que quien quiera desvirtuar la falsa apariencia y hacer prevalecer la realidad que tras esa apariencia constatada se esconde, bien sea que se trate de uno de aquellos partícipes o de un tercero y acompañados ambos de legítimo interés en hacerlo, tendrá que demandar indefectiblemente a quienes por cualquier concepto ostenten la condición de titulares de la relación acerca de cuya eficacia se litiga. Por eso, en la especie sub lite y en la medida en que se limitó en su providencia a registrar la no concurrencia al proceso de las personas naturales y jurídicas que como garantes, en procura del buen fin de la operación de crédito realizada, junto con la sociedad constructora demandante firmaron los pagarés 1 y 1A, a la corporación sentenciadora no le son atribuibles errores en el entendimiento del fenómeno que determina el "litisconsorcio necesario", tampoco del régimen de derecho que obligaba a hacer actuar sus consecuencias en el presente caso según los términos del art. 83 del c de P. C. y, menos aún, en la apreciación de las pruebas en virtud de las cuales quedó demostrada la extinción de las obligaciones de pago de los aludidos títulos, contraídas por los suscriptores mencionados, o la ausencia de beneficio patrimonial para estos últimos derivado del negocio tantas veces aludido.

Se desestiman, pues, los tres cargos estudiados.

SECCION TERCERA

Cargo segundo (Recurso de la parte demandada). Tomando pie en la primera causal de casación, mediante este cargo la parte demandada acusa la sentencia de violar indirectamente, a causa de error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda, el art. 830 del c de Com junto con los arts. 2341, 2356 y 1615 a 1617 del C. Civil, todos por aplicación indebida.

Luego de transcribir el texto de la primera súplica subsidiaria contenida en el escrito de demanda que al proceso le dió comienzo y aludir asimismo a los fundamentos de derecho allí citados para apoyarla, afirma la cen

sura que, por virtud de dicha pretensión, sin duda alguna la compañía demandante entabló una acción de responsabilidad extracontractual o "...por el hecho ilícito", esto es por un hecho acaecido no por causa o con ocasión de una relación contractual, pero no obstante ello, la mayoría de la Sala sentenciadora, al comenzar sus conclusiones, pasó por alto esta circunstancia y ubicó la acción propuesta dentro del campo de la responsabilidad contractual "...de modo de despejarle el camino a sus argumentos y conclusiones estimatorias subsiguientes..." pues a juicio del Tribunal, la figura del abuso del derecho no se la puede situar solamente dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Esta equivocada calificación de la pretensión aludida, entonces, constituyó un evidente error de hecho en la apreciación de la demanda "...en cuanto a la naturaleza jurídica de la acción propuesta...", tergiversación esta que por lo demás no fue casual "...pues es claro que de haber resuelto la pretensión verdaderamente ejercitada en la demanda (de responsabilidad extracontractual) el fallador se habría visto constreñido a absolver a CORPAVI. De entrada porque los hechos aducidos por la demandante —cual ella lo pregona – tuvieron lugar por causa o en razón de los contratos que las partes celebraron entre sí y, más precisamente, de su ejecución y por ello habría tenido que declarar la impertinencia de aquella acción y de la normatividad invocada al efecto...". En síntesis, con su tesis acerca del alcance del abuso del derecho el Tribunal, según el cargo en estudio, malinterpretó la demanda para asignarle "...un petitum y una causa petendi irreales..." y sobre esta base, resolver un problema de ejecución de contratos y cumplimiento de obligaciones nacidas de ellos, no solamente como si hubiera sido ejercitada una acción de responsabilidad contractual, sino como si fuera de recibo "...aplicarles normas ajenas a esta...", lo que conduce a que el fallo deba infirmarse para en su lugar revocar el de primer grado y proferir decisión desestimatoria de la acción fundada en el abuso del derecho, toda vez que esta última "...no era pertinente y la figura esgrimida no procede como pretensión directa dentro de relaciones contractuales que dan a las partes instrumentos inmediatos y propios para la tutela de sus intereses, por los que no es permitido saltar acudiendo por vía de atajo a un remedio de índole subsidiaria...."

SE CONSIDERA

1. Ajustándose al texto del segundo inciso del num. 1o. del art. 368 del C. de P. C., reiteradamente ha sostenido la doctrina jurisprudencial que la

apreciación errónea de una demanda constituye motivo determinante de la casación de un fallo proferido por la jurisdicción civil, habida consideración que adoleciendo este último de un defecto de tal naturaleza, la decisión adoptada dirimirá el conflicto con apoyo en reglas de derecho sustancial que le son extrañas y, por consecuencia, habrá dejado de aplicar las que son pertinentes para regularlo. Pero es en verdad importante no perder de vista que al tenor de aquella disposición procesal, para que así sucedan las cosas y sea viable la infirmación por la causa aludida, deben reunirse varias condiciones que no siempre se dan con la facilidad que por lo común suponen los litigantes que al recurso en referencia acuden, residiendo una de ellas, como se sabe, en la necesaria ocurrencia de un genuino error de hecho que además de manifiesto e influyente en los dispositivo de la resolución judicial por esta vía impugnada, ha de consistir en la desfiguración mental o material del escrito de demanda por falta de cuidadosa observación, capaz de producir por lo tanto una desviación ideológica del juez en relación con los elementos llamados a identificar el contenido mediular de dicho escrito y respecto de los cuales ese funcionario no tiene atribución para suplir a las partes.

En otras palabras y en orden a que tengan relevancia para los fines señalados, la falencia de juzgamiento de la que viene haciéndose mérito debe tener origen en un yerro objetivo que surgiendo de una desfiguración evidente y por eso mismo perceptible de manera intuitiva, vaya contra toda razón en cuanto que, tergiversando el texto de la demanda, "...le hace decir lo que no expresa o le cercena su real contenido" (G.J. t. CXXXIX, pág. 136) en lo que atañe a la causa petendi hecha valer por el actor, el petitum por él formulado o la naturaleza jurídica de la pretensión concreta entablada (G.J. ts. CLV, pág. 265, y CLIX, pág. 161). En cualquier otra circunstancia, entonces, la casación por quebranto indirecto de la ley acaecido por efecto de una errada apreciación de la demanda, no puede abrirse paso y tiene por fuerza que prevalecer el amplio poder de interpretación que en este ámbito el ordenamiento positivo les reconoce a los juzgadores de instancia, no solamente para que desentrañen la verdadera intención del demandante en guarda del principio según el cual es la efectividad de los derechos subjetivos el fin que a través de aquél escrito se busca, sino también para que libremente determinen y declaren las normas aplicables a los hechos integrantes del objeto demandado cuya certeza de antemano ha sido verificada en el fallo, tarea esta última que valga recordarlo con ayuda de afamados escritores citados por la Corte (G. J. t. CXLVI, pág.

131), consiste en una valoración jurídica de esos hechos realizada en consonancia con el derecho objetivo vigente y para la cual no se necesita solicitud especial de la parte, así como tampoco es factible que a su gusto intenten moldearla los litigantes; "...es deber de los jueces —decía Chiovenda (Instituciones. Parte Tercera. Libro 2o., Num. 43)— examinar de oficio la demanda bajo todos los aspectos jurídicos posibles...", luego de los hechos materia de controversia, tal y como han sido reconstruidos ateniéndose a la evidencia que los autos suministran, es preciso deducir, para aplicarlas con vista a la composición de la controversia, las reglas establecidas en vía abstracta por el ordenamiento positivo y así concluir si la demanda presentada, esa en particular y no otra diferente, es fundada o no, entendiéndose que para agotar esta etapa el juzgador no está sujeto a restricciones dispositivas en la escogencia e individualización de los preceptos de derecho reguladores del caso que, además, debe interpretar correctamente y hacer exacta aplicación concreta de ellos aun suplendo a las partes.

2. En este orden ideas, es suficiente un simple cotejo de la sentencia sometida a cuestionamiento y el escrito de demanda obrante a fls. 2 a 87 del cuaderno principal, en particular del aparte destinado a individualizar la primera de las pretensiones formuladas con el carácter de subsidiarias, para concluir que el Tribunal Superior de Bogotá, al proferir el fallo estimatorio de la citada pretensión "...atinente al abuso del derecho...", vio y apreció aquel escrito sin alterar su objetividad en forma tal que esa pretensión, considerada en los que son sus elementos estructurales, haya experimentado modificación esencial en razón de habérsele dado a los hechos aducidos por la sociedad demandante en su libelo, como expresión de una conducta abusiva y por ende ilícita atribuida a la institución financiera demandada dentro del marco de relaciones de tipo contractual que ligaron a las dos entidades, la definición jurídica que estimó correcta la corporación sentenciadora, reconociendo por añadidura el derecho de naturaleza indemnizatoria que la primera de ellas ejercitó contra la segunda.

Ante estas circunstancias, únicas que el expediente permite tener por ciertas en punto de decidir acerca del cargo en estudio (...), en realidad de verdad resulta imposible sostener, como lo hace el censor, que el Tribunal malinterpretó la demanda incurriendo en errores de hecho manifiestos y trascendentes en su apreciación al haber ignorado, de acuerdo con un esquema dogmático de muy dudosa exactitud jurídica frente al texto del art.

830 del C. de Com citado en la sentencia, que la sociedad constructora demandante, en la medida en que equiparó el abuso del derecho a los "hechos ilícitos", se ubicó inexorablemente en el campo de la responsabilidad extracontractual para fundamentar el derecho al resarcimiento de perjuicios reclamado, modo este peculiar de ver las cosas que en el fondo entraña la denuncia de un desacierto en la definición de la calidad jurídica de los hechos alegados, por lo demás impropiamente traído a cuento como una aparente tergiversación del escrito de demanda que no puede ser sino fruto imaginario del pródigo conceptualismo del cual hace gala el recurso en referencia. En efecto, hoy en día se tiene por sabido que el dominio de aplicación del postulado en cuya virtud las leyes no le brindan protección de ninguna índole a quien abusa en el ejercicio de poderes emergentes de situaciones particulares que le favorecen, no lo absorbe con sentido de exclusividad el régimen previsto para los delitos y cuasidelitos civiles, lo que desde luego no es impedimento para que en este contorno se le tenga como uno de los factores posibles de imputación de responsabilidad; el abuso de dichas prerrogativas, entonces, en un ilícito específico o "sui generis" que sin duda alguna cuenta con suficiente autonomía conceptual y sus alcances superan en mucho los que la censura en este caso sugiere, habida cuenta que como en la actualidad lo dicen valiosos estudios sobre el tema, el deber jurídico de no excederse en el ejercicio de un derecho subjetivo, de evitar su empleo de manera antisocial o inmoral o que contradiga la finalidad socioeconómica que dicha potestad tiene, es parte integrante de toda situación jurídica individual activa o de poder y de carácter patrimonial, su sustancia es por lo tanto la de un deber genérico que toma pie en el principio general de derecho prohibitivo del abuso en cualquiera de sus modalidades y al cual, para decirlo con palabras de un ilustre tratadista, jamás puede serle extraña la materia contractual pues esta noción moral que como tantas otras viene a fecundar la ultiva juridicidad. "...hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercicio de los derechos derivados de los contratos a fin de que este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual estos fueron pactados..." (Arturo Alessandri Rodríguez. El Contrato Dirigido. Santiago de Chile, 1942).

En síntesis, comprobada la ocurrencia de varias actuaciones abusivas desplegadas por una entidad de crédito al concluir, ejecutar y liquidar una operación de préstamo hipotecario, y señaladas con ese preciso perfil

dichas actuaciones en la demanda que instaura el cliente perjudicado con el fin de obtener la reparación económica que entiende justificada por emerger de hechos que califica de ilícitos, no incurre en error fáctico manifiesto en la apreciación de la mencionada demanda y por lo mismo tampoco quebranta por indebida aplicación las normas sustanciales que hace actuar en su decisión estimatoria, el juzgador de instancia que sin alterar para nada la situación individual descrita y sin modificar tampoco el objeto demandado, examina y acoge la pretensión desde perspectivas jurídicas que, dispuestas y proyectadas de oficio como legítima expresión del "Jura novit curia", son diferentes a las que indican algunas expresiones utilizadas por el actor que, en consecuencia, se hacen de lado.

Por lo expuesto, procede entonces rechazar esta censura.

Cargo tercero (Recurso de la parte demandada)

Reafirmando los mismos puntos de vista teóricos expuestos para motivar el cargo precedente y acudiendo de nuevo al num. 1o. del art. 368 del C. de P.C., acusa el recurrente la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea, el art. 830 del C. de Com y "...el principio general del abuso del derecho incorporado al ordenamiento por la jurisprudencia en desarrollo del art. 8 de la L. 153 de 1887...", así como también de aplicar indebidamente los arts. 2341, 2356 y 1613 a 1615 del C. Civil.

Luego de señalar, citando las partes pertinentes de la providencia, que en ella el Tribunal se pronunció en favor, tanto de la admisibilidad plena del abuso del derecho en el campo de la responsabilidad contractual, como del carácter principal y no "subsidiario" que tiene la correspondiente pretensión, dice el casacionista que a su juicio las dos proposiciones son equivocadas y "...contrarían la posición de la mejor doctrina", ello debido a tres razones básicas que en el escrito sustentatorio del recurso se ocupa de explicar a espacio. La primera, porque el fallador, incurriendo en confusión acerca del abuso del derecho en los contratos, no tuvo en cuenta que esa figura, la del abuso del derecho, "...se ha considerado y tratado como una concreción de la responsabilidad común o extracontractual..." que presupone "...un encuentro nocivo entre quienes no tenían vínculo previo, es decir, descalificación de la conducta de quien no estaba obligado, o sea de quien no tenía un deber específico de comportamiento, sino el genérico que pesa sobre todo miembro social...": la segunda, porque el fallo impugnado des-

conoce que, a su semejanza de lo que ocurre con la acción por enriquecimiento sin causa, la acción originada en el abuso del derecho tiene carácter subsidiario "...en cuanto al particular no le es dable acudir a ella inmediatamente sino en defecto de otra acción directa, o sea cuando carece de vía precisa y cierta consagrada en la ley...", por lo que en contra del criterio sentado por el Tribunal, no está al capricho de un contratante prescindir de medios directos y precisos que en defensa de sus intereses le otorga la ley "...porque considera que no le favorecen suficientemente o porque le ponen tope a sus aspiraciones..."; finalmente, la última de aquellas razones reside en que aun de aceptarse que pueda configurarse un abuso de derecho contractual, ese carácter residual no desaparece.

Solicita por eso el recurrente que sea casada la sentencia de segunda instancia y al propio tiempo revocada la que fue objeto de apelación, absolviéndose a la entidad demandada.

Cargo Cuarto (Recurso de la parte demandada)

Guardando estrecha afinidad temática con el inmediatamente anterior, en este cargo se afirma que la sentencia debe infirmarse por quebrantar de manera directa, debido a un "desvío hermenéutico", el art., 830 del C. de Com y el principio general del abuso del derecho incorporado al ordenamiento positivo por la jurisprudencia en desarrollo del art. 8o. de la L. 153 de 1887, junto con el art. 2341 del C. Civil por falta de aplicación y los arts. 2356 y 1613 a 1615 del mismo cuerpo legal por aplicación indebida, todo ello en tanto que la decisión de mayoría, citando a un tratadista nacional, falsea la naturaleza de la responsabilidad originada en abuso del derecho al declarar que esa responsabilidad no puede fundamentarse en el dolo o la culpa, sino que basta con que exista la desviación del derecho aunque no pueda imputarse a culpa del titular.

Y todo su empeño lo dedica al censor a demostrar, valiéndose de dilatadas transcripciones de doctrina científica extranjera que según lo dice encuentran amplio reflejo en la jurisprudencia colombiana desde los primeros reconocimientos de la teoría en 1935, que es un vulgar desatino ignorar que "...el abuso del derecho pertenece a la responsabilidad extracontractual y, en especial (...), que el criterio para determinar su comisión es el del dolo y la culpa, y no el del riesgo o el de la apreciación libre del juez de una función veleidosa del derecho...".

SE CONSIDERA:

1. Con todo y los apabullantes epítetos que tuvo a bien consignar el recurrente en la exposición de sus tesis para apoyar los dos cargos que acaban de extractarse, lo cierto es que ningún argumento convincente se adujo en orden a demostrar que el fenómeno conocido como "abuso del derecho" tiene reducido su campo de acción a servir de fuente de obligaciones extracontractuales, que no cumple por ende papel alguno cuando se trata del ejercicio de derechos o de facultades emanadas de la contratación entre particulares y, por último, que no es posible concebir el "acto abusivo" sino en tanto medie una falta personal imputable a título de dolo o de culpa al autor del daño de quien es reclamada la respectiva indemnización.

a) Gracias a encomiables esfuerzos impulsados por necesidades de la vida práctica que se hicieron sentir en el mundo occidental a partir de la segunda mitad del siglo pasado y debido, así mismo, a una saludable tendencia ideológica de humanización del derecho privado en todas sus manifestaciones que por la misma época tuvo expresivos desarrollos en la jurisprudencia francesa, hoy en día se tiene por sabido que, por obra de la llamada teoría del "abuso del derecho", a propósito del ejercicio de cualquier facultad encajada en una situación jurídica individual activa y de contenido patrimonial, preciso es distinguir entre el "uso" y el "abuso" en dicho ejercicio, puesto que aun cuando "...procede afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal (...) no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido consagrados, y se utilicen en cambio como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. De ahí que el titular de los derechos no pueda ejercerlos en cualquier dirección aun con un signo nocivo o sin interés para él. La libertad que está adscrita al ejercicio regular de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo (...) Si es legítimo el ejercicio de los derechos, no puede tolerarse su abuso..." (Jorge Joaquín Llambías. Tratado, Tomo II, Cap. X, num. 1265, bis). Así, pues, la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo, ora sea el ejercitarlo o ya por dejar de hacerlo, es un valioso principio regulador de tipo general que en tanto permite un amplio control judicial orientado a reprimir esos comportamientos donde quiera que se presenten, extiende su influen-

cia a todo el ordenamiento positivo hasta el punto de convertirse en una de las bases fundamentales del derecho vigente en el país como lo indica, en forma categórica por cierto, la Constitución Nacional en su art. 95 (Num. 1o. del Inciso 3o.). Su función no se puede reducir, entonces, a la de convertirse en fuente posible de obligaciones derivadas de una modalidad de culpa civil extracontractual a la que sin duda, en ciertas circunstancias, es equiparable el ilícito abusivo, y por lo que atañe al criterio de conformidad con el cual han de aplicar las autoridades judiciales el mencionado principio, debe decirse en consonancia con las consideraciones precedentes, que es la moral social predominante en una comunidad que reconoce en la "solidaridad de las personas" una de las directrices medulares de su organización política (Art. 1o. de la Carta) e inspirada, por lo tanto, en los postulados de buena fe y respeto por las buenas costumbres, todo ello en aras de hacer efectiva "...la prevalencia de interés general" según lo propugna también el mismo texto superior recién citado. Son estas, sin duda, las bases más claras que hoy en día, a la luz de estos postulados constitucionales, le suministran vigoroso sustento a la doctrina en cuestión, entendido como queda que la ética colectiva, aquella que la sociedad ampara y procura hacer efectiva con su aprobación o con su rechazo, le dispensa holgada cobertura al ordenamiento positivo el cual, sin las ataduras impuestas por indoblegables guiones conceptuales, recoge las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa; y es precisamente penetrando con profundidad en esta idea como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valedera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagra en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta; "...el límite más importante del ejercicio lícito de un derecho - dice Karl Larenz refiriéndose a la estrecha relación que entre sí tienen los preceptos de los artículos 226, 826 y 242 del Código Civil Alemán - resulta (...) del principio de la salvaguarda de la buena fe..." , agregando de inmediato que este principio, "...según un criterio hoy discutido...", es válido "...para cualquier nexo jurídico existente, y fundamenta en el marco de éste no sólo deberes, sino que restringe también el ejercicio de facultades. Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede

esperar de una persona de buena fe..." (Derecho Civil. Parte General. Cap. II. Par. 13).

En consecuencia, el descomunal disparate que el recurrente encuentra en la sentencia por cuanto admite ella la posibilidad de abuso en el terreno de las negociaciones contractuales, no existe en verdad pues el acto ilícito abusivo, contra lo que sostiene la censura, tiene su fisonomía jurídica propia y en buena medida autónoma, por lo que no siempre implica de suyo un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana; también puede justificar la reparación pecuniaria de daños conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (G.J. t. CXLVII, pág. 82) y lo que resulta todavía más significativo, permite denegar protección jurídica a pretensiones que impliquen el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades en que se manifiesta el contenido de situaciones jurídicas individuales activas de carácter patrimonial.

b) En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, puede exigir la correspondiente indemnización.

Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación. En consecuencia, no estuvieron

desacertados los fallados de instancia en la especie de autos al advertir, en sus respectivas sentencias, que la actuación de las entidades de crédito, cuando incurren estas en las que suelen denominarse "malas prácticas bancarias" que lesionan la normatividad vigente, la buena fe o el esmero profesional con que dichas instituciones siempre deben operar en beneficio de sus clientes, puede ser fuente de abuso dada la amplia capacidad de dominio en la negociación con que cuentan, abuso que debidamente comprobado y de acuerdo con el principio general enunciado líneas atrás, le suministra base suficiente a las pretensiones resarcitorias que invocando esta modalidad de ilicitud civil, sean entabladas para obtener la reparación de los perjuicios causados.

Dicho con otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, "...barrenando los principios libertades de la contratación..." como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garrigues, Contratos Bancarios, Cap. I, num II.), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerlas a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de estas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse: si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimita por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del art. 830 del C. de Com, está obligada a indemnizar. Y no está por demás asentar que lejos de hallarse la génesis de esos conceptos en el "...humor o la discreción del juzgador" con los calamitosos riesgos que a juicio del censor se crean para el que denomina "...derecho de la responsabilidad civil" si se los acoge, en la hora presente tienen ellos rotundo sustento en normas de jerarquía legal a las cuales hizo oportuna referencia el fallo objeto de impugnación para referirse al caso de compensaciones excesivas impuestas en operaciones bancarias de préstamo efectuadas por las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, práctica esta en sí misma incorrecta que con referencia a los depósitos colaterales constitui-

dos mediante el abono forzoso del producto del préstamo, de baja remuneración y con disponibilidad restringida para el usuario y depositante a la vez, han prohibido distintas normas de las que son ejemplo el art. 7 del Dec. 1984 de 1981, el art. 8 del Dec. 721 de 1987 y el Art. 2.1.2.3.9 del Dec. 1730 de 1991 en aras de hacer efectiva la protección del consumidor en el sector financiero nacional y que en la actualidad, integrando tal prohibición en una regla de alcance general, consagra de nuevo el art. 98 inciso 4o. del Dec. 663 de 1993, llamado de "actualización" del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los siguientes términos: "...Debida Prestación del Servicio y Protección al Consumidor. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones...", agregando a renglón seguido que por la misma razón normativamente expresada, "...en la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o den lugar a un abuso de posición dominante...", lo que en breve síntesis equivale a decir que para el legislador la posición dominante de las entidades de crédito es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia judicial posible y, asimismo, que en cuanto esa posición es determinante para quien la goza de situaciones particulares activas o de poder, en su desarrollo práctico dentro del contorno que marcan las relaciones contractuales por dichas entidades establecidas con sus clientes, hay lugar al abuso en perjuicio de estos últimos.

c) Finalmente, existiendo como en verdad existen distintos criterios, unos de carácter subjetivo y otros meramente objetivos, que con el paso del tiempo y a medida que las circunstancias evolucionan ha utilizado la doctrina para hallar el abuso y denunciarlo en el ejercicio de facultades o prerrogativas jurídicas no obstante la legalidad externa que en apariencia lo caracteriza, en el estado actual de la investigación científica acerca de esta controvertida materia, y así lo sugieren por cierto varias de las opiniones de autores incluidos en el provechoso repertorio de transcripciones contenido en la demanda de casación que se estudia, se tiene por admitido que aquellos criterios no son excluyentes en homenaje al absolutismo conceptual por el que propugna el recurrente y que en sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del "abuso", su existencia

debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esa figura adquiere relevancia. Por eso, con evidente acierto expresaba en 1928 H. Capitant en un escrito dedicado al tema (Sur l'Abus des Droits. Revista Trimestral de Derecho Civil. París) que con el rigor exigido en un comienzo por las distintas corrientes de pensamiento, es en verdad imposible diseñar una fórmula única aplicable a cualquier clase de derechos que permita definir el "abuso" en su ejercicio, toda vez que en algunas situaciones que por lo común corresponden al campo de la responsabilidad extracontractual se requerirá en el autor la intención de perjudicar o bastará la culpa más o menos grave y aun la simple ausencia de un interés o utilidad, mientras que ante situaciones de otra naturaleza habrá por necesidad que acudir, para no entregar la vigencia integral del principio a los riesgos siempre latentes de la prueba de las intenciones subjetivas, a la finalidad de la institución del derecho de cuyo ejercicio se trata e, incluso, a las buenas costumbres reinantes en la correspondiente actividad; en suma, nada hay de insensato en entender, guardando consonancia con estas directrices básicas, que los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el tantas veces citado art. 830 del c de Com, tomando en consideración que esa ilicitud originada por el "abuso" puede manifestarse de manea subjetiva — cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder — o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo.

Resumiendo, la falta imputable a título de dolo o culpa grave no es un elemento indispensable para la adecuada caracterización del abuso del derecho concebido como "...principio general incorporado al ordenamiento por la jurisprudencia en desarrollo de la norma del art. 8o. de la L. 153 de 1887...", y por lo tanto no infringe dicho principio así como tampoco la disposición recién citada, la sentencia que declara como práctica abusiva, en el sentido y para los efectos señalados en el art. 830 del c de Com, el hecho de que una institución financiera colocada en posición dominante frente a los usuarios de los servicios que presta, sin necesidad objetiva y por el contrario violando los estatutos excepcionales que regulan, para limitarlas, sus posibilidades operativas, exigen prestaciones complementa-

rias bajo la modalidad de contratos ligados que, por obra de sus propias cláusulas o debido a la forma como la institución los ejecuta para ventaja suya, redundan en daño para quienes en la práctica no cuentan con alternativa distinta a aceptarlos.

Carecen, pues, de base los dos cargos que acaban de examinarse y por consiguiente han de ser desestimados.

Cargo Séptimo (Recurso de la parte demandada).

Invocando "...afán de plenitud..." y con el fin de abundar en la denuncia de los yerros atribuidos al fallador, en este cargo se afirma que la sentencia es violatoria, por falta de aplicación, de los arts. 51 y 83 del c de P. C., así como también, por aplicación indebida, de los arts. 830 del c de Com., 2341, 2356, 1613, 1614 y 1615 del C. Civil junto con el principio general relativo al abuso del derecho, incorporado al ordenamiento nacional en desarrollo de la norma del art. 8o. de la L. 153 de 1887.

Después de transcribir la parte que estima pertinente de los arts. 51 y 83 del c de P.C., en punto de explicar la censura comienza el recurrente por recordar las razones que tuvo el Tribunal para justificar la decisión de carácter inhibitorio adoptada respecto de la acción de simulación hecha valer por la sociedad constructora demandante, advirtiendo enseguida que "...nada dijo la sentencia de litisconsorcio a propósito de la acción de abuso del derecho..."; "...en materia de simulación, prosigue el casacionista, cuando el imperativo era confirmar la absolución, surgieron inusitada e impertinentemente el litisconsorcio necesario y la decisión inhibitoria, pero cuando se trató de abuso del derecho acogido por el juzgado, nada de litisconsorcio y mucho menos de inhibición...", lo que significa que resultó "...flagrantemente asimétrico..." el prurito formalista del Tribunal, conclusión que el recurso desenvuelve en el siguiente párrafo: "...Conforme al criterio del Tribunal, hay abuso en la ejecución del contrato como responsabilidad contractual. Así, es obvia la pregunta de si la demanda pudo, o mejor, podía incurrir en abuso del derecho a causa o con ocasión de todos aquellos contratos, incluyendo los de mutuo y cambio que tienen pluralidad de deudores, exclusivamente respecto de uno solo de estos, o si por el contrario, la cuestión litigiosa, por su naturaleza, tenía que resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, lo que determina que el litisconsorcio sea necesario y que, no habiendo estado en juicio todos sus integrantes, la decisión haya de ser inhibitoria...".

En consecuencia, con el mismo rigor procesalista debió el Tribunal declararse inhibido, no sólo a propósito de la acción principal, sino también de la subsidiaria.

SE CONSIDERA:

1. En apartes anteriores de esta providencia, al recapitular algunas nociones elementales que son de importancia en orden a identificar un litisconsorcio necesario determinado por la naturaleza de la relación jurídica objeto de controversia y darle por lo tanto a aquél el tratamiento procesal debido de acuerdo con la ley, se dejó indicado que, ante todo y por obvia necesidad lógica, ha de atenderse a la demanda y, en particular, a los elementos que ella, en cuanto escrito rector del proceso que es por antonomasia, suministra para identificar con exactitud la pretensión deducida en juicio por el demandante, así como el régimen de derecho que le es aplicable por lo que atañe a sus alcances personales y al señalamiento de los sujetos cuya presencia en el debate, de consiguiente, es forzosa. Hacer caso omiso de este elemento y, sobre supuestas "cuestiones litigiosas" que en realidad le son extrañas, montar conjeturas teóricas del linaje de la contenida en el cargo que acaba de extractarse, es esfuerzo estéril del cual nunca podrá derivarse la casación de un fallo endilgándole falta de aplicación de los arts. 51 y 83 del c de P.C.

2. En efecto, es suficiente remitirse una vez más con ánimo desprevenido a la lectura de la demanda que al presente proceso le dio comienzo, para darse cuenta que entre las distintas consecuencias jurídicas que pueden producir prácticas abusivas como las que en dicho escrito se le imputan a la entidad aquí demandada, la actora, aduciendo la ilicitud de tales prácticas, solicitó indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales por ella experimentados, acogiéndose así al que suele denominarse "efecto reparatorio" del acto abusivo cuya finalidad compensatoria, valga advertirlo, es exactamente la misma que persiguen de ordinario las demás indemnizaciones procedentes en derecho. Da razón la demanda, entonces, de una relación jurídica que vincula, únicamente, al titular de facultades que se dice fueron ejercitadas con abuso y al lesionado que afirma haber soportado los perjuicios a él ocasionados por ese comportamiento, entablada aquella demanda por este último para obtener el reconocimiento del daño que el primero le ha causado, luego es evidente que una decisión jurisdiccional de mérito acerca de esa relación no presupone el tipo de legitimación conjun-

ta para accionar que plantea el cargo en estudio, habida consideración que sobre el autor del acto abusivo fuente de la responsabilidad así exigida, pesa una obligación reparatoria que en tanto se concreta en el pago de una indemnización, de ella es acreedor quien como consecuencia del acto en cuestión, sufra menoscabo en su patrimonio por el demérito de los valores económicos que lo integral o, si se trata de daño moral, padezca agravio injustificado en sus legítimas afecciones

En este orden de ideas, si varias personas que han intervenido, sea como beneficiarios o bien como garantes, en una operación crediticia de préstamo hipotecario, se ven afectadas por prácticas incorrectas de la institución financiera prestamista, indicadoras de explotación abusiva de la posición dominante en que esta última se encuentra, cada una de ellas cuenta con la legitimación individual necesaria para exigirle por separado el resarcimiento de los perjuicios que demuestre le ha ocasionado esa conducta. En un supuesto de esta índole, no se trata, pues, de saber si la entidad demandada pudo o no incurrir en abuso respecto de algunas de tales personas con exclusión de las restantes, sino de verificar la condición de damnificado que puedan tener las que entre ellas hagan valer pretensiones indemnizatorias fundadas en las consecuencias dañosas que, de manera singular o propia, las prácticas abusivas en mención les ocasionaron, luego es claro que la sentencia atacada, en cuanto estimó procedente la reparación reclamada por la compañía constructora demandante sin la concurrencia de las personas físicas y morales que cita el recurso, no quebrantó ninguna de las normas citadas en el encabezamiento del cargo que por lo tanto también debe ser desestimado.

Cargo Quinto (Recurso de la parte demandada).

Tomando pie una vez más en la primera de las causales de casación que consagra el art. 368 del c de P.C., se sostiene que el fallo objeto de ataque infringe, "...por aplicación indebida directa..." el art. 2.1.2.3.9 de 1991 (sic), así como también los arts. 830 del c de Com, 2341, 2356, 1613, 1614 y 1615 del C. Civil. 2 del Dec. 678 de 1972 y el principio general del abuso del derecho incorporado al ordenamiento por la jurisprudencia en desarrollo de la norma del art. 8o. de la L. 153 de 1887, estos últimos por indebida aplicación originada en errores en la apreciación de la prueba, "...de derecho en la del dictamen pericial y de hecho evidente en la de otros medios...", todo ello bajo la advertencia de que se toma el

razonamiento del Tribunal "...al margen de sus tergiversaciones, tanto de la demanda como del abuso del derecho, de su radio de acción y del criterio para calificar los hechos, o sea que se examina su actitud frente a la prueba de cada uno de los elementos de la responsabilidad..." para de este modo establecer frente a cada cual "...un sinnúmero de errores manifiestos y enormes...".

De acuerdo con la sentencia proferida en segunda instancia, y en especial el capítulo de "Conclusiones" (fls. 105 y siguientes del cuad. 5) en ella contenido, la conducta abusiva en que incurrió la corporación demandada y que el Tribunal imaginó como demostrada, tuvo una doble faz. Consistió, en primer lugar, en condicionar el otorgamiento del préstamo solicitado a un depósito que previamente debió efectuar la sociedad demandante por un valor igual al 10% del importe total de los fondos requeridos, lo que le significó a esta última tener que obtener de terceros recursos financieros en condiciones onerosas —pues tuvo que pagar por este concepto $735.000—, y, en segundo lugar, en haber destinado dineros, para no prestarlos al constructor, sino para crear depósitos a término, incurriendo por lo tanto en una práctica que le permitió a CORPAVI cobrarle a ARINCO sumas mayores de las autorizadas a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, apreciaciones ambas que a juicio de la censura no encuentran respaldo en las pruebas obrantes en el proceso y tan es ello cierto que, por lo que al depósito concierne el juzgador, "curiosamente", no pronunció condena alguna, de suerte que el yerro de hecho denunciado, consistente en haber ignorado "íntegras" las pruebas practicadas, "...resulta indiferente o inocuo...".

Puestas en este punto las cosas, concentra su atención el recurrente en el segundo de aquellos dos aspectos destacados, es decir en el abuso que "...al parecer se habría dado con oportunidad del otorgamiento del crédito...", esforzándose por identificar los aformados desaciertos en el terreno de la prueba mediante una vasta disertación que, en gracia de la brevedad, puede resumirse del siguiente modo:

a) Partiendo del supuesto de que la acogida en el fallo impugnado es una acción de responsabilidad y que por consiguiente "...su deducción arranca con el establecimiento del daño y su cuantía...", dicha providencia incurrió en error de derecho al tener por demostrado este elemento con el dictamen pericial rendido en el curso de la instancia (fls. 167 a 197 del

Cuad. 1), limitándose para el efecto a expresar que esa prueba es suficiente para confirmar la condena contenida en el punto IV) de la parte dispositiva de la sentencia proferida por el Juzgado 13o. Civil del Circuito de esta ciudad, habida cuenta que una vez aclarado, el peritaje contable en cuestión no fue objetado y de acuerdo con este trabajo técnico, el perjuicio representado en las cantidades que la corporación demandada recibió en exceso después de efectuadas las subrogaciones a los adquirentes de nuevas unidades inmobiliarias construidas y la dación en pago de las que no se vendieron, equivale a 23.187.7067 unidades de poder adquisitivo constante. Aparte de fundarse en un recuento "...paralizado..." de la prueba recaudada, frente al dictamen mencionado cayó, entonces, el Tribunal en "...yerro inmenso" por falta de aplicación de los arts. 187, 238 y 241 del c de P.C. "...al atribuirle —en el aspecto concreto que se dejó señalado— valor absoluto (...) sin haberlo analizado y al negarse a examinarlo porque no había sido objetado...", pasando a tener por acreditado, sobre tales premisas, "...un daño hechizo y desprovisto de prueba, y lo que es aun más inexplicable, con ese sólo elemento procedió a declarar que se debía confirmar la condena del juzgado...".

b) De otra parte y a propósito de la comisión misma de conductas abusivas imputables a la entidad demandada, relaciona el casacionista más de cuarenta documentos que, reposando en distintos cuadernos del informativo, ponen al descubierto que esa corporación, en la operación de financiamiento realizada con ARINCO, no desvió fondos a finalidades no permitidas y tampoco que esa actuación irregular le permitió beneficiarse económicamente con menoscabo indebido para la sociedad constructora aquí demandante. "...Para cuando ocurrieron los hechos esgrimidos en este proceso —apunta la censura— no regía el Dec. 1730 de 1991 y en especial su art. 2.1.2.3.9, de modo que su mención, transcripción y empleo, a más de impertinentes, resultan violatorios del mismo. Pero por sobre todo, el hecho de que en 1991 el legislador delegado hubiera resuelto introducir estas o aquellas prohibiciones o limitaciones, no permite calificar de abusivas las prácticas universales de las corporaciones, del todo lícitas y adecuadas a su función, durante el tiempo anterior. La retroactividad, tanto en la aplicación como en la descalificación de la conducta, es indebida..." y las pruebas de carácter documental detalladas a espacio en el escrito sustentatorio del recurso, demuestran, junto con los propios hechos descritos en la demanda que al proceso le dio comienzo, "...que Constructora ARINCO LTDA solicitó crédito para construir edifi-

cio, que CORPAVI, una vez verificada la correspondencia del programa con su razón social y las demás exigencias reglamentarias, aprobó el crédito y lo amplió; que conforme a las pautas de las corporaciones, Constructora ARINCO suscribió junto con garantes personales, sendos pagarés por el valor de los créditos, y constituyó dos hipotecas sobre el solar donde se levantaba la edificación; que para asegurar la disponibilidad de fondos en las sucesivas oportunidades de desembolso, a medida que avanzaba la obra, en las dos ocasiones con el valor del préstamo, por acuerdo entre las partes, CORPAVI otorgó certificados de ahorro de valor constante a favor de ARINCO sobre los que reconoció corrección monetaria; que en cuanto la construcción fue adelantada, de acuerdo con el programa de obra y las pautas de las corporaciones, se fueron redimiendo los sucesivos certificados de valor constante con abono de la corrección monetaria y se les sustituyó por otros, cuyo valor era el producto de sumar la corrección y restar el desembolso; que para ello ARINCO solicitaba visitas mensuales; que CORPAVI cobró sobre los sucesivos saldos los intereses administrativamente establecidos, como la propia deudora demandante lo reconoce en carta de 15 de marzo de 1985; que nunca ella objetó las liquidaciones que regularmente CORPAVI le enviaba y ella recibía; que la deudora se constituyó en mora y CORPAVI fue tolerante y amplia con ella; que la corporación a instancia de la constructora informó a la Superintendencia Bancaria los detalles del préstamo; que la constructora, en ese mismo orden de ideas, le envió a la prestamista el reglamento del edificio, como también las sucesivas solicitudes de división del crédito y la garantía entre las unidades de apartamentos, y las de subrogación de la prorrata a los distintos compradores (...); que ante su falta de liquidez, la deudora propuso distintas fórmulas de solución; que CORPAVI aceptó la dación en pago de apartamentos, a la vez que le hizo concesiones importantes...", de suerte que sólo desconociendo el contenido de los documentos en tanto son prueba concluyente del conjunto de circunstancias que acaban de reseñarse, pudo el Tribunal afirmar que la institución financiera demandada destinó recursos a fines distintos de los que a las empresas de esa naturaleza les asigna el Dec. 678 de 1972, e igualmente falaz resulta el aserto judicial de que CORPAVI "...cobró sumas de dinero mayores a las autorizadas a las corporaciones...".

Patente es, pues, "...el artificio del Tribunal y su desentendimiento absoluto de los hechos y de las pruebas enunciadas...", solicitando por ende el recurrente que se case la sentencia para en sede de apelación, revocar asi-

mismo y en lo que atañe al tema específico de incumbencia al cargo, la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado de primera instancia.

Cargo Sexto (Recurso de la parte demandada).

Guardando estrecha simetría con el anterior, citando como infringidas las mismas normas de derecho sustancial allí aducidas y estructurado siguiendo una línea argumental cuya semejanza salta a la vista, en este cargo se sostiene, respecto del dictamen pericial rendido y la función que a dicho medio le asignó la sentencia en orden a demostrar la existencia del daño indemnizable y su cuantía, que el Tribunal, "...a plena conciencia...", recortó el contenido de dicha experticia al prescindir de "...la precisión que hicieron los peritos acerca del sentido y alcance de sus apreciaciones...", precisión que consta en una "nota" dejada por ellos visible a fl. 197 del cuaderno principal (hoja 24 del dictamen) cuyo texto es del siguiente tenor: "...Hasta el momento se han contestado las preguntas presentadas por cada una de las partes según los parámetros establecidos por cada una de ellas. Es de aclarar que revisadas las respuestas que hacen referencia a las cifras que según CORPAVI, rebajó a Constructora ARINCO LTDA, o que según ésta, pagó en exceso a la corporación demandada, se puede advertir una contradicción entre una y otra. Ahora bien, en nuestro sentir las respuestas que hemos dado solamente se han ceñido a los parámetros de cada una de esas preguntas las cuales son reflejo de la posición que cada una de las partes ha asumido en este proceso, es decir que para Constructora ARINCO LTDA, no hubo el crédito inicial por $68 millones el día 23 de septiembre de 1982 ni el posterior por $26 millones el día 25 de mayo de 1983 y en consecuencia formuló sus preguntas sobre esa base, mientras que para CORPAVI en esas fechas y por esas cuantías sí concedió esos créditos a la compañía demandante. Entonces, como cada una de las preguntas parte de parámetros diferentes, esa es la razón para que lleguemos a conclusiones distintas...", ello aparte de que el Tribunal; incurriendo en otro "exabrupto", acacho trasladando a los peritos el fallo del proceso, de manera tal que"... no sólo las respuestas hipotéticas de los contadores se volvieron directas y definitivas, sino que el tribunal se sustrajo de razonar y de decidir (..) convirtiendo un ejercicio matemático en pronunciamiento judicial..." llevándose de calle el sentido común y, por último, no parando ahí "...el desafuero...", tampoco estudió el dictamen en cuestión en su integridad ni lo cotejó con las demás pruebas "...para darse cuenta de que no podía

tomas las respuestas de los peritos con prescindencia de la explicación o disculpa que ellos dan en la mencionada NOTA del fl. 197...".

Con estas tres facetas, ataviadas por cierto con un frondoso repertorio de desdeñosos adjetivos utilizados por el recurrente para descalificar la decisión jurisdiccional sometida a crítica y el trabajo realizado por los peritos, se le imputa, entonces, a la corporación sentenciadora error de hecho manifiesto en la apreciación del dictamen, error que lo condujo a tener por demostrado "...no sólo el daño sino la responsabilidad entera..." y, por lo tanto, a confirmar la providencia del Juzgado en cuanto condenó a la entidad crediticia demandada a pagarle a la compañía constructora demandante 23.187.7067 UPAC, valor en que se estimó el menoscabo patrimonial —daño emergente— sufrido por la segunda como consecuencia del abuso en que la primera incurrió en el ejercicio de sus prerrogativas; esas veintitrés mil y tantas UPAC —dice la censura— "...no fueron un pago de más, sino una hipótesis, el juego vano de la demandante, su ilusión, lo que podría obtener de ser ciertas sus consejas y argucias que (...) el Tribunal convirtió en verdad y decisión sin otro respaldo que el imperio de su sinrazón y arbitrariedad...", afirmación esta última que explica el siguiente párrafo de la demanda de casación en estudio: "...Conforme se planteó en el alegato de conclusión, es inconcebible el aserto de que Constructora Arinco no hubiera recibido en mutuo $68 millones el 23 de septiembre de 1982 y $26 millones el 25 de mayo de 1983 y que solamente vino a recibir los préstamos paulatinamente, en los sucesivos contados mensuales, a medida que avanzaba la obra, por lo cual habría pagado intereses de mutuo no celebrado aun. Y no lo es porque ahí están los certificados de ahorro de valor constante, constituidos en su favor, sobre los cuales devengó corrección monetaria, que se le abonó y percibió, que se le fueron cancelando sucesivamente por instrucciones suyas, para abonar la corrección y restar el desembolso mensual. Todo lo cual ocurrió como no pudo menos de reconocerlo la sentencia (apartado c. Fl. 107, cuad. 5) ¿Cómo entender entonces la contradicción del juzgador incluso consigo mismo? Ahí están, lo repito los documentos de fl. 101 a 102, 134, 135, 102 a 133 y 136 a 142 (comprobantes de apertura de los certificados de ahorro reajustable y certificados de ahorro de valor constante) y está la carta de Arinco de 15 de mayo de 1985 (fls. 89 a 96) que impiden incurrir en aquella falsedad y que rectifican los equívocos, evasivas y apariencias de los peritos en sus respuestas al seguir la partitura de Constructora Arinco...".

Lo que resta del desarrollo que a la tesis impugnativa le da su autor

hasta concluir en que debe casarse la sentencia para revocar también la de primera instancia y absolver a la corporación demandada, es una reproducción literal del cargo inmediatamente anterior, motivo por el cual al correspondiente resumen, ahora se remite la Corte.

SE CONSIDERA:

1. Dada la forma como aparecen formulados los dos cargos que en conjunto se examinan, una vez más se hace necesario reiterar que el recurso de casación por quebrantamiento indirecto de la ley, no constituye una instancia adicional del juicio en la que tenga cabida un replanteamiento libre e inmediato de la facticidad litigiosa en orden a obtener su revisión, reajuste o constatación por fuera del marco, sumamente *restringido en verdad, que a posibilidad semejante le señala el num. 1o, inciso segundo, del art. 368 del c de P.C. Por eso se ha dicho que en esta fase concreta, es de la esencia del recurso aludido la intangibilidad de los hechos que en instancia se declaran probados como postulados de general aplicación al menos y que, por norma, delimita el campo de impugnación eficaz para los propósitos infirmatorios del fallo que se propongan alcanzar los litigantes, ello desde luego en línea con la finalidad institucional básica de formación de doctrina uniforme en la interpretación judicial del ordenamiento jurídico, que de conformidad con el art. 365 de la misma codificación recién citada es característica del recurso de casación; en consecuencia, la actividad revisora de la Corte en el ámbito del que viene haciéndose mérito no es panorámica y por regla general debe obrar con respeto por el juicio acerca de los hechos litigados formado en la sentencia definitiva que clausura la instancia, habida consideración que sólo habrá lugar a quebrar esta última cuando, por efecto de intolerables errores de hecho en la apreciación de la prueba que la simple observación del expediente ponga de manifiesto con absoluta certeza (G.J. t. CXXXIX, pág. 240), o debido a desaciertos en el entendimiento o en la aplicación de las leyes reguladoras de la prueba, resulte defectuosamente construida la premisa menor del "silogismo judicial" y por ende, dada su influencia en la decisión jurisdiccional proferida, infringidas normas de derecho sustancial por falta de aplicación o por aplicación indebida.*

Así, pues, el resorte del recurso de casación por violación de la ley sustancial en vía indirecta, es decir el mecanismo previsto en el segundo inciso del num. 1o. del art. 368 del C. de P.C. es excepción a una regla gene-

ral como de vieja data lo tiene sentado la doctrina jurisprudencial al reiterar, en multitud de veces, que si el error de hecho de que se trata "... ha de consistir ya en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no está en los autos, ya en que haya ignorado la existencia de ella, hipótesis en las que respectivamente se comprenden por imperativo lógico los casos en que aquél haya falseado la objetividad de un medio agregándole algo que le es extraño o cercenándole su real contenido...", si el yerro así configurado "...tiene que traducirse en conclusión contraevidente y (...) ser trascendente a la decisión..." y, en fin, si el llamado error probatorio de derecho "... se reduce a un problema de valoración legal consistente en que a pruebas materialmente bien contempladas el juzgador les asigna un mérito que la ley no consagra o les niega el que ella les otorga...", es claro que en casación "... no puede ser dable acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en procura de que la Corte llegue a una convicción distinta de la profesada por el Tribunal; y es frustráneo todo empeño que, saliéndose de los cauces estrictos impuestos por la técnica del recurso, tienda a ensayar un examen de la cuestión litigiosa diferente del realizado por el sentenciador. Todo esto porque factor de primer orden en su poder decisorio es el de la discreta autonomía que por ley le compete para la apreciación de las cuestiones de hecho que las pruebas encarnan; porque el recurso de casación no es una instancia más del juicio, y porque el fallo sube a la Corte amparado por la presunción de acierto..." (G.J. t. CXXXII, pág. 214).

2. En la especie que ocupa la atención de la Corte y no obstante el rigor técnico empleado en la presentación externa de los dos cargos cuyo contenido acaba de extractarse, no se necesita mayor esfuerzo para comprender que, en último análisis, el recurrente se propone lograr que en sede de casación prevalezca su criterio personal sobre la manera correcta de apreciar en su conjunto el material probatorio que los autos suministran, tomando como punto de partida y blanco a la vez de su punzante crítica, una visión probatoria global de la cuestión litigiosa de hecho, mezclada en hábil desarreglo con aspectos de pura calificación jurídica, que con la exactitud indispensable no coincide con aquella que muestra el fallo objeto de impugnación.

En efecto, en lo que atañe a la decisión por cuya virtud recibió confirmación la que en primera instancia se profirió en el sentido de acoger la primera de las pretensiones subsidiarias deducidas en la demanda que al pro-

ceso le dio comienzo, "... consistente en el abuso de derecho deprecado...", el juzgador ad quem tuvo por demostrado algo mucho más sencillo y evidente que la artimaña intencional que el casacionista pretende hacer ver como atribuida, sin respaldo ninguno en la prueba recaudada y por enconado prejuicio, a la corporación demandada. Para el Tribunal, de acuerdo con lo que se lee en el aparte D) de los motivos expuestos para justificar aquella decisión y apoyándose no solamente en el peritaje contable rendido sino también en manifestaciones concordantes de ambas partes acerca del modo como la operación de préstamo hipotecario entre ellas celebrada se preparó, se instrumentó y se liquidó, dicha institución financiera, sin respaldo en las disposiciones reglamentarias que gobiernan su actividad "... pero eso sí en verdad con anuencia de la beneficiada...", puso en práctica un esquema combinado de contratos ligados que se tradujo en daño para esta última, representado ese daño en prestaciones suplementarias a su cargo y en favor de la entidad prestamista que, en términos económicos, no son equitativas y por lo tanto dan lugar a exigir la condigna compensación por vía indemnizatoria, teniendo en cuenta la ilicitud que reviste aquél proceder "... pues el destino que captan de los ahorradores las corporaciones, son (sic) precisamente para prestarlos al constructor, no para crear depósitos a término ni hacer ninguna otra inversión diferente...", sentando de esta forma un juicio sobre los hechos que como a continuación pasa a verse, no se resiente de cúmulo de ostensibles desvaríos que denuncian los dos cargos en estudio.

a) En primer lugar y por la significativa importancia que el tema adquiere en orden a verificar el grado de normalidad que en verdad tiene la conducta desplegada en este caso por la entidad demandada, inevitable es volver a insistir que desde 1981 *(Decs. 1084 de 1981 y 721 de 1987) hasta llegar al Dec. 1730 de 1991, el ordenamiento positivo no ha dejado de mirar con resquemor, en las operaciones de préstamo realizadas por las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, aquella práctica consistente en el abono directo del producto de tales préstamos mediante la constitución, "autorizada" de antemano en la misma institución prestamista, de depósitos no retribuidos con el pago de intereses a tasas de mercado e indisponibles libremente por parte del mutuario; y valga señalar que esa desconfianza no es gratuita porque gracias a este mecanismo, entidades de crédito que por ser tales se hallan en posición dominante frente a los potenciales usuarios de los servicios que ofrecen, sin necesidad objetiva ninguna y contando desde luego con la adhesión de dichos usuarios, termina reservándose para sí una actividad auxiliar que bien podrían llevar a cabo, eliminan-*

do prestaciones suplementarias disimuladas, otros establecimientos financieros, lo que equivale a decir que se trata de un proceder que a la luz de la ley es contrario a las buenas prácticas de disciplina y transparencia en la actividad bancaria en cuanto que, además de facilitar el "engorde" de balances, incrementa sin justificación los costos para el usuario, toda vez que a módico precio para la institución depositaria y con pérdida para el depositante, le permite a la primera mantener una retención "consentida" de los fondos prestados, a lo que se une por contera el cobro de intereses comerciales sobre capitales "vinculados" al depósito por cuyo óptimo aprovechamiento económico el titular, mutuario y depositante a la vez, no cuenta con ninguna libertad de acción. No incurrió, pues, el Tribunal en descomunal disparate al afirmar en el fallo que, por causa de una práctica operativa cuya irregularidad puede medirse con referencia a los Decs. 678 de 1972 y 1730 de 1991, la Corporación demandada, no obstante obrar en uso de facultades legítimas, se desvió de los fines en vista de los cuales ha sido reglamentado su ejercicio por el Estado, desviación que redundó en daño para la compañía constructora demandante pues "... de esta manera irregular se le cobraban (...) sumas de dinero mayores a las autorizadas a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda...".

b) En segundo lugar, de la larga serie de documentos que relacionan los dos cargos en estudio, cuya lectura por cierto respalda sin duda el entendimiento que a ese caudal demostrativo le da la censura, no se desprende sin embargo nada que, en forma contundente, permita calificar de necia extravagancia el juicio de hecho reseñado en el párrafo precedente, habida cuenta que aun aceptando que las condiciones de la operación de préstamos contaron siempre con el asentimiento de la sociedad CONSTRUCTORA ARINCO LTDA. y que no se desarrollaron a sus espaldas los distintos contratos que componen dicha operación, cosa que por añadidura reconoce de manera expresa la sentencia impugnada, eso no implica de suyo que la CORPORACION POPULAR DE AHORRO Y VIVIENDA CORPAVI, atendidos los resultados perjudiciales que la práctica descrita produce para los intereses de sus clientes, no haya incurrido en extralimitación de la normalidad en el ejercicio de sus prerrogativas, haciéndose deudora por consiguiente de la compensación respectiva. No son estos, entonces, elementos del juicio jurisdiccional emitido que, por falta de observación de la copiosa prueba escrita citada por el recurrente, haya engendrado imaginariamente la corporación judicial sentenciadora, lo que obliga a descartar por este aspecto específico la existencia de los errores de hecho que el recurso registra.

c) Por último, en lo que toca con los yerros tanto de hecho como de derecho que se le atribuyen al Tribunal en la apreciación del dictamen pericial rendido en el curso de la primera instancia del proceso, tampoco se abre paso el ataque por falta de suficiente consistencia, ello aparte de la notoria contradicción que supone la imputación de ambos tipos de errores respecto de un único medio de prueba, puesto que se repite, los errores probatorios de derecho atañen al mérito legal de dicho medio cuya entidad objetiva, por lo tanto, ha sido constatada y fielmente respetada, mientras que los errores de hecho excluyen por definición esta hipótesis.

Sabido es que el fundamento de la fuerza probatoria de un dictamen pericial regularmente producido y libre de tacha por error grave, en la perspectiva propia del recurso de casación, descansa sobre tres bases que, en la práctica del oficio de juzgamiento en el proceso civil, operan como auténticas presunciones, a saber: La primera, que los peritos han sido sinceros, veraces y que el dictamen por ellos rendido es con toda probabilidad acertado; la segunda, que esas mismas personas son capaces y expertas en la materia a la que pertenecen las cuestiones sobre las cuales dictaminan y la tercera, en fin, que han analizado debidamente esas cuestiones, efectuando sus observaciones de los hechos y de la evidencia disponible con eficiencia, y asimismo han expuesto su opinión y realizado las inferencias pertinentes, empleando las reglas técnicas, científicas o artísticas que la experiencia conoce y aplica para tales fines. En consecuencia, para combatir eficazmente en casación la estimación de un medio de prueba de esta naturaleza y descalificar por entero la certeza que con apoyo en él hayan alcanzado los sentenciadores de instancia acerca de la verdad de los hechos litigados, no basta con poner en tela de juicio, echando mano de argumentos más o menos serios, la solidez de las mencionadas presunciones, sino que, por el conducto forzoso de los errores de derecho o de hecho manifiestos, es indispensable destruirlas, resultado que en la especie subexamine no logra conseguir la impugnación: (i) Porque la sola circunstancia de que el Tribunal se limite en su sentencia a señalar la falta de objeción por error grave, no trae como inexorable secuela que haya ignorado las reglas de sana crítica a que alude, para la apreciación de evidencia de este linaje, el art. 241 del C. de P.C. en concordancia con el art. 187 del mismo cuerpo legal, ni menos aun que haya transformado lo que apenas es una prueba, que en cuanto tal debe valorarse, en una especie de función jurisdiccional delegada en cabeza de los peritos; (ii) Porque la nota dejada por estos últimos para explicar el alcance de sus respuestas a los cuestionarios formula-

dos, aparte de que no pasó desapercibida como puede verificarse con la cuidadosa lectura del literal c) del capítulo final de la parte expositiva del fallo atacado (fl. 111 del cuad. 5), no acredita del modo absoluto en que lo proclama el casacionista, que el peritaje cantable en cuestión, al tasar en 23.187.7067 UPAC el valor de las prestaciones suplementarias que recibió de la actora la institución financiera demandada, dejó de emplear las reglas técnicas que el análisis económico de información bancaria conoce y manda aplicar; y en fin, (iii) Porque de ser cierto que el dictamen tantas veces mencionado y que obra a fls. 167 y siguientes del cuaderno principal del informativo, es un trabajo desdeñable realizado por "... mentalidades obtusas y obsoletas...", brilla por su ausencia en los autos la pertinente objeción por error grave que ha debido formular, en la oportunidad debida, quien de ese modo piensa pues quiérase o no, supone afirmar que la obra de los peritos contiene conceptos objetivamente equivocados y es este un dato cuya relevancia posible en sede de casación depende de que, en términos procesales, venga fijado en forma definitiva desde la instancia. De no darse así las cosas, en ese nivel del trámite de la causa tendrá que prevalecer entonces aquella presunción de que los peritos son capaces y expertos en la materia a la que pertenecen los hechos sobre los cuales rindieron su dictamen.

En suma, tampoco pueden recibir despacho favorable los dos cargos que acaban de estudiarse.

Sección Cuarta

Cargo Cuarto (Recurso de la parte demandante)

Por defecto de "mínima petita" se acusa la sentencia de no estar en consonancia con lo solicitado en los literales b) y c) del numeral 1o. de la primera de las pretensiones subsidiarias deducidas en la demanda con la cual se inició el presente proceso.

Y esa incongruencia negativa por defecto, dice el recurrente al desarrollar su tesis, se pone de presente en la condena contenida en la sentencia de primer grado, y confirmada por el Tribunal, por virtud de la cual se le impuso a la corporación demandada la obligación de pagarle a la sociedad actora "... el exceso de lo pagado..." justipreciado en 23, 187.7067 UPAC que, según dicho pronunciamiento, "... corresponde al daño emergente deman

dado en los literales a) y b) de las pretensiones subsidiarias...", pero en realidad nada dijo acerca de la petición contenida en el primero de los referidos literales "... pues de sólo mencionarla no pasó al hecho concreto de decidir sobre ella", y tampoco lo hizo respecto a lo solicitado en la letra c), ello a pesar de que los específicos perjuicios, "irrogados con el abuso del derecho consignado en la petición primera subsidiaria..." y que son de tres clases distintas e independientes entre sí, "... quedaron establecidos y cuantificados dentro del proceso...".

Así, pues, luego de recordar el alcance que le dio la demanda a la pretensión indemnizatoria allí deducida y fundada en el ejercicio abusivo de sus derechos por parte de CORPAVI, pasa el censor a hacer un detallado recuento de los argumentos de prueba obrantes en el proceso que, en su sentir, permiten tener por establecidos, en su entidad y cuantía, aquellos perjuicios respecto de los cuales se dice que guardaron silencio los sentenciadores de instancia.

SE CONSIDERA:

1. Por sabido se tiene, ya que así lo viene reiterando de manera constante la jurisprudencia desde hace muchos años, que *la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado "...tiene por objeto la enmienda de un singular vicio de procedimiento en la resolución de segundo grado, consistente en que ésta se pronunció sobre asuntos extraños a la relación jurídico-procesal, o no se acomoda a plenitud con las pretensiones formuladas en oportunidad por las partes, al haber dejado peticiones del reclamante o de la defensa sin resolver, o haberles concedido más de lo que pretendieron..." (G.J. t. CXXIV, pág. 144). En consecuencia, la aludida causal no puede darse sino cuando el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, cuando no se circunscribe a estos extremos o, en fin, cuando provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos, habida cuenta que en todos estos eventos resulta desconocido el principio de conformidad con el cual, tratándose de los pronunciamientos de fondo de las autoridades jurisdiccionales en materias civiles y por mandato del art. 305 del C. de P.C., esas resoluciones deben ser "... respuesta acompasada con lo pedido por el demandante y con las defensas del demandado, de manera que no pueden exceder esos límites y tampoco pueden dejar sin desatar*

los precisos temas que fueron sometidos a decisión..." (Cas. Civ. de 29 de agosto de 1988 y 16 de julio de 1990, ambas sin publicar).

Así las cosas, para definir si en verdad determinada sentencia adolece de un vicio de tal naturaleza, nada diferente debe hacerse a compararla con los escritos rectores del pleito en orden a establecer si guarda con ellos la armonía indispensable para que, de dicha providencia, pueda aseverarse que falló sobre el mismo objeto del proceso, que concede o niega —en todo o en parte— lo solicitado y que, en consecuencia, no altera sustancialmente las pretensiones de las partes y respeta la causa petendi, ya que a todo esto es a cuanto obliga el aludido precepto que consagra el principio de congruencia, razón por la cual ha puntualizado la Corte, aparte de que para el efecto sólo cabe tener en cuenta la parte resolutiva de la sentencia "... pues la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo..." (G.J. t. LXXV, pág. 62), que para comprobar la existencia de la causal tantas veces mencionada "... es necesario, a la vez que bastante, comparar los planteamientos de las partes con la decisión del Tribunal, con la advertencia de que dentro de aquellos sólo pueden tenerse en cuenta, como terminantemente lo exige la ley, los que hayan sido oportunamente deducidos, aplicando el principio de la preclusión (...), lo que equivale a sostener a modo de criterio general de orientación en este campo, y también con palabras de la Corte muchas veces repetidas, que nunca la disonancia podrá hacerse consistir en que el tribunal sentenciador haya considerado la cuestión sub judice de manera diferente a como la aprecia una de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguna de estas..." (G.J. ts. XLIX, pág. 307, y CCXIX, pág. 16).

2. Puestas en este punto las cosas, si la incongruencia catalogada como motivo de casación por el num. 2o. del art. 368 del C. de P.C., no estriba en la discrepancia del juzgador con las aspiraciones de las partes, sino que resulta de una situación muy diferente derivada de excesos u omisiones capaces de romper la armonía que por mandato de la ley ha de prevalecer entre lo pedido en el proceso y lo decidido en la sentencia, con facilidad puede concluirse, entonces, que el cargo en estudio resulta inane y debe por lo tanto desecharse.

En efecto, realizado el cotejo de rigor entre las sentencias de instancia, por un lado, y por el otro el escrito de demanda que al proceso le dio

comienzo, salta a la vista que el Tribunal, en cuanto que en el punto litigioso que aquí importa destacar confirmó de manera integral la resolución del a quo y haciendo de lado los conceptos que merezcan los juicios de hecho y de derecho en que se fundan esas conclusiones decisorias, no incurrió en la omisión cualitativa que, en lo atinente al alcance del daño indemnizable reconocido por el fallo, le endilga el recurrente; en apreciaciones que por la simple razón de no ser coincidentes con las propuestas por la demandante no se las puede tachar de incongruentes, entendieron los juzgadores de instancia, en relación con los factores componentes del detrimento patrimonial producido como consecuencia de prácticas abusivas imputadas a la corporación demandada, que a título de pérdida efectiva —daño emergente— hay lugar únicamente a exigir la restitución de las cantidades que, expresadas en unidades de poder adquisitivo constante, aquella pagó en exceso, declarando igualmente y en forma por lo demás categórica (cfr, fl. 346 vto. del cuad. 1) que, "... por no haberse demostrado la exigencia de la Corporación...", ha de negarse la pretensión destinada a obtener el reembolso de los costos financieros que asumió la sociedad CONSTRUCTORA ARINCO LTDA. para procurarse fondos exigidos por CORPAVI en diferentes etapas de la operación de préstamo realizada.

En estas circunstancias, pues, el defecto de pronunciamiento denunciado no existe y de ahí la necesidad de rechazar el cargo.

Cargo Quinto (Recurso de la parte demandante)

Apoyándose en la primera de las causales de casación que consagra el art. 368 del C. de P.C., en este cargo se acusa la sentencia por infringir directamente los arts. 2,822 y 830 del C. de Com., junto con los arts. 1612 a 1614 del C. Civil, ello en el entendido que a diferencia de la interpretación sostenida para justificar el cargo anterior, dicha providencia negó el reconocimiento del perjuicio consistente en la pérdida que para la sociedad demandante y por efecto de la actitud abusiva en que incurrió la institución financiera demandada, significó la diferencia entre el valor real de los doce apartamentos que fueron materia de la dación en pago efectuada y aquél en que esa institución, en su condición de acreedora, los recibió.

Estima el recurrente, y lo señala como punto de partida al que le atribuye importancia cardinal en la demostración del cargo, que no solamente

por su existencia misma sino por las circunstancias que la rodearon, circunstancias estas de las que hace sumario recuento, la dación en pago de doce de los treinta y cinco apartamentos construidos, "... constituyó parte del todo llamado abuso del derecho", pero no obstante ello fue negada la "... solicitud indemnizatoria que pretendía resarcir ese específico concepto..."; quebrantándose por lo tanto, y debido a inaplicación, los preceptos sustanciales que cita el encabezamiento del cargo. "... Si bien es cierto que el Tribunal aplicó de un modo expreso la tesis (sic) del abuso del derecho consignada en el art. 830 del C. de Com dice la censura— igualmente lo es que no estuvo aplicada tal norma en toda su verdadera dimensión. En efecto, ya se vio que parte integrante del abuso aquél lo constituyó todo lo relacionado con la dación en pago, en los términos y circunstancias relatados en la demanda; por esa razón, esto es por haber aceptado el Tribunal esos hechos, era obvio suponer que consecuencia necesaria de su reconocimiento, era el proferir sucedaneamente la correspondiente condena por ese concepto ya reconocido...".

Si se reconoció el abuso del derecho debió el Tribunal condenar al pago de la totalidad de los perjuicios causados por esa conducta, por lo que se pide sea infirmada la sentencia para en su lugar, procediendo la Corte en sede de instancia, adicionar la condena impuesta por el Juzgado 13o. Civil del Circuito de Bogotá en el sentido de incluir la reparación del daño solicitado en la letra b) del numeral 1o. de la primera petición subsidiaria, adición que por lo demás deberá efectuarse, en lo que a la "... cuantificación de los perjuicios..." concierne, de acuerdo con el análisis que de las pruebas conducentes lleva a cabo el casacionista en la parte final de su exposición.

SE CONSIDERA:

1. Con empeño y por cuanto la noción responde a exigencias lógicas de sobre conocidas que tienen, además, la correspondiente afirmación normativa, ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación, en forma reiterada, que *a la violación de la ley sustancial que constituye el supuesto básico de la causal primera de casación, se puede llegar por dos rumbos diferentes, directamente o por vía indirecta, distinción que por lo tanto debe siempre tener adecuado reflejo en los cargos que con apoyo en esa causal sean formulados...". Tiene lugar la primera modalidad cuando sin consideración a los medios de convicción que le hayan servido al sentenciador para formar su juicio, el fallo*

inaplica para la decisión del litigio un precepto que claramente lo rige, o le aplica el que no lo gobierna o le aplica el que sí le es pertinente pero dándole un alcance que no le corresponde...", mientras que se da el quebranto indirecto "... cuando el fallador en la estimación de la prueba incurre en un error de hecho o en uno de derecho, y a consecuencia de tales desaciertos, deja de aplicar al caso litigioso la norma que verdaderamente lo regula o le aplica una que le es extraña...". (Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1989 y 13 de febrero de 1992, sin publicar), lo que en el terreno de las consecuencias prácticas equivale a decir, como también lo tiene afirmado la doctrina jurisprudencia, que la violación directa de la ley sustancial implica, por contraposición a la que a su vez es hipótesis propia de la violación indirecta, que por el juzgador no se haya caído en desacierto alguno, de hecho o de derecho, en el manejo de las pruebas y que, por lo tanto, "...tampoco exista 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. ts. CXLVI, pág. 60 y CCXIX, pág. 260)

Fijados así los términos de la distinción en referencia, no se remite a dudas que en la presentación de un cargo en realidad formulado por la primera de aquellas dos vías, no le es dado al recurrente separarse en lo más mínimo de las conclusiones a que en la labor de determinación de los hechos relevantes llegó la providencia combatida: en tal caso, la única actividad dialéctica admisible ha de circunscribirse, con exclusividad, a los preceptos de naturaleza sustancial que consideró no aplicados o aplicados indebidamente o infringidos por yerro hermenéutico, pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que, montada sobre una discrepancia más o menos disimulada con el sentenciador de instancia en el plano del que se viene hablando, produzca de modo inevitable la necesidad de un nuevo examen crítico de los medios probatorios recaudados. En otras palabras, cuando se trata en verdad de agravio inferido a la ley por fuera de los hechos y su prueba, tanto el tribunal de casación como el recurrente tienen que trabajar por fuerza con las reglas de derecho únicamente y ante ellas, para enjuiciarla, vislumbran la litis, dando por supuesto que esos hechos están o no acreditados y partiendo de la base de una u otra cosa, sólo les resta "en función de control jurídico" (G. J. t. CXXIX, pág. 52), establecer si la ley sustancial llamada a regir ese caso concreto ha sido o no observada en el juicio jurisdiccional que cierra la instancia.

2. Pues bien, a pesar de las manifestaciones del recurrente para justificar

el mecanismo de impugnación por él escogido en este cargo, basta la sola lectura del mismo para inferir sin dificultad que, habiendo sido formulado claramente por infracción directa del art. 830 del C. de Com junto con los arts. 1612 a 1614 del C. Civil, su desarrollo viene cimentado en que el sentenciador ignoró las circunstancias de hecho que rodearon la celebración de la convención liberatoria contenida en la Escritura Pública 803 de 19 de julio de 1985 otorgada en la Notaría 28 de esta ciudad, circunstancias que en opinión de la censura permiten tener a ese acto como parte del abuso cuya existencia declara el fallo, y los perjuicios que para la sociedad demandante también de allí se derivaron, representados ellos en una apreciable diferencia entre el valor comercial de los inmuebles entregados a título de pago y el reducido valor de intercambio en que aceptó recibirlo la corporación demandada, diferencia que se supone quedó probada en el curso del proceso y que igualmente el Tribunal pasó por alto. Y en este orden de ideas, el ataque no puede entenderse sino construido sobre hipotéticos yerros que habría cometido dicho organismo en la apreciación de los hechos que en este caso determinan que aquellos daños aparezcan como efecto producido por la conducta abusiva en que incurrió la entidad de crédito recién mencionada y justifican, por tanto, el derecho a exigir indemnización, sustentación que según quedó apuntado líneas atrás, desde el punto de vista técnico no es conciliable con la clase de censura formulada

Se rechaza pues este cargo.

Cargo Octavo (Recurso de la parte demandada)

Por aplicación indebida, en este cargo se denuncia la infracción del art. 884 del C. de Com. originada en la condena "... a intereses corrientes de plazo" que contiene la sentencia, señalando una fecha inicial de liquidación que "... es impuesta arbitrariamente...".

Después de indicar los que en su opinión son los alcances que el precepto infringido tiene, en apoyo de sus tesis dice el casacionista que "... lo cierto es que a ningún título ni por concepto alguno se le podría cargar a CORPAVI con intereses por no haber pagado desde tal cual fecha una cantidad de UPAC a acreedora cuyo título es la sentencia que le agrega esa adehala a su criatura. No hay razón para interés moratorios, no por las evasivas que trae el Tribunal, sino por ausencia de mora, y tampoco la hay para los remuneratorios por lo mismo que no medió —ni podía mediar— convenio entre las partes al respecto, y no hay norma alguna que autorice al juez

para decretarlos...", de donde se sigue que es palmaria la aplicación indebida del art. 884 del C. de Com y, por consiguiente, "... la sentencia habría de aliviarse con este descargo...".

SE CONSIDERA:

1. Observando precisos derroteros institucionales que hoy en día consagra el art. 365 del C. de P.C., se ve precisada la Corte a recordar de nuevo que la regulación normativa propia del recurso de casación, así como restringe la clase de argumentos que por los litigantes pueden ponerse en juego cuando de denunciar errores de juzgamiento se trata, también limita el ámbito de los poderes de la corporación como Tribunal de Casación que es, habida cuenta que al tenor de aquellos criterios fundamentales de legislación su cometido no es otro que el de señalar frente a un caso concreto y a posteriori, "... por iniciativa de parte y con autoridad jurídica" (Cas. Civ. de 10 de septiembre de 1991, sin publicar), el derecho material aplicable a esa controversia, ello de manera que la doctrina así sentada tenga la virtud de trasceder en forma de jurisprudencia que de conformidad con el Art. 230 de la C.N. sirva como "... criterio auxiliar" en la actividad judicial desplegada para la solución de futuros litigios. En este orden de ideas y por lo que a la causal primera concierne, el recurso en mención tendrá que ser en últimas y ante la sentencia que es objeto de impugnación, una crítica simétrica de consistencia tal que, por mérito de la tesis expuesta por el recurrente y no por intuición oficiosa de la Corte, obligado sea en términos de derecho objetivo aceptar dicha tesis en vez de los juicios en que el fallo se apoya, razón por la cual al analizar el recurso la Corte tiene circunscrito su radio de acción a los límites señalados por la demanda sustentatoria, aspecto este que como se sabe, marca clara diferencia entre las atribuciones de los juzgadores de instancia y la función de control que por principio les compete ejercer a los tribunales de casación.

Síguese de lo anterior, entonces, que si se aspira a censurar con éxito una manifestación concreta de la actividad in iudicando contenida en un fallo de instancia, es palmario que el ataque no puede construirse ignorando los términos en que tal actividad allí se puso de presente; y es por eso que de vieja data se tiene sentado que por vía de num. 1o. del art. 368 del C. de P.C. no cualquier cargo en casación puede recibirse ni tiene eficacia legal, sino tan sólo aquellos que impugnan directamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones mediante ella adoptadas, toda vez que los

demás son inoperantes por salirse del marco legal del recurso que, se reitera, está determinado de modo inexorable a examinar la providencia en realidad dictada y no otra distinta, fabricada si se quiere para darle cabida a una línea argumental sólida pero impertinente. De aquí entonces los sobresalientes alcances que tiene este postulado, alcances también definidos por la jurisprudencia al expresar que "... los cargos operantes en un recurso de casación no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas. Por eso, cuando los cargos hechos en un recurso, dejan de lado esos fundamentos son inoperantes. El recurso se encamina a demostrar que la sentencia acusada quebrantó la ley, dados los fundamentos de hecho y de derecho en que ella se apoya y esto es así porque en casación se contraponen dos factores: el fallo acusado y la ley, pero sin que el sentenciador pueda salirse de los motivos que alega el recurrente, y sin que este a su turno pueda alegar con éxito razones, o aducir argumentos, en que no se apoya el fallo recurrido..." (G. J. Núm. 2010, pág. 361), defecto este último en el que, como enseguida pasa a verse, incurre el cargo en estudio.

2. En efecto, para imponer la condena contra la cual enfila sus críticas la censura, el Tribunal se fundamentó en razones cuya transcripción literal es la siguiente: "... Por último, impugna –la demandada— la condena al pago de intereses moratorios sin que existiera la mora en los términos del art. 1608 del C. Civil. El Tribunal concluye de la lectura de las pretensiones primera subsidiaria, que no hay petición concreta de intereses comerciales moratorios, sino que pide por lucro cesante la rentabilidad dejada de percibir a la tasa más alta permitida, desde el 22 de marzo de 1984 hasta cuando el pago se realice, sin que el actor haya probado con la respectiva certificación de la Superintendencia Bancaria, la rata más alta permitida. Pues bien, de acuerdo con los anteriores términos se debe entender que se pide el pago de los intereses corrientes de plazo y que para el caso concreto se condena al pago de una suma d unidades Upac (sic), es decir de 23,187.7067, implícitamente se está otorgando la corrección monetaria y así entonces la condena al pago de los intereses corrientes se hará descontando tal indexación el que al restarla (sic) daría una tasa del 9% anual...". Queda claro, pues, que con el propósito evidente de darle aplicación al principio que procura el total resarcimiento de quien es acreedor en obligaciones de carácter indemnizatorio, principio este sancionado positivamente por los arts. 1613 y 1614 del C. Civil, en el pasaje recién transcrito el Tribunal se limitó a declarar, siguiendo el criterio predominante en la doctrina juris-

prudencial (G. J. t. LV. pág. 508), que en el caso presente la productividad frustrada que tiene derecho a reclamar la demandante se confunde con el interés retributivo puro que en el comercio ganan capitales en uso, y como consecuencia de ello dispuso que el lucro cesante está representado por "... los intereses corrientes de plazo..." de la cantidad fijada, en unidades de poder adquisitivo constante, como monto del daño emergente por aquella experimentado; en otras palabras, las reglas de derecho que el sentenciador hizo actuar en la decisión concreta materia de censura en este cargo, no las contiene el art. 884 del C. de Com que se reduce, como bien lo recuerda el casacionista, no a determinar la obligatoriedad de la prestación de intereses en el ámbito de las relaciones mercantiles, sino a señalar las tasas de acuerdo con las cuales, y en ausencia de convenio que los especifique, esos réditos han de liquidarse.

En estas condiciones, el cargo resulta inoperante y por lo tanto debe rechazarse.

Cargo Sexto (Recurso de la parte demandante)

Por conducto de este último cargo se acusa la sentencia de violar indirectamente, como consecuencia de errores probatorios de hecho, los arts. 2, 822 y 884 del C. de Com, así como también los arts. 1612 a 1615, 1617 y 1649 del C. Civil, infracción en la que incurrió dicha providencia "... al modificar mediante el punto cuarto de su parte resolutiva el 5o. (VI) del fallo del juzgado, negó los intereses moratorios solicitados en la demanda e inicialmente concedidos por el juzgado, a cambio de un interés a la rata del 9% anual...".

Consistieron los mencionados desaciertos en "... interpretar erróneamente la petición del lucro cesante contenida en el numeral 2 de la petición primera subsidiaria de la demanda...", en "... omitir, existiendo, la prueba del interés moratorio representado en el doble del bancario corriente..." y, en fin, "... en suponer que los intereses moratorios son incompatibles con la indexación implícita dentro de la unidad UPAC (sic)...", todo lo cual explica el recurrente en términos que bien pueden resumirse del modo siguiente.

a) Confrontando la demanda y el fallo, se advierte que el Tribunal, cuando dijo en su providencia que la sociedad actora no hizo petición concreta de intereses comerciales moratorios, alteró lo que aquél escrito expresa en su

página 66, y fue por eso que dijo entender "... que la parte actora pedía lo que en verdad no pedía (intereses corrientes en lugar de los moratorios).

b) Aparte de lo anterior, no vio tampoco el Tribunal la prueba del interés que obra en los autos a fl. 127 del cuaderno principal, "... prueba que estaba pedida desde la demanda y que obviamente fue decretada y recepcionada legalmente...".

c) Por último, el tercero de aquellos yerros, consistente en suponer que dentro de la "indexación" propia de la UPAC "... se encontraba implícito el reconocimiento de unos intereses corrientes", es notorio porque a juicio del censor "... Si la UPAC implica indexar la parte de los intereses de que se compone a título de inflación, no tiene otro fin sino el de rendirle culto a su nombre manteniendo constante el poder adquisitivo del dinero inicial (...). Luego esos puntos del 21 o 23% no son, en estricto rigor, intereses, sino una compensación a la pérdida del poder adquisitivo del dinero, justamente para mantenerlo constante...".

Para terminar, en una prolija exposición de su criterio personal acerca de la consumación de los referenciados errores y de las consecuencias que ellos traen, indica el casacionista la manera cómo la resolución por él impugnada habría quebrantado las normas de derecho sustancial citadas en el encabezamiento del cargo.

SE CONSIDERA:

1. Regresando nuevamente a nociones básicas bien conocidas y evocadas en apartes anteriores de esta providencia, frente al cargo cuyo contenido esencial acaba de describirse resulta inevitable insistir en que el error probatorio de hecho, relevante para los fines del recurso de casación por violación indirecta de la ley, no se justifica con meras opiniones o acudiendo a conjeturas más o menos convincentes que admitan razonable controversia. Los errores de este linaje han de emerger de elementos probatorios de contraste que, por fuera de toda duda, pongan de manifiesto realidades fácticas por entero contrarias a las que, en función decisoria, sienta el pronunciamiento jurisdiccional impugnado, luego la prosperidad de un cargo como el que ahora ocupa la atención de la Corte, depende del estricto cumplimiento de tres condiciones, por cierto señaladas muchas veces en los términos siguientes: "... a) el yerro ha de consistir en que el sentencia-

dor hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o hubiere ignorado la que sí existe en ellos, o adulterado la objetividad de esta agregándole algo que le es extraño o cercenando su real contenido: b) la conclusión de orden fáctico derivada del error, debe ser contrauevidente, vale decir contraria a la realidad manifiestamente establecida por las pruebas en cuestión; y c) de ocurrir esto último, también es necesario que el yerro de apreciación conduzca al quebranto de los preceptos sustanciales llamados a gobernar la verdadera situación sub lite..." (G. J. t. CXXX pág. 63), lo que significa que a falte de uno cualquiera de estos requisitos, el fallo censurado tendrá que ser mantenido.

Así, entonces, la causal primera de casación en este aspecto particular de su segunda fase, regulada por el inciso segundo del num 1o. del art. 368 del C. de P.C., es estrecha y no puede convertirse en un escenario en el que tengan cabida deducciones personales más o menos lógicas, razonamientos interpretativos, analogías o hipótesis de las partes, en defecto de aquellas precisas condiciones, el discreto ejercicio de los poderes del juez en el examen de la prueba ha de prevalecer y, por consiguiente, cualquier ensayo crítico en este plano, que aun cuando bien elaborado y persuasivo se separe en sus conclusiones de las que, desde el punto de vista probatorio, inspiraron la propia certeza declarada por la autoridad judicial falladora, como cosa que quizá podría revestir importancia en las instancias, sin embargo no alcanza a integrar censura eficaz en orden a lograr la casación y, como suele decirse, el eventual desacierto se derrite en el fallo sin posible corrección, conclusión esta última a la que se arriba considerando que por esta vía, esa modalidad excepcional de anulación únicamente puede estribar en la absoluta certeza (G. J. t. CXXXIX, pág. 240), no en que sea más o menos factible organizar un nuevo análisis de los medios demostrativos más profundo, más sutil, más severo o de mayor juridicidad en opinión del recurrente, toda vez que si así fuera, si pudiere apoyarse simplemente en que existen razonamientos mejor acompasados con los dictados de la lógica, por el sólo hecho de darse la posibilidad de que no haya errado el sentenciador, por lógica la acusación cae en el vacío.

2. Puesto el cargo en estudio a la luz de los principios que acaban de reseñarse, es del caso destacar lo siguiente:

a) En primer lugar, al despachar el cargo inmediatamente anterior

quedó visto que el sentenciador, interpretando el escrito de demanda que al proceso le dio inicio y en la parte que la acusación transcribe, entendió que a título de reparación patrimonial por lucro cesante, la sociedad constructora demandante solicitó la compensación del provecho dejado de percibir por no haber contado con los recursos por ella pagados en exceso a la corporación demandada, y es lo cierto que basta la lectura de aquella petición para inferir que, sin situarse ostensiblemente por fuera del sentido común ni incursionar tampoco en el terreno de lo arbitrario, da margen a la aludida interpretación, teniendo en cuenta desde luego el esquema completo de la pretensión deducida donde el daño es el factor relevante para que la condena de las prácticas abusivas, cuya existencia declara la sentencia, se produzca, daño que aparece por tanto como el efecto de actitudes positivas que, por sí solas, no configuran una situación jurídica de mora que dé lugar a resarcimiento mediante el pago de intereses punitivos. En todo caso motivos de incertidumbre abundan y como lo tiene dicho la Corte respecto del yerro en la apreciación de los escritos rectores del proceso, "... donde hay duda no puede haber error manifiesto..." (G. J. ts. LXVIII, pág. 561, y CCXII, pág. 113).

b) En segundo lugar y guardando armonía con lo que viene expresándose, la circunstancia de que el Tribunal haya pasado por alto la certificación obrante a fl. 127 del cuaderno principal, no constituye un error dotado de la influencia necesaria para abrirle paso a la censura, puesto que el resultado de la decisión habría sido el mismo, entendiendo como lo hizo el juzgador que no había lugar al reconocimiento de los intereses moratorios que reclama la sociedad demandante.

c) Finalmente, el tercero de los errores señalados no plantea, como debiera ser, un contraste de resultados probatorios objetivos ante evidencia irrefutable que, en forma palmaria y evidente, acredite la existencia de la presunta equivocación en que cayó el Tribunal al considerar, no contrariando tampoco el sentido común, que las deudas accesorias por intereses destinadas a compensar, a título de lucro cesante, la productividad frustrada de capitales reajustados, no deben cuantificarse en tasas corrientes que por su propia índole tiendan a recompensar de nuevo el deterioro en el poder adquisitivo del signo monetario. El desacierto del juzgador de instancia, se repite, ha de ser objetivo y por ende dependiente de la realidad de hechos que con su juicio se enfrentan sin ajuste posi-

ble, no así subjetiva o dependiente del criterio que, en defensa de sus intereses, tengan por conveniente acoger los litigantes.

Se rechaza por consiguiente este último cargo.

IV. SENTENCIA SUSTITUTIVA

Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo Tercero de la demanda de casación presentada por la parte actora, la sentencia combatida tiene que infirmarse. Pero como esto obedece solamente al eficaz ataque que en dicho cargo se hace en cuanto incurrió en incongruencia por exceso, el fallo a dictarse por la Corte como juzgador de instancia debe limitarse a corregir ese error, reproduciendo mediante las respectivas transcripciones, las restantes decisiones que trae la providencia recurrida y que, por falta de eficaz impugnación, deben entenderse amparadas por la presunción de acierto.

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 y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando en sede de instancia RESUELVE:

Primero. "... REVOCAR el punto primero (1o.) de la parte resolutiva de la sentencia apelada para, en su lugar, inhibirse de fallar en el fondo respecto de las pretensiones primera principal de simulación, así como respecto de las pretensiones consecuenciales segunda, tercera, cuarta y quinta...".

Segundo. "... CONFIRMAR los puntos segundo (2o.), tercero (3o.) (...) y séptimo (7o.) de la misma parte resolutiva..."

Tercero. "... CONFIRMAR el punto cuarto (4o.) de la misma resolutiva, adicionándolo en que el pago de las unidades UPAC podrá hacerse también en su equivalente en pesos colombianos al valor en el día en que se efectúe el pago..."

Cuarto. "... MODIFICAR el punto quinto (5o.) de la misma parte

resolutiva que quedará así: Por lucro cesante condénase a la misma parte demandada a pagar a la demandante los intereses causados desde el 13 de febrero de 1985 hasta su cancelación, a la rata del 9% anual, sobre el capital de las 23.187.7067 UPAC...".

Quinto. REVOCAR el punto VI de la parte dispositiva del fallo apelado, sin que sea del caso hacer sobre el mismo pronunciamiento sustitutivo ninguno, teniendo en cuenta las razones señaladas en la parte expositiva de esta sentencia.

Sexto. Las costas causadas en segunda instancia son de cargo de la parte demandada.

Y en casación, por cuanto el recurso interpuesto por la entidad demandada no prospera, también son de su cargo las costas causadas con ocasión del trámite de dicho recurso a favor de la parte actora. Tásense en su oportunidad.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE LA ACTUACIÓN AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

SANCIÓN / CHEQUE / INTERESES / CORRECCIÓN MONETARIA

Es desacertado interpretar el art. 722 del C.C. bajo el entendimiento de que la suma sancionatoria así obtenida es susceptible de ser adicionado por concepto de intereses o corrección monetaria. Carácter punitivo del precitado artículo.

F. F.: C. de Co. Art.: 722.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).- Magistrado Ponente: *Nicolás Bechara Simancas,*

Referencia: Expediente N° 4383 Sentencia 126

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafe de Bogotá en este proceso ordinario iniciado por Inversiones Caribe Limitada frente al Banco Internacional de Colombia.

ANTECEDENTES

I.- Por demandan repartida al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, la citada actora solicita que con audiencia de la referida demandada se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- Que se declare al Banco Internacional responsable por el nó pago , sin justa causa, de los cheques girados por mi poderdante contra su cuenta corriente número 035-555-02-1 de la Sucursal Parque Nacional, que se relacionan a continuación:

"1.	Número	573452	por valor de	650.000.oo
"2.	Número	573453	por valor de	107.411.oo
"3.	Número	573454	por valor de	37.349.oo
"4.	Número	573455	por valor de	1'640.000.oo
"5.	Número	573457	por valor de	200.000.oo
"6.	Número	573458	por valor de	2'000.000.oo
"7.	Número	573459	por valor de	4'150.000.oo
"8.	Número	573460	por valor de	5'300.000.oo
"9.	Número	573461	por valor de	43'300.000.oo
"10.	Número	573463	por valor de	2'200.000.oo
"TOTAL				59'584.760.oo

"SEGUNDA.- Que en consecuencia se condene al Banco Internacional a pagar a mi cliente, a título de indemnización:

"a) El 20% del importe de los cheques no pagados, o sea, la suma de ONCE MILLONES NOVECIENTOS DIECISEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MCTE. ($11'916.952).

"b) El monto de los daños y perjuicios ocasionados por tal negativa.

"TERCERA.- Que se condene al Banco Internacional a pagar sobre las sumas debidas, a partir del 8 de noviembre de 1985 y hasta que el pago se efectúe, los intereses moratorios comerciales.

"CUARTA.- Que se condene al Banco Internacional a reconocer sobre las sumas correspondientes el monto de la desvalorización monetaria a que haya lugar, tomando como base la variación de precios al consumidor, y

"QUINTA - Que se condene al Banco Internacional al pago de las costas que se causen en este proceso".

II.-Las peticiones anteriores tienen por fundamento los hechos que seguidamente se compendian:

a) La sociedad Inversiones Caribe Limitada celebró contrato de cuenta corriente con el Banco Internacional de Colombia, Sucursal Parque Nacional, identificada con el Nº 0-035-555-02-1.

b) El 7 de noviembre de 1985 se consignó en dicha cuenta, entre cheques y efectivo, la suma de $68'795. 700, discriminados así:

Cheque contra el Banco Internacional, Sucursal Parque Nacional	$	2'184.000
—Depósito en efectivo	$	11.700
—Cheque contra el Banco Internacional, Sucursal Parque Nacional	$	66'600.000

c) Los cheques consignados no fueron devueltos al cuentacorrentista, por ausencia de motivos para ello.

d) El 7 de noviembre de 1985 Inversiones Caribe Limitada giró varios cheques contra su aludida cuenta corriente, consignados por sus beneficiarios en las cuentas de sus respectivos bancos así:

Número	Valor	Banco
573452	$650.000.oo	Ganadero
573453	$107.411.oo	Colpatria
573454	$37.349.oo	Bogotá
573455	$1'640.000.oo	Mercantil
573457	$200.000.oo	Ganadero
573458	$2'000.000.oo	Bogotá
573459	$4'150.000.oo	Ganadero.
573460	$5'300.000 oo	Mercantil
573461	$43'300.000.oo	Cafetero
573463	$2'200.000.oo	Real de Colombia".

e) Presentados los cheques al Banco librado a través de la Cámara de Compensación del Banco de la República, éste los devolvió al día siguiente, 8 de noviembre, por conducto de la misma Cámara de Compensación, por la causal de FONDOS INSUFICIENTES, cuando en ese momento Inversiones Caribe Limitada tenía en su cuenta fondos suficientes.

f) Mediante comunicaciones de 25 de noviembre de 1985 y 27 de enero de 1986, Inversiones Caribe Limitada presentó reclamación formal ante el Banco Internacional por lo sucedido, quien en comunica-

ciones EDR/9 329 de 14 de mayo de 1986 se negó a reconocer su responsabilidad.

III.- El Banco Internacional de Colombia descorrió en tiempo el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la actora, y manifestando, respecto de los hechos, que ésta procedió a girar los 10 cheques aludidos, por valor de $59'584.760, sin haber esperado el canje u obtenido autorización; que en verdad devolvió los cheques porque para la fecha en que se realizó el canje, es decir, el 7 de noviembre de 1985, la demandante carecía de fondos suficiente para atender el pago de los mismos, como quiera que aún nos e había efectuado el canje de los consignados por ella el mismo dia; que el 7 de noviembre de 1985, a eso de la 1 p.m., la actora llamó al Banco y solicitó un canje por valor aproximado a $68'000.000, a lo que éste se negó por cuanto la línea de crédito que tenía autorizada ascendía únicamente al monto de $15'000.000, al cual estaba advertida de someterse; que a las 2 de la tarde de la misma fecha la demandante envió al Banco cheque por $66'600.000, girado por National Cash Register con la petición de que se le tuviera como consignación en efectivo por estar girado el cheque sobre el mismo Banco, a lo que tampoco accedió éste por "el límite ya anotado y la necesidad de esperar el canje..."; y que no es cierto que la sociedad actora tuviera fondos suficientes en su cuenta corriente cuando giró y entregó los cheques devueltos, como cuando se practicó el canje.

IV. el a-quo le paso término a la primera instancia por sentencia de 18 de diciembre de 1989, en la cual hizo los siguientes pronunciamientos:

"1°Declarar que el Banco Internacional de Colombia es responsable de haber dejado de pagar, sin justa causa, los cheques que relaciona la demanda, en cuantía de $59'584.760; girados por la demandante contra su cuenta corriente.

"2°Condenar, en consecuencia, al expresado Banco a pagar a la sociedad demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de $11'916 novecientos cincuenta y dos pesos (sic) ($11'916.952.oo), más la corrección monetaria correspondiente a dicha suma.

"3°Negar las demás pretensiones de la demanda.

"4°Condenar en costas al Banco demandado".

V.- Inconforme con lo así resuelto, la parte demandada recurrió en apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien al desatar la alzada, mediante sentencia de 23 de septiembre de 1992, confirmó la del a-quo, con la única modificación de revocar la condena al pago de corrección monetaria impuesta en el numeral 2° de la parte resolutiva de la misma, en cuyo lugar denegó esa pretensión. Además impuso costas de segunda instancia a la parte recurrente en un 75%.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

Destaca que en el ordenamiento patrio las consignaciones en cuentas corrientes bancarias pueden hacerse en dinero efectivo o en cheques; que cuando, en el último evento, la consignación sea alusiva a cheques girados contra otros bancos de la misa plaza, ésta es sometida al trámite "que en el lenguaje del sector se denomina canje", que debe someterse a los pasos contemplados en el reglamento de cámara de compensación visible al folio 59 y ss. del cuaderno principal, "dentro de los cuales bien vale destacar (acota el Tribunal) que el banco depositario envía los cheques a dicha Cámara, para que luego se establezca el balance contable entre los valores recibidos y los entregados", procedimiento que sólo una vez agotado permite determinar si el cheque consignado resultó efectivo y es la razón para que el cuenta correntista no pueda disponer entre tanto del importe de dicho título, toda vez que a términos del artículo 1383 del Código de la materia las consignaciones se entienden efectuadas "salvo buen cobro".

Precisa que el procedimiento que viene de verse está consagrado únicamente para las consignaciones de cheques girados contra otros bancos, por cuanto los que han de cargarse sobre cuentas corrientes abiertas en la misma oficina depositaria, están sometidas únicamente a proceso de comprobación interna, reflexión ésta última de la que concluye el Tribunal que el cheque aludido en este proceso y cuya consignación efectuó la actora el 7 de noviembre de 1985 "no requería de canje a través de Cámara de Compensación", circunstancia que lo llevan a expresar que en eventos como éste "el depositario tiene en sus manos los elementos de juicio para determinar sin mayores trámites, cosas semejante, en un tiempo que, por obvias razones, no puede ser el mismo que toma el procedimiento de

canje...", a todo lo cual agrega que "Muy seguramente es con fundamento en esto en que (sic) la doctrina se sostenga que en el caso analizado se pueda disponer de los dineros representados en el cheque consignado 'en forma casi automática...".

Centrando entonces su atención en la pruebas y particularmente en el dictamen pericial obrante al folio 281 del cuaderno 1, el Tribunal expresa a continuación que el trámite interno de comprobación contable referente a la consignación de cheques sobre el mismo Banco demandado, lo realiza éste "en las horas de la noche del día en que se efectúa la consignación, en la oficina principal de la entidad; exactamente entre las 7 y las 9 postmeridiano", medio de convicción ese con arreglo al cual sostiene ensegnida que a partir de entonces el Banco tuvo pleno conocimiento de la eficacia del cheque consignado, ante lo cual no le quedaba alternativa distinta de tenerlo por corriente. Precisa entonces más adelante, que el banco demandado incumplió su obligación cuando el 8 de noviembre de 1985 dejó de pagar los cheques que se relacionan en la demanda incoativa del proceso, pues ya conocía o debía conocer si el cheque girado por la Nacional Cash Register había resultado bueno, y con ese valor ($66'600.000) bien pudo cubrir el importe total de aquellos ($59'584.760).

Puntualizando que a consecuencia de ese proceder el Banco se hace merecedor de la sanción establecida en el artículo 722 del C. de Co. que obra, dice, automáticamente, el Tribunal indica que estuvo acertado el *aquo* cuando condenó al demandado a pagar el 20% pertinente, esto es, $11'916.952, mas no en cuanto ordenó hacer ese pago con corrección monetaria, ya que, continua, la jurisprudencia ha impuesto cautela en la aplicación de este fenómeno, apoyándose para ello generalmente en la propia ley. En este orden de ideas, refiere a continuación el sentenciador que el artículo 722 del C. de. ha sido preciso en indicar que el porcentaje previsto en él como sanción, se calcula sobre el 'importe' del cheque impagado, lo cual lleva entender que debe tomarse en cuenta no mas que el valor nominal; mayormente si por tratarse de una sanción ope legis, con operación automática, se impone un criterio restrictivo que rehusa cualquier ensayo analógico extensivo.

Finaliza diciendo el Tribunal que al confirmar lo dicho concurre el hecho de que la misma norma deja a salvo el derecho del librador de perseguir el pago de los daños que se le causaron.

La demanda de casación

Un único cargo, con estribo en la causal primera de casación, esgrime la recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en la violación de los artículos 1649 del C.C., 722 del C. de Co. y 5º de la ley 153 de 1987" (sic).

Intenta demostrarlo la recurrente aduciendo que, en diversos pronunciamientos, la Corte ha reconocido, aún de oficio, la necesidad de revalorizar las sumas de dinero que constituyen condenas judiciales, por cuanto es hecho notorio la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, cuyo desconocimiento implica la ignorancia "de principios lógicos de hermenéutica jurídica" que conducen a la aplicación inequitativa de la ley.

Apoyándose en el artículo 1649 del C.C., argumenta que el pago total comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban, y que el "reconocimiento de la actualización monetaria no es otro que la indemnización del deudor al acreedor en virtud de la devaluación del dinero debido; por tanto, hace parte de su pago total"; concepto que, agrega, no varía el que la obligación tenga su fuente en un contrato, en un acto administrativo o en la ley. Plantea, pues, su total desacuerdo con el Tribunal al suprimir la corrección monetaria que reclama por ser una sanción legal, toda vez que, aduce, esa sanción "encuentra su fundamento en el cumplimiento de una obligación contractual y debe, por consiguiente, tener relación con ella".

Transcribiendo el artículo 722 del C de Co., señala a continuación la recurrente que la suma de $11'916.952, reconocido a favor de la demandante en la sentencia, no corresponde hoy al 20% de los $59'584.760 a que ascendían los cheques dejados de pagar en 1985, por obra de devaluación monetaria, añadiendo que "La sanción no cumpliría su cometido, perdería toda su eficacia y así la misma ley sería burlada en la medida en que por el solo transcurso del tiempo esa multa se volviera irrisoria".

Acota para finalizar la impugnante, que como acontece con el artículo 1649 del C.C., el tribunal dejó de hacer actuar el artículo 5º de la ley 153 de 1887, al no aplicar la equidad natural en el caso litigado, que obliga ver la indexación como un" hallazgo del equilibrio en las obligaciones dinerarias". por eso, solicita a la corte casar la sentencia recurrida para, en su lugar, proferir la que corresponde.

SE CONSIDERA

Dispone el artículo 722 del C. de Co que "cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque o no haga el ofrecimiento del pago parcial prevenido en los artículos anteriores, pagará al librador, a título de ***sanción,*** *una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible, sin perjuicio de que dicho librador persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que se le ocasionen". (se subraya).*

La naturaleza sancionatoria que reviste ese precepto y los propios términos en que fue concebido, permiten concluir que basta el incumplimiento sin justa causa allí previsto por parte del librado, para que el girador adquiera el derecho a obtener el pago en el porcentaje expresado; pero, además, y dado el procedimiento indicado para cuantificar esa sanción, que ese derecho se circunscribe exclusivamente al monto que resulte de calcular dicho porcentaje sobre el ***importe del cheque o del saldo disponible,*** *sin que sea permitido, por la limitación allí mismo impuesta, hacer extensiva esa condena a valores diferentes, que la naturaleza de la disposición no toleran.*

Por ende, es desacertado interpretar el aludido precepto bajo el entendimiento de que la suma sancionataria así obtenida es susceptible de ser adicionada por concepto de intereses o de corrección monetaria.

Es verdad que la doctrina de la Corte en punto al hecho notorio de la desvalorización monetaria ha abogado, en algunos casos concretos, por la necesidad de traer a valor presente las restituciones dinerarias a cargo de una de las partes en litigio. Con todo, es preciso recordar cómo ello ha sucedido generalmente en el campo de las prestaciones mutuas, en donde no obstante la Sala, justos reconocerlo, también ha advertido sobre la grave injusticia que puede acarrear la práctica indiscriminada de proferir esa condena, descartándola de plano en aquellos eventos en los cuales es la propia ley la que establece precisos y delimitados derroteros que encausan el procedimiento que se debe seguir en orden a decretarla. Y si eso es lo que se ha dicho en aquél decretarla. Y si eso es lo que se ha dicho en aquél campo, con cuanta más razón es predicable en el caso del artículo 722 en referencia, no sólo por tener éste un carácter punitivo, sino porque esa norma no da

margen a otras condenas diferentes, como lo sería la imposición de esa sanción en forma revalorizada.

De manera que, cuando invocando las consideraciones precedentes, el sentenciado r ad-quem confirmó la sentencia de primera instancia con la modificación de suprimir de ella la corrección monetaria impuesta por el a-quo a cargo del banco librado y sancionado de conformidad con el art. 722 del C. de Co., no cometió el error jurídico que la censura le atribuye.

El cargo, por 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 23 de septiembre de 1992, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente-actora.

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

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

No suscribe la anterior providencia el Magistrado Héctor Marín Naranjo, quien no participó en la deliberación, por encontrarse en uso de permiso.

Héctor Moreno Aldana, Secretario.

INDICE CRONOLOGICO PROVIDENCIAS A PUBLICAR SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

SENTENCIA-Efectos/COSA JUZGADA ..... **Pag.** 7
Calidad de inmutabilidad de los fallos ejecutoriados, mediante la consagración positiva del principio de la cosa juzgada. Excepción a la regla anterior y que constituye objeto de revisión.

REVISION - Finalidad. ..... **Pág.** 7
La finalidad del recurso de revisión, consiste en invalidar por injusta la sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en el proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho.

PONENTE	:	Pedro Lafont Pianetta.
SENTENCIA DE REVISION (084)		
FECHA	:	01/07/1994
DECISION	:	FUNDADO RECURSO DE REVISION
PROCEDENCIA	:	T.S.D.J.
CIUDAD	:	SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS	:	INTERPUESTO POR LAS SOCIEDADES U.R.B.S. ARQUITECTOS LTDA. (en liquidación) y D.S.B. ARQUITECTOS DIEGO SUAREZ BETANCOURTH Y CIA. DENTRO DEL PROCESO DE FIMO LTDA. CONTRA LOS RECURRENTES.
PROCESO	:	004329
PUBLICADA	:	SI
DETALLE PUB.	:	PRIMER SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág: Extracto: 115.
NOTAS ACLARATORIAS	:	Igual sentido: G.J. Tomo CXLVIII, pág, 18 y 19

REVISION-Naturaleza; Procedencia. ..... **Pág.** 7

El recurso de revisión es de naturaleza extraordinaria y por ende solo procede en casos igualmente extraordinarios
Igual sentido: G.J.T. CXLVIII, págs. 18 y 19.

DOCUMENTO NUEVO ..... **Pag.** 7
La primera de las causales de revisión, exige que los documentos a que ella se refiere preexistan a la sentencia recurrida y a la época en que el proceso en el cual ella fue dictada se inició, o, a lo menos, al vencimiento de la última oportunidad prevista por la ley para la

aportación de pruebas; que el documento en cuestión se halle después de dictada la sentencia; que no haya sido allegado al expediente por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y, por último, que de haber obrado como prueba se hubiere variado la decisión contenida en la sentencia impugnada
Igual sentido: G.J. T. CXCII, No. 2431, segundo semestre, 1988, pág. 9.

REVISION-Improcedencia ..... Pag. 8
Aspectos respecto de los cuales no es viable acudir al recurso extraordinario de revisión.
Igual sentido : G.J. Tomo CXCII, No. 2431, 2o. semestre de 1988, pág. 9

MANIOBRA FRAUDULENTA-Finalidad
(SENTENCIA SUSTITUTIVA)/PRINCIPIOS
(SENTENCIA SUSTITUTIVA)/LEALTAD PROCESAL
(SENTENCIA SUSTITUTIVA)/PRINCIPIO DE LA
PROBIDAD/SENTENCIA SUSTITUTIVA)/BUENA FE/
RECURSO DE ANULACION
(SENTENCIA SUSTITUTIVA ..... Pag. 8
1) Con la consagración de la sexta causal de revisión, se quiso reprimir por la ley la conducta procesal que resulta atentatoria de los principios de la lealtad, probidad y buena fe que han de presidir las actuaciones de las partes, y por ello se autoriza invocarla para impetrar la invalidación del fallo impugnado, tanto cuando hubiere existido "colusión", como cuando se hubiere producido cualquiera otra "maniobra fraudulenta".

2) Está llamada a prosperar la precitada causal de revisión. Se invalida la sentencia en la cual la Sala encuentra infundado el recurso de anulación.

01/07/1994

REVISION/MANIOBRA FRAUDULENTA ..... Pag. 21
Para la estructuración de la causal sexta de revisión no es suficiente con que se medie una maniobra fraudulenta; requiérese además, que el impugnante esté por ella agraviado..

PONENTE	:	Rafael Romero Sierra
SENTENCIA DE REVISION (085)		
FECHA	:	01/07/1994
DECISION	:	INFUNDADO RECURSO DE REVISION
PROCEDENCIA	:	T.S.D.J.
CIUDAD	:	CARTAGENA
SUJETOS	:	DEMANDADOS: Personas indeterminadas.
DEMANDANTES	:	Kelly Wilson, Antonio y Cuéllar de Kelly, Hermelinda. INTERPUESTO POR: Jesús Emilio Moreno Trujillo.
PROCESO	:	003865
PUBLICADA	:	SI
DETALLE PUB.	:	SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág: Extracto: 116.
FUENTE FORMAL	:	C. DE P.C. Art. 380 Numeral 6.

NULIDAD EN LA SENTENCIA ..... Pag. 21

No toda nulidad puede fundar la octava causal de revisión; solamente lo puede ser aquella que tiene génesis en la sentencia misma; de donde se sigue, que las nulidades que dimanen de una actuación anterior quedan por fuera de tal marco legal.
Igual sentido: CXLVIII, p. 185.

CONFLICTO DE COMPETENCIA/COMPETENCIA TERRITORIAL/JURISDICCION DE FAMILIA/CITACION DE RECONOCIMIENTO/COMPETENCIA A PREVENCION/ ORDEN PUBLICO. ..... Pag. 29

1) Por aplicación de la regla de competencia prevista en el numeral 20 del artículo 23 del C. de P.C., corresponde diligenciar la solicitud al juez de familia del domicilio del citado o, a prevención, al juez de su residencia.

2) Las reglas de distribución de la competencia son de orden público.

3) Taxatividad de los asuntos cuyo conocimiento ha sido atribuido de manera particular por el art. 8 del decreto 2272 de 1989 al juez de familia del menor.

PONENTE	:	Héctor Marín Naranjo AUTO (218)
FECHA	:	07/07/1994
DECISION	:	Jdo. 1o. PCO. FLIA. BARRANCABERMEJA COMPETENTE
PROCEDENCIA	:	JDO. 1o. PCO. FLIA. - PCO. MPAL.
CIUDAD	:	B/MEJA-MACEO (ANTIOQUIA)
DEMANDADO	:	GIRALDO CASTRILLON, CARLOS ARTURO
DEMANDANTE	:	PERSONERO MPAL. DE MACEO, en representación del menor EDER JHONARES SOSSA. Entre
PROCESO	:	005030
PUBLICADA	:	SI
DETALLE PUB.	:	SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470.
FUENTE FORMAL	:	DECRETO Num.: 2272 Año 1989 Art.: 10. NUM. 4 del art. 1 de la Ley 75 de 1968; Clase: DECRETO Num: 2272 Año: 1989 Art.: 8; C. de P.C. Art.: 23 Numral: 20.

REVISION-Naturaleza. ..... Pag. 33
Naturaleza extraordinaria del recurso de revisión.

REVISION/Procedencia ..... Pag. 33
El recurso de revisión sólo es procedente contra las sentencias ejecutoriadas, salvo las que dicten los jueces municipales en única instancia.

PONENTE	:	Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE REVISION (087)		
FECHA	:	01/07/1994

DECISION	:	INFUNDADO RECURSO DE REVISION
PROCEDENCIA	:	TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL.
CIUDAD	:	MONTERIA
SUJETOS	:	
DEMANDADOS	:	Los aquí recurrentes.
DEMANDANTE.	:	CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO.
INTERPUESTO POR	:	LOPEZ VILLALOBOS, GABRIEL GUILLERMO y PATERNINA MARTINEZ, ROSARIO.
PROCESO	:	004385
PUBLICADA	:	Sí
DETALLE PUB.	:	SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág: Extracto: 117.
FUENTE FORMAL	:	C. de P.C. Art. 379.

PROCESO EJECUTIVO/REVISION-Improcedencia/FALTA DE NOTIFICACION/ EMPLAZAMIENTO/NULIDAD PROCESAL-Oportunidad/ ..... **Pag. 33**

1) Tratándose de procesos ejecutivos no se abre paso la revisión cuando como causal se invocan nulidades procesales por falta de notificación o emplazamiento y la sentencia se ha limitado a ordenar seguir adelante la ejecución, puesto que el incidente puede promoverse en el mismo expediente en razón de que éste en esos supuestos no termina el ejecutivo con el proferimiento de la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución o decreta la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, o sea que el recurso procede contra sentencias que causen efectos de cosa juzgada material.

2) Si la parte habiendo podido alegar la nulidad en instancia no lo hizo, no puede acudir a la revisión. Si la parte alegó la causal 8 del art. 140 del C. de P.C. y lo fue sin éxito, significa que no saneó y es viable el recurso extraordinario de revisión.

3) Todo lo concerniente a las nulidades adjetivas, debe discutirse y decidirse dentro del proceso en que ellas han ocurrido.
Igual sentido: G.J., t. CLV, pág. 29.

4) ¿En qué momentos se pueden alegar las nulidades procesales?.

5) El ejercicio de un derecho conlleva su caducidad. Precluída la etapa de la instancia en la que se invoca la declaración de nulidad, no por ello el derecho caducó.

F.F.. Clase: C. de P.C. Art.: 140 Numeral 8; Art. 380 numeral 7; C. de P.C. 142.

12/07/1994

**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/
RESPONSABILIDAD MEDICA/CULPA/PERJUICIO
MATERIAL/PERJUICIO MORAL/SERVICIO MEDICO/
ARBITRIUM JUDICUM** ..... Pag. 49

1) La responsabilidad contractual de instituciones de salud en caso de tratamiento indebido surge cuando en desarrollo del correspondiente contrato se incurre en la culpa profesional o institucional del caso y acarrea perjuicios al respectivo paciente. Dentro de los perjuicios resultan indemnizables tanto los materiales como los morales. Por referirse éste contrato en su esencia y ejecución a la salud de la persona humana, es posible de manera excepcional (lo que no ocurre generalmente cuando se trata de cosas o bienes) que el incumplimiento del servicio médico profesional sea causa concurrente tanto de los daños materiales como de los daños morales en el paciente.

2) Sólo puede el juez acudir al arbitrium judicium o potestad discrecional judicial para fijar la cuantía del daño moral.

PONENTE	:	Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA SUSTITUTIVA DE CASACION (088)		
FECHA	:	12/07/1994
DECISION	:	REVOCA PARCIALMENTE SENTENCIA DEL JUZGADO 6° CIVIL DEL CIRCUITO DE SFE DE BTA.
PROCEDENCIA	:	T.S.D.J.
CIUDAD	:	SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS		
DEMANDADO	:	FUND. INSTITUTO NEUROLOGICO DE COLOMBIA
DEMANDANTE	:	Martínez Gallego, Gregorio.
PROCESO	:	003656
PUBLICADA	:	Si
DETALLE PUB.	:	SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág: Extracto: 118.

14/07/1994

**DEMANDA DE REVISION/REVISION-
Inadmisión/REVISION-Rechazo/
REVISION-Deserción/SUPLICA** ..... Pag. 59

1) Distinción entre las circunstancias que generan la inadmisibilidad de la demanda de revisión, de aquellas que generan su rechazo, y de las que causan la deserción del recurso.

2) El auto por medio del cual el magistrado ponente le otorga efecto de deserción del recurso de revisión al hecho de no haberse prestado oportunamente la caución exigida en el art. 383 del C. de P. C., no es por su naturaleza apelable y por lo tanto, en el presente caso, no es de recibo la súplica.

PONENTE : Hector Marin Naranjo
AUTO DE SUP..ICA (227)
FECHA : 14/07/1994
DECISION : RECHAZA RECURSO DE SUP_ICA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS DEL MINISTERIO DE HACIENDA.
DEMANDANTE LINARES DE MALAVER, LEONOR
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004924
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : SEGUNDO SAVESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 119
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 383, Art.: 380 Numral.: 6 Inciso n.

CARGA PROCESAL/ DESERCION (3) ..... **Pag. 59**
Concepto de carga procesal. El incumplimiento de las cargas procesales de cualquier índole, relacionadas con la interposición y trámite de los recursos suele generar deserción. (arts. 351, artículo 371, incisos 3 y 5; artículo 383, 2o. inciso del C. de P.C.)

15/07/1994

PRINCIPIO DE LA APRECIACION RACIONAL/ VALORACION PROBATORIA/ PRUEBAS-
Valoración en Conjunto (2) ..... **Pag. 66**
Al juez se le impone según el principio de la apreciación racional, apreciar todas las pruebas en conjunto
Igual sentido: G.J. Tomo CLXVI-No 2406, p. 335 y ss.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA SUSTITUTIVA DE CASACION (089)
FECHA : 15/07/1994
DECISION : CONFIRMA SENTENCIA
PROCEDENCIA : JUZGADO 4o. CIVIL DEL CIRCUITO
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS FAJARDO DE JARAMILLO, MARGOTH; JARAMILLO FAJARDO GILBERTO; JARAMILLO FAJARDO, BENJAMIN; JARAMILLO FAJARDO, RODRIGO; JARAMILLO FAJARDO, LUIS ENRIQUE; JARAMILLO FAJARDO, ESNEIRA, en su calidad de cónyuge, la primera, y de hijos legítimos, los demás, de GILBERTO JARAMILLO ?AMAYO.
DEMANDANTE CUEVAS, JACQUELINE (menor), representada por CUEVAS ROMERO MYRIAM
PROCESO : 003376
PUBLICADA : Si

DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número. 2470 . Ext.No.130

FILIACION MATRIMONIAL/ FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / MATERNIDAD LEGITIMA/ MATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL/ ESTADO CIVIL / ACTA DE NACIMIENTO / POSESION NOTORIA/
TESTIMONIO (1) ..... Pag. 65

1) Mientras que en los procesos de reclamación de la filiación matrimonial, la investigación, en últimas, recae en la "maternidad legítima, no ocurre lo mismo en la reclamación de la filiación extramatrimonial, porque pueden verse de manera separada tanto la paternidad como la maternidad extramatrimoniales en tal modo que la prueba de ésta última no necesariamente sobre aquella.

2) Estado civil del presunto hijo respecto de la madre, en tratándose de procesos en que se reclame la paternidad extramatrimonial, cuando el demandante aduce relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre. Qué busca demostrar en estos casos el acta de nacimiento.
Igual sentido: Cas. Agosto 20 de 1981, G.J.CLXVI, p 505 y ss.

3) Filiación materna: Disposición cuando la acción reclamatoria de una paternidad extramatrimonial se funda en los numerales 4 y 6 del artículo 6o. de la ley 75 de 1968, esto es que "entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales" en la época en que tuvo lugar la concepción; o cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.
Igual sentido: Sentencias del 13 de agosto de 1954, Tomo LXXVIII, 295, 29 de enero de 1962, Tomo XCVIII, 12; 2 de septiembre de 1964, Tomo CVIII, 229; y 9 de febrero de 1970, Tomo CXXXIII, 48; CVIII, 229.

4) Apreciación de la prueba testimonial respecto del trato carnal de la pareja.

5) Eficacia de la prueba testimonial.
Igual sentido : Cas. Ago. 14 de 1973, Cas. Dic. 13 de 1983

19/07/1994

PRUEBAS/ TESTIMONIO-Ratificación/ TESTIMONIO EXTRAPROCESO/ SUPLICA ..... Pag. 99

1) La totalidad de las pruebas que se quieren hacer actuar en un litigio judicial deben pedirse en la demanda para ser practicadas directamente en el proceso.

2) Requisitos que ha de reunir en concurrencia simultánea, para la ratificación de los testimonios rendidos fuera del proceso ante notarios o alcaldes y con fines judiciales.

3) Improcedencia en este evento del recurso de súplica.

PONENTE : SALA

AUTO DE SUPLICA (230)
FECHA : 19/07/1994
DECISION : MANTIENE AUTO RECURRIDO EN SUPLICA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS ROJAS, MARIA MERCEDES y BELTRAN ROJAS, MARIO
DEMANDANTE MORALES, BLANCA NIEVES
INTERPUESTO POR : BELTRAN ROJAS, LUIS MARIO.
PROCESO : 004743
PUBLICADA : S
DETALLE PUB : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 229, 208, 298 ibídem.

COSA JUZGADA / DERECHO DE GENTES / PRINCIPIOS / PRINCIPIO SUSTANCIAL / PRINCIPIO PROCESAL / EXEQUATUR ..... **Pag. 75**

1) La autoridad de la cosa juzgada no se deriva del derecho de gentes, sino que recibe su fuerza del ordenamiento civil de cada nación.

2) Excepción al principio general de independencia de los fueros.

3) Principios sustanciales y procesales para permitir que decisiones de otros países surtan efectos en Colombia.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE EXEQUATUR (090)
FECHA : 19/07/1994
DECISION : CONCEDE EXEQUATUR
PROCEDENCIA : CORTE DE DISTRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS DISTRITO SUR DE LA FLORIDA.
CIUDAD : DTO. SUR DE LA FLORIDA
SUJETOS :
DEMANDADO DUQUE PEÑA, LUIS A.
DEMANDANTE Bancos mencionados
SOLICITADO POR : MELLON BANK INTERNATIONAL; NORWEST BANK INTERNATIONAL; CRESTAR BANK N.A.; SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION; SOUTH EAST BANK N.A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION; THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY; NCNB NATIONAL BANK OF NORTH CAROLINA
PROCESO : 005894
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.. Extracto: 121
E.F. art.693 y 691 del C. de P.C.

ABOGADO
No todo profesional en las disciplinas jurídicas conoce los pormenores de una determinada normatividad.

ORDEN PUBLICO/ EXEQUATUR ..... **Pag. 75**
1) Concepto de "orden público".

2) Dentro de las llamadas normas de orden público, se encuentran entre otras las normas de derecho de familia y las que determinen el régimen monetario del Estado y, entre éstas, el control de las operaciones de cambio exterior.
Igual sentido: sentencia del 14 de diciembre de 1973, T. CXLIX, 281; Sentencia de 17 de octubre de 1989

3) El orden público que ha de apreciarse como relevante al decidir sobre el exequatur, es el existente al momento del otorgamiento de éste y no al momento de proferirse la decisión extranjera.

4) La solución dada en una sentencia puede ser contraria al orden público y, por ende, no ser posible su exequatur, aunque la ley en que se basó sí se ajuste al orden público nacional.

REGIMEN CAMBIARIO/ MONEDA EXTRANJERA/ PAGO/ OPERACION DE CAMBIO/ OBLIGACION EXTRANJERA ..... **Pag. 77**
1) Carácter de derecho público del control de cambios.
Igual sentido: C.S.J. Sentencia de 17 de octubre de 1989.

2) Transformación notoria en la filosofía general de las garantías en moneda extranjera por parte de un residente en Colombia respecto de operaciones de cambio.

3) No extinción de obligación extranjera por presunta imposibilidad técnica de cumplimiento.

4) Doctrina sobre el pago en moneda extranjera.

RECIPROCIDAD-Clases/ CARGA DE LA PRUEBA ..... **Pag. 76**
La reciprocidad a que alude el art. 693 del C. de P.C., puede ser positiva o negativa y legal o de hecho, entendiendo que la primera es basada en la ley escrita mientras que la segunda procede o emerge de la jurisprudencia. Y correspondiéndole la carga de la prueba en los dos supuestos a que se solicita el exequatur, la dificultad de satisfacerla es mucho mayor cuando se trata de la llamada reciprocidad de hechos.

TESTIMONIO-Ratificación/ TESTIMONIO DEL ABOGADO/ Ley extranjera / DOCUMENTO/ ESTADO DE LA FLORIDA ..... **Pag. 99**
1) El requisito de la ratificación y citación de la contraparte, no lo exige el art. 188 del C. de P.C.

7) Cuáles son oraciones deben ratificarse en un proceso.

3) Los testimonios rendidos por abogados en el exterior para dar fé del contenido de la ley extranjera, por la materia sobre la cual versan, difieren de la simple declaración de un tercero sobre hechos que le constan.

4) Indole especial del testimonio a que se refiere el art. 188 del C. de PC. Cuando ésta clase de testimonios se hacen constar por escrito, sistema que por lo cierto es el normal, su tratamiento procesal adecuado es el que corresponde darle a los documentos declarativos emanados de terceros con función meramente informativa, siéndoles aplicables por consiguiente el artículo 22, num. 2o., del Decreto 2651 de 1991.

5) Lo dicho por los abogados sobre la reciprocidad objeto de indagación en este evento, por sí mismo, dá paso para considerarla probada entre Colombia y el Estado de la Florida, integrante de la Unión Americana.

DERECHO ANGLOSAJON/ PRINCIPIO DE LA AUTORIDAD DEL PRECEDENTE LEGAL/ LEY ..... **Pag. 76**

1) Objeto de las decisiones judiciales en el derecho anglosajón.

2) Respetabilidad del principio de la autoridad del precedente legal, en los países que lo han acogido.

3) La "ley" en el sistema anglosajón.

27/07/1994

TITULO VALOR/ CHEQUE/ DOCUMENTO FORMAL/ LETRA DE CAMBIO/ RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/ PAGO/ CUENTA CORRIENTE/ OBLIGACION DEL BANCO. (2) ..... **Pag. 103**

1) Condiciones de forma, que además de las generales de todo título valor, ha de sujetarse el cheque.

2) Carácter de documento formal de la letra, el pagaré o cualquier otro título.

3) Cuando el derecho a la orden incondicional del pago del cheque se subordina a una modalidad que le resta al tenedor la posibilidad de pago inmediato, el título que en estas circunstancias se haya emitido, no tiene el carácter de cheque.

4) Finalidad y característica —no instrumento de circulación— del Cheque. Distinción de éste con la letra de cambio. Derechos que se adquieren mediante aquél.

5) Responsabilidad contractual por parte de un banco, en tratándose del pago de cheques.

6) Alcance y características del contrato de cuenta corriente bancario. Obligación del Banco de pagar en principio hasta el importe del saldo disponible del librador, los che-

ques que éste gira contra su cuenta.
Igual sentido: Sent. 29 nov. de 1976, jurisprudencia de la Corte, pág. 249.

7) La falta en el cheque del requisito de la firma de quien lo crea, dá lugar a la excepción de que trata el num. 4o. del art. 784 del C. Co.

8) La firma es completa cuando concurren tanto la firma propiamente tal, como el aditivo mecánico.

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL JUZGADOR (091)
FECHA : 27/07/1994
DECISION : NIEGA PRETENSIONES DE LA DEMANDA
PROCEDENCIA :
CIUDAD :
SUJETOS :
DEMANDADOS SALAZAR RAMIREZ, ARIEL
VARGAS HERNANDEZ, CLARA INES; VALENCIA COPETE, CESAR JULIO
DEMANDANTE ROA ROA, IRO
PROCESO : 004366
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág: Extracto: 122
FUENTE FORMAL : C. de Co. Art.: 713; 621, 712, 620, 1382, 1385, 1388, 1391, 784.

EXHIBICION DOCUMENTAL/ INSPECCION JUDICIAL/ LIBROS DE COMERCIO/ SUPLICA ..... **Pag. 133**

1) En el presente caso, no se cumplió con los requisitos exigidos para tal efecto por el artículo 284 del C. de P.C., para que se decretara la exhibición de los documentos materia de inspección judicial.

2) El cumplimiento de tales requisitos adquiere especial connotación legal en tratándose de exhibición de libros y papeles de los comerciantes.

3) Improsperidad en este evento, del recurso de súplica.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
AUTO DE SUPLICA (246)
FECHA : 27/07/1994
DECISION : NIEGA RECURSO DE SUPLICA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO Banco Ganadero
DEMANDANTES Pérez Salazar, Fernando Antonio y Romero Peña, Gabriel

PROCESO : 008846
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Extracto: 123
FUENTE FORMAL : C. de PC. Art.: 247, 284, 288, 61, 62, 63, 64, 65 ibidem; C. de PC. Art.: 288, 363 ibidem.

PRESUPUESTO PROCESAL/ RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ/ HERMENEUTICA JURIDICA/ ERROR INEXCUSABLE (1) ..... **Pag. 103**

1) Cumplimiento de los presupuestos procesales, en este debate.

2) Presupuestos para reclamar la responsabilidad civil de los jueces.
Igual sentido: Fallos del 29 de septiembre de 1972, G.J. CLXV, pág. 202; y 20 de mayo de 1993, sin publicar.

3) La hermenéutica, como actividad humana, es susceptible de errores. Categoría de inexcusable del yerro en la interpretación de la norma jurídica. Qué debe entenderse por "error inexcusable".
Igual sentido: Sentencia del 26 de octubre de 1970 G.J. T. CXLIII, pág. 228 y siguientes; Sentencia del 24 de septiembre de 1982; Cas. Civ. 23 de oct. 72 G.J. CXLIII, pág. 229.

CONDENA EN CONCRETO / PERJUICIOS / DERECHO DE DEFENSA ..... **Pag. 104**

Puesto que la condena a pagar los perjuicios ocasionados con la demanda ordinaria de responsabilidad tiene causa en la absolución de los funcionarios demandados, mal podría el demandante ser condenado en concreto en detrimento de su derecho de defensa.

PONENTE : Eduardo Carreño Samudio
SENTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL JUZGADOR (091)
FECHA : 27/07/1994
DECISION : NIEGA PRETENSIONES DE LA DEMANDA
SUJETOS : DEMANDADOS SALAZAR RAMIREZ, ARIEL VARGAS HERNANDEZ, CLARA INES VALENCIA COPETE, CESAR JULIO.
DEMANDANTE ROA ROA, IBO
PROCESO : 009366
PUBLICADA : S.
DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág: Extracto: 122

28/07/1994

CASACION-Procedencia ..... **Pag. 138**

Para la procedencia del recurso de casación debe considerarse el valor actual de la resolución desfavorable a quien dicho medio de impugnación hace uso y no el que hubiere sufrido al inicio del proceso o el que pudiere experimentar en el futuro si sucedieran hechos que no están comprendidos dentro del litigio.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
AUTO DE QUEJA (237)
FECHA : 28/07/1994
DECISION : BIEN DENEGADO RECURSO DE CASACION
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : BARRANQUILLA
SUJETOS :
DEMANDADO Empresa Promotora de la Interconexión de los Gasoductos de la Costa Atlántica S.A. "Promigas S.A."
DEMANDANTE Gutiérrez Céspedes, Rafael Antonio
PROCESO : 005088
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 124
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 366.

CASACION-Justiprecio/ DICTAMEN PERICIAL/
CASACION-Cuantia ..... **Pag. 138**

Tiene el justiprecio pericial una especial fuerza vinculante para las autoridades judiciales involucradas en el trámite, habida consideración que en caso de ser acogido por el tribunal, la Corte no puede inadmitir el recurso bajo el pretexto de que el perito se equivocó al avaluar la cuantía del interés y así mismo cuando se deniega el recurso porque el justiprecio arroja un resultado cuantitativo inferior al límite legal, la Corte tampoco puede separarse del experticio.

PONENTE Carlos Esteban Jaramillo Schloss
AUTO DE QUEJA(237)
FECHA : 28/07/1994
DECISION BIEN DENEGADO RECURSO DE CASACION
PROCEDENCIA T.S.D.J.
CIUDAD BARRANQUILLA
SUJETOS
DEMANDADO Empresa Promotora de la Interconexión de los Gasoductos de la Costa Atlántica S.A. "Promigas S.A."
DEMANDANTE Gutiérrez Céspedes, Rafael Antonio
PROCESO : 005088
PUBLICADA Si
DETALLE PUB. 2o.SEMESTRE-3erTRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. Extracto: 124
FUENTE FORMAL C. de P.C. Art.: 366, 372 inc.2; DECRETO Numero: 522 Año: 1988 Art.: 2 y 3.

29/07/1994

CORRECCION MONETARIA ..... **Pag. 144**

Cada una de las cantidades que deben actualizarse constituye la base que debe ser objeto de

reajuste, de lo cual se colige que la actualización resulta de sumar a esa base la variación ocurrida entre la fecha del pago y la del último índice certificado por el DANE —base + variación— La variación a su vez se obtiene multiplicando la base por el índice final certificado, dividiendo por cien, pues esta corresponde a la devaluación porcentual entre las dos fechas.

PONENTE : Alberto Ospina Botero
SENTENCIA SUSTITUTIVA (092)
FECHA : 29/07/1994
DECISION : CONFIRMA PARCIALMENTE
PROCEDENCIA : J. 3 CIVIL Cto. TUNJA.
SUJETOS :
DEMANDADOS :RODRIGUEZ CORTES, MANUEL o RODRIGUEZ, MANUEL JOSE DEL CARMEN y otro.
DEMANDANTES :SALAZAR VIUDA DE RODRIGUEZ, BLANCA AZUCENA y Otras
PROCESO 001590
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 .

01/08/1994

AMPARO DE POBREZA: APODERADO ..... **Pag. 155**

Dos aspectos fundamentales deben considerarse dentro del instituto del amparo de pobreza: el primero, es el de quedar el amparado exonerado de pagar cauciones, honorarios y costas; y el segundo, es el que sin perjuicio de que pueda designarse un apoderado para que lo represente en el proceso, el juez le designe uno de oficio, siguiendo lo anterior que no necesariamente quien pueda el amparo de pobreza está obligado a actuar con un apoderado de oficio.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
AUTO DE QUEJA (242)
FECHA : 01/08/1994
DECISION : IMPROCEDENTE LA DESERCION DEL RECURSO DE CASACION
PROCEDENCIA : TS DJ
CIUDAD VANZALES
SUJETOS
DEMANDADO Velásquez García, Luis Alberto .....
DEMANDANTES Velásquez Gómez, María Sonia ; Velásquez Gómez, Augusto; Velásquez Gómez, José Lubier; Velásquez Gómez, Wilmar; Velásquez Gómez, Emma Shirley; Velásquez Gómez, María Elsa;
PROCESO : 005079
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL . C. de PC Art.: 165 Inciso 2.

02/08/1994

SENTENCIA - Aclaración / SENTENCIA - Adición .....Pag. 170

So pretexto de aclarar el fallo no puede el juzgador variar, de ninguna manera, lo ya decidido, pues se aclara lo que es confuso, lo que ofrece motivos de perplejidad o de duda, asunto que es por completo diferente a la modificación o revocación de la resuelto.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
AUTO DE REVISION (243)
FECHA : 02/08/1994
DECISION : DENIEGA SOLICITUD DE ACLARACION Y ADICION DE SENTENCIA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA,D.C.
SUJETOS :
INTERPUESTO POR U.R.B.S. ARQUITECTOS LTDA (en liquidación) y D.S.B.ARQUITECTOS DIEGO SUAREZ BETANCOURT
PROCESO : 004329
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 309, 310 ibídem.

REVISION-Característica/ COSTAS .....Pag. 170

En materia de revisión, por tratarse de un recurso extraordinario y no de un proceso con todas sus características, el legislador contempla una legislación especial que limita la condena en costas cuando el recurrente pierde el recurso de revisión, en tanto que cuando éste alcanza prosperidad solamente se establece la absolución de costas al recurrente sin que haya condena en costas a cargo del opositor.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
AUTO (243)
FECHA : 02/08/1994
DECISION : DENIEGA SOLICITUD ACLARACION Y ADICION DE LA SENTENCIA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
INTERPUESTO POR U.R.B.S. ARQUITECTOS LTDA (en liquidación) y D.S.B.ARQUITECTOS DIEGO SUAREZ BETANCOURT
PROCESO : 004329
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470.
FTE. C. de P.C. Art.: 380, 384 ibídem.

04/08/1994

CASACION-Cargos/ CASACION-Características .....Pag. 174

En el caso sub judice, era deber del recurrente acatar la formulación separada de los cargos, ya que en uno solo, como aquí se ha formulado, queda imposibilitada la Corte

para escoger una sola de las fundamentaciones o ambas pues ello le está vedado por el carácter dispositivo del recurso y la estructuración uniforme de la censura que pretende derribar el fallo.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (085)
FECHA : 04/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA
SUJETOS :
DEMANDADOS ROCHA DE GAVIRIA, CARMEN; ROMERO, MARIA ; YEPES, HERNAN; GUZMAN, NASARIO y PERSONAS INDETERMINADAS.
DEMANDANTE URIZA MELO, JAIME
PROCESO : 004319
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE. Tomo: CCXXXI Número: 2470
Exd.127

ERROR DE HECHO ..... **Pag. 188**
En tratándose del yerro de hecho, el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que fundase en las probabilidades y no en la certidumbre del yerro.
Igual sentido : G.J. tomo CXLII, pág. 245.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (095)
FECHA : 04/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA
SUJETOS :
DEMANDADOS ROCHA DE GAVIRIA, CARMEN; ROMERO, MARIA ; YEPES, HERNAN; GUZMAN, NASARIO y PERSONAS INDETERMINADAS.
DEMANDANTE URIZA MELO, JAIME
PROCESO : 001369
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE. Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numeral: 1.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-
Vía Indirecta/ ERROR DE HECHO-Requisitos ..... **Pag. 160**
1) La violación de normas de derecho sustancial por la vía indirecta y a consecuencia de haberse incurrido por el sentenciador en error evidente de hecho en la apreciación probatoria, exige que éste sea manifiesto, y trascendente.

2) El error de hecho ha de descartarse cuando para advertirlo se requiere de previos y más o menos forzados razonamientos, o si se manifiesta como una posibilidad y no como

una certeza.
[gual sentido: G J T.CXLII, pág.245.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (093)
FECHA : 04/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO OROZCO GARCIA, LUIS ENRIQUE
DEMANDANTE SUAREZ, LUIS ENRIQUE (menor), representado por Carmen Rosa Suárez Briceño.
PROCESO : 004351
PUBLICADA : Si
DETALLE P.U.B. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Números: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numerales: 1.

TECNICA DE CASACION/ CASACION-Causales/ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL/ INCONSONANCIA/ CASACION-Cargos/ PERJUICIOS/ CONDENA EN ABSTRACTO/ PROCESO PENAL/ CASACION-Caracteristicas/ CONGRUENCIA CON LOS HECHOS/ HECHOS ..... Pag. 174

1) La casación debe sujetarse a las reglas de técnica, entre las cuales está la autonomía y distinción de sus causales.

2) Distinción entre la causal primera y segunda de casación.

3) La regla de técnica de casación sobre la autonomía de las acusaciones aún conserva su intangibilidad cuando se trata de causales diferentes, lo que impone que estas se invoquen en cargos separados; pues la facultad de la Corte para proceder a la separación de cargos formulados en forma unida, solamente se predica de la causal primera , esto es, por infracción de normas de derecho sustancial

4) Para verificar la suficiencia técnica de un recurso de casación formulado contra una sentencia civil relativa a la liquidación de perjuicios cuya condena prevista en abstracto había sido establecida en proceso penal, será necesario, de un lado, tener presentes los fundamentos sustanciales y probatorios en que descansa el fallo o los extremos procesales necesarios a que éste debió tener en cuenta para proferirse, a fin de proceder a la estructuración de los cargos con sujeción a la técnica de la causal primera o segunda y del otro, si en uno u otro caso hubo violación de la ley sustancial o procedimental permeante.

5) Carácter dispositivo del recurso de casación.

6) En el presente evento, si el censor acusó la inconsonancia del fallo con los "hechos de la demanda", no es menos cierto que omitió precisar e individualizar los hechos a los

que se refería, si eran todos o unos determinados, lo que (en el carácter dispositivo del recurso), le está vedado a la Corte completar.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACIÓN (094)
FECHA : 04/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO MORA BORDA, JUAN DE DIOS
DEMANDANTE VARGAS RINCON, GLORIA AMPARO
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004320
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE 3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 26
FUENTE FORMAL : DECRETO Num.: 2651 Año: 1991 Art.: 51; C. de P.P. Arts.: 46, 50, 55 ibidem; CODIGO PENAL Art.: 196, 197 ibidem.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA/ COMUNIDAD/ POSESION/ PRESCRIPCION ADQUISITIVA ORDINARIA ..... **Pag. 187**

1) En qué consiste la prescripción adquisitiva extraordinaria. Cuáles son los actos materiales del prescribiente.

2) Etapas de evolución del derecho colombiano en torno a la posibilidad legal de que un comunero excluya para sí la declaración judicial de que ha operado a su favor la prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria sobre derechos reales de los cuales es comunero con otros comuneros.

Igual sentido: Cas. de mayo 27 de 1947, LXII,78, G.J. tomo CXIX, Nos. 2285 y 2286; 1967, pág. 351; Cas. octubre 11 de 1945, LIX, 842/843; Sentencias de 14 de diciembre de 1970, G.J. XXIX, pág. 134, 27 de septiembre de 1923, G.J. XXX, pág. 136, 12 de agosto de 1936, G.J. tomo XLIII, pág. 516; 18 de enero de 1940, G.J. tomo XLIX, pág. 310; y 12 de abril de 1944, G.J. tomo LVII, pág. 155; falla de 26 de julio de 1950 (G.J. tomo LXVII, págs. 458 y siguientes); sentencia de 6 de diciembre de 1968 (G.J. tomo CXXIV, No. 2297, 1968, pág. 402)

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACIÓN (093)
FECHA : 28/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA
SUJETOS :
DEMANDADOS ROCHA DE GAVIRIA, CARMEN; ROMERO, MARIA ;

YEPES, HERNAN; GUZMAN, NASARIO y PERSONAS INDETERMINADAS.
DEMANDANTE URIZA MELO, JAIVE
PROCESO : 004319
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 127
FUENTE FORMAL : C.C. Art.: 779, 943, 2531 ibídem; C.C.A Art.: 2525;
LEY Num.: 50 Año: 1936 Art.: 1; LEY Num.: 51 Año: 1943; 413 reglas 1 y 4 del C. de P.C.;
DECRETO Num.: 2282 Año: 1989 Art.: 107; C. de P.C. art.: 698

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL/ RELACIONES SEXUALES/ TRATO PERSONAL Y SOCIAL/ PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA ..... Pag. 160

1) Disparidad de criterios entre el legislador de 1936 y el de 1968 por lo que a la índole de las relaciones sexuales como fundamento de la paternidad extramatrimonial atañe.

2) Como quiera que las relaciones sexuales no son objeto de percepción directa por terceros, como regla general, el legislador permite que ellas sean inferidas del trato personal y social de la pareja, acerca respecto del cual rige el principio de la libertad probatoria.
Igual sentido: G.J. T. CLXVI, No. 2407, pág. 498

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (093)
FECHA : 04/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO OROZCO GARCIA, LUIS ENRIQUE
DEMANDANTE SUAREZ, LUIS ENRIQUE (menor), representado por Carmen Rosa Suárez Briceño.
PROCESO : 004351
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB : 1er. SEMESTRE-3er TRIMESTRE Tomo: CCXXXII Número: 2470 Pág. Extracto: 125
FUENTE FORMAL LEY Num.: 45 Año: 1936 Art.: 4 ; Ley 75 de 1968 art. 6 num. 4

08/08/1994

PROMESA DE CONTRATO / COMPRAVENTA POR CABIDA / OBLIGACION DE ENTREGAR / COMPRAVENTA DE CUERPO CIERTO ..... Pag. 204

1) Garantía de cabida en la promesa de contrato.

2) Condiciones para que una garantía por cabida se pueda considerar configurada.

3) Función preponderante de la cabida en la economía del contrato.

4) Interpretación del inciso 2o. del art. 1887 del código civil.

5) Cuándo la venta de un inmueble debe entenderse que se hizo como especie o cuerpo cierto.
Igual sentido : G.J. Tomo CLV, pág. 188 G.J. CLI , pág. 210; G.J. Ts. LVI, pág. 603, LXXXI, pág. 399, LXXXVIII, pág. 102.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (096)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : BUCARAMANGA
SUJETOS
DEMANDADOS ALVAREZ QUINTERO, GONZALO MAGNO; INFANTE DE ALVAREZ, DORIS ANA; DIAZ AGUILAR, PEDRO; DIAZ DE PEREZ, ALCIRA AGUILAR TARAZONA, AGUSTINA.
DEMANDANTE DIAZ PIMIENTO, PEDRO AGUSTIN
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004221
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
E.F.: inc. 2 del art. 1887, 1888, 1889; inc 2 art. 1831, 1833, 15601 del C.C

ERROR DE HECHO-Modalidades/ ERROR DE HECHO Requisitos ..... **Pag. 204**

1) La llamada "casación por error de hecho" se polariza en uno de los extremos a saber: o bien que el juzgador no vea o ignore una prueba presente en el juicio, en consecuencia de lo cual desconoce el hecho que tal medio acredita, o bien que suponga como existente una prueba que no obra en el debate, dando como demostrado por ese medio imaginario un hecho que no ha sucedido, siendo que dentro de esas eventualidades queda comprendida por imperativo lógico la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición) o por cercenamiento del mismo (preterición).

2) Es indispensable que el censor demuestre que la apreciación hecha por el Tribunal, en tanto riñe con la objetividad misma de la prueba, resulta a todas luces contraevidente.
Igual sentido: Tomo CXLIII, pág. 212, G.J. Tomo CXLII, pág. 245; G.J. Tomo CXXXIX pág. 240.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (096)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : BUCARAMANGA

SUJETOS :
DEMANDADOS ALVAREZ QUINTERO, GONZALO MAGNO; INFANTE DE ALVAREZ, DORIS ANA; DIAZ AGUILAR, PEDRO; DIAZ DE PEREZ, ALCIRA; AGUILAR TARAZONA, AGUSTINA.
DEMANDANTE :DIAZ PIMIENTO, PEDRO AGUSTIN
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004221
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numral.: 1.

CASACION-Fines ..... **Pag. 204**

La meta final a que apunta el recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional mediante el aseguramiento de la recta inteligencia y de la cumplida aplicación de la ley sustancial.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (096):
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : BUCARAMANGA
SUJETOS :
DEMANDADOS ALVAREZ QUINTERO, GONZALO MAGNO; INFANTE DE ALVAREZ, DORIS ANA; DIAZ AGUILAR, PEDRO; DIAZ DE PEREZ, ALCIRA; AGUILAR TARAZONA, AGUSTINA.
DEMANDANTE DIAZ PIMIENTO, PEDRO AGUSTIN
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004221
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXX Número: 2470

ESCRITURA PUBLICA/ REGISTRO PUBLICO/ NEGOCIO JURIDICO ..... **Pag. 227**

Uno de los casos en que por ley debe ordenarse judicialmente la cancelación de una escritura pública y de su registro es, exactamente, cuando se anula por la jurisdicción un negocio jurídico, que para su perfeccionamiento exigió el otorgamiento de escritura pública y para la tradición del derecho enajenado la inscripción de ella en el competente registro.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097):
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :

DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL ; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL
PROCESO : 004231
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

ERROR DE HECHO-Modalidades ..... **Pag. 230**

El error de hecho evidente como forma de quebrantar el derecho sustancial por la vía indirecta, tiene que ver con establecer y demostrar que el sentenciador ha supuesto un medio de prueba que realmente no existe en los autos o ha ignorado la presencia del que sí obra en el proceso, hipótesis estas dos que comprenden la alteración o desfiguración del contenido objetivo de la prueba, bien sea por adición en su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición).

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS .
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL
PROCESO : 004231
PUBLICADA Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numeral: 1.

ERROR DE DERECHO Y DE DERECHO ..... **Pag. 230**

Punto común entre estas dos clases de yerros. No es dable acusarlos simultáneamente en el mismo cargo.

PONENTE : Carlos Estéban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA,D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL; FRANCO CASTAÑEDA,

MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL.
PROCESO : 00123
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Numero: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numeral.: 1. Art.: 374 ibidem.

NULIDAD SUSTANCIAL ..... **Pag. 227**
El efecto legal y natural de toda declaración judicial de nulidad es, en principio, dejar retroactivamente sin efectos el acto invalidado.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA,D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL.
PROCESO : 00123
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Numero: 2470
FUENTE FORMAL : C.C. Art.: 1746.

PRESUPUESTO PROCESAL/ DEMANDA EN FORMA/ PODER/ NULIDAD PROCESAL/ INDEBIDA REPRESENTACION/ ERROR IN PROCEDENDO/ EXCEPCION PREVIA ..... **Pag. 228**
1) Hipótesis en que se da la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma.

2) La omisión de no acompañar a la demanda el poder para iniciar el proceso, configura la causal de nulidad de indebida representación de las partes.

3) Constituirá la causal quinta de casación, cuando el procurador judicial no se encuentra revestido de poder o mandato.

4) En el supuesto de configurarse error in procedendo por falta de poder o poder defectuoso en la especie de nulidad procesal, esta presunta irregularidad no podría alegarse en

casación, por estar tipificada en ese evento por hechos que pudiéndose proponer como excepción previa, no lo fueron.
Igual sentido: G.J. Tomos CXXXIX, 166; CLI, 303 y G.J. CLXXVI, p.42.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE.
SUJETOS :
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL.
PROCESO : 0823 1
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 140 Numeral: 7, Art.: 368 Numeral: 5, 97 y 100 ibídem.

CASACION-Causales ..... **Pag. 230**
Independencia y autonomía de las causales de casación.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL ; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA MARIA SANTOS FRANCO GARCIA;
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL
PROCESO : 0823 1
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-
Vía Directa/ INTERPRETACION CONTRACTUAL ..... **Pag. 230**
Eventos en que es viable un cargo en casación por error jurídico o violación directa en punto a la interpretación de los contratos.

Igual sentido: G.J. t. XXVIII, pág. 564.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL ; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA, MARIA SANTOS FRANCO GARCIA;
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL
PROCESO : 004231
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

NOTARIO/ REGISTRADOR .....**Pag. 227**

Desde el punto de vista jurídico el Notario y el Registrador por principio, carecen de competencia para desconocer o dejar de cumplir una decisión judicial, que luego de haberse impugnado por todas las vías legalmente posibles, ha adquirido firmeza y hace tránsito a cosa juzgada.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL
PROCESO : 004231
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : DECRETO Num.: 960 Año: 1970 Art.: 45; DECRETO Num.: 1250 Año: 1970 Art.: 40.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL/ TESTIMONIO/ RELACIONES SEXUALES .....**Pag. 270**

1) Filosofía de legislador de 1936 y el de 1968, en tratándose de la demostración de las

causales que sirven para hacer la declaración judicial de hijo extramatrimonial.
Igual sentido: G.J. T. CLXXXVIII, número 2427, 1987, segundo semestre, pág. 54.

2) En la ponderación que el juzgador debe hacer de la prueba testimonial para la demostración de uno cualquiera de los hechos indicadores de la existencia de relaciones sexuales, no debe haber un desmedido rigor.
Igual sentido: Cas. Civ. de 2 de junio de 1958, LXXXVIII, 124; 21 de febrero de 1964, CVI, 141; 21 de marzo de 1980, no publicadas; sentencia de casación, 4 de agosto de 1992, ordinario Trinidad Orjuela de Castañeda contra Luis Antonio Valero Espitia y otros, como herederos de Aristides Valero Espitia.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (099)
FECHA : 08/08/1994
DECISION NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADOS GOMEZ VDA DE SEGURA, FRANCISCA; cónyuge sobreviviente PAEZ SEGURA EMILIANO Y herederos de éste.
DEMANDANTES : SEGURA ORTEGON, GUSTAVO DOMINGO; SEGURA, EMILIANO; SEGURA, ANA ELVIA; SEGURA, SUSANA MARLEN; SEGURA, SUSANA DORIS, SEGURA, IRMA MARIA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 001358
PUBLICADA Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3erTRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Inserción: 132
FUENTE FORMAL : LEY Num.: 75 Año: 1968 Art. 6; LEY Num.: 45 Año: 1936 Art.: 4.

AUTONOMIA DEL JUZGADOR/ JUZGADOR DE INSTANCIA/ VALORACION PROBATORIA/ PRESUNCION DE ACIERTO/ ERROR DE HECHO Y DE DERECHO ..... **Pag. 270**
Autonomía de juzgador de instancia en la misión de valorar las pruebas. Razón ésta que conduce a que por la presunción de acierto en el juzgamiento, la cuestión fáctica, en principio, se halle sustraída de constituir motivo de casación, salvo el caso en que el sentenciador hubiere incurrido en error protuberante en la apreciación de las pruebas, ya de hecho, que sea manifiesto y trascendente; ora de derecho, por el desconocimiento o violación de normas de disciplina probatoria.

Igual sentido: Cas. Civ. 17 de junio de 1967, G.J. tomo CVII, pág. 288, reiterado en sentencia de 6 de julio de 1987, G.J. CLXXX, No. 2427, pág. 56.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (099)
FECHA : 08/08/1994

DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADOS GOMEZ VDA DE SEGURA, FRANCISCA; cónyuge sobreviviente PAEZ SEGURA EMILIANO Y herederos de éste.
DEMANDANTES : SEGURA ORTEGON, GUSTAVO DOMINGO; SEGURA, EMILIANO; SEGURA, ANA ELVIA; SEGURA SUSANA VARLIN; SEGURA SUSANA DORIS; SEGURA, IRMA MARIA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004358
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Numero: 2470 Pág. Extracto: 137
FUENTE FORMAL : C. de PC. Art.: 368 Numeral: 1, 374 num 3 ibidem

TECNICA DE CASACION/ CASACION-Cargos ..... **Pag. 229**
La técnica del recurso de casación exige autonomía e independencia de los cargos.
Igual sentido: G.J. t. CLXXVI, pág.46.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA,D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE OLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO, FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL.
PROCESO : 004231
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Numero: 2470

HECHOS/ PRETENSION/ DEMANDA-Requisitos ..... **Pag. 229**

¿Cómo deben ser los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, expresados en la demanda?.

PONENTE : CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA

PROCEDENCIA : T.S.D.J
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS .
DEMANDADOS :FRANCO GARCIA, MIGUEL; FRANCO CASTAÑEDA, MIGUEL EDUARDO; FRANCO DE GLANDEN, DORIS.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA; MARIA SANTOS FRANCO GARCIA;
INTERPUESTO POR FRANCO GARCIA, MIGUEL.
PROCESO : 004231
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto:
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 75 Numeral: 6.
Extracto: 151

INCONGRUENCIA/ CONGRUENCIA CON LOS HECHOS/ CONGRUENCIA CON LA CAUSA/ DERECHO DE DEFENSA/ ERROR IN PROCEDENDO/ ERROR DE HECHO/ INTERPRETACION DE LA DEMANDA/ DONACION ..... **Pag. 226**

1) Filosofía del legislador de 1970 y el de 1989, en tratándose de la incongruencia como causal de casación.

2) La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a la composición del juez y con apoyo en los hechos alegados como causa petendi, pues si se fundó en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario.

3) Diferencia entre el error in procedendo, tipificador de la incongruencia, y el error de hecho en que se puede caer al apreciar la demanda, propio de la causal primera de casación.

4) En el presente caso se compara la resolución de anulación absoluta de una donación con los fundamentos de hecho que los demandantes invocaron en su demanda.
Igual sentido: Fallo de 28 de noviembre de 1977; sentencia del 15 de octubre de 1993.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (0/7)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS .
DEMANDADOS GOMEZ VDA DE SEGURA, FRANCISCA; SUC. DE EMILIANO PAEZ SEGURA; PAEZ GOMEZ, EMILIANO; PAEZ SEGURA, ABIGAIL; HROS. DESCONOCIDOS del causante.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA

VDA. DE VASQUEZ. ANA GRACIELA herederos de: VARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR : Parte demandada
PROCESO : 0423 .
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE. Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág : Extracto: 329
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 305, 368 num. 2, DECRETO Num.: 2282 Año: 1989.

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS ..... **Pag. 226**
Sólo en el supuesto de imposibilidad de ejecución simultánea de las varias resoluciones de la misma sentencia, la causal tercera de casación tendrá virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado.
Igual sentido: G.J. Tomo CXLVI, 45.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (093)
FECHA : 05/05/1992
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS GOMEZ VDA DE SEGURA, FRANCISCA; SUC. DE EMILIANO PAEZ SEGURA; PAEZ GOMEZ, EMILIANO; PAEZ SEGURA, ABIGAIL ; HROS. DESCONOCIDOS del causante.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO. FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ. ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 0423 1
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB : 2o.SEMESTRE 3er.TRIMESTRE Tomo. CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : art. 368 num 3 del C de P.C.

INEPTITUD DE LA DEMANDA
INTERPRETACION DE LA DEMANDA ..... **Pag. 229**
1) Cómo debe ser el defecto que debe presentar una demanda para que se la pueda calificar de inepta?.

2) En la interpretación de una demanda existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo.
Igual sentido: G.J. Tomo XLIV, pág. 459.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss

SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS GOMEZ VDA DE SEGURA, FRANCISCA; SUC. DE EMILIANO PAEZ SEGURA, PAEZ GOMEZ, EMILIANO, PAEZ SEGURA, ABIGAIL; HROS. DESCONOCIDOS del causante.
DEMANDANTES FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004231
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3erTRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 331

CAPACIDAD DE GOCE/ CAPACIDAD LEGAL/ CAPACIDAD PARA SER PARTE/ CAPACIDAD PROCESAL/ SUCESION/ PERSONAS/ REPRESENTACION/ PATRIMONIO AUTONOMO/ HEREDERO-Calidad/ DEMANDA-Inadmisión/ EXCEPCION PREVIA/ MEDIO NUEVO ..... Pag. 227

1) La capacidad de las personas es de dos clases: la capacidad de goce o sustancial y la capacidad legal. En qué consiste cada una de ellas. Estas dos nociones se proyectan al Derecho Procesal, en el cual se conocen con las denominaciones de capacidad para ser parte y capacidad procesal, pues mientras la primera consiste en la capacidad para ser sujeto de una relación procesal, corresponde a toda persona, ya sea natural o jurídica, por el solo hecho de serlo, la segunda, la capacidad para comparecer en el juicio o capacidad procesal, se traduce en la aptitud de la persona para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, se identifica con la capacidad legal o de ejercicio del derecho civil y como tal sólo la tienen las personas que sean legalmente capaces. Qué persona es capaz para comparecer en juicio?
Igual sentido: G.J. Tomo CXXXVI, pág. 97; G.J. t. CLXVI, pág. 547.

2) El hecho de que la sucesión no sea persona, ni tenga por ende representantes, no significa que no se la pueda demandar, ni demandar para esa comunidad universal. Mediante la teoría del "patrimonio autónomo" ello es posible, pero siempre a través de los herederos.
Igual sentido: sentencia de 15 de septiembre de 1983

3) Cuando falta la prueba de la calidad de heredero de una sucesión, hay ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte. Dicha calidad, cuando se invoca para ser parte ha de acreditarse ab initio, pues de no hacerlo, la demanda es inadmisible, o de admitirse, esa ausencia de prueba tipifica una excepción previa o de forma, que el demandado debe proponer al tiempo con la contestación de la demanda, so pena de convalidar la informalidad. Constituyen en casación de medio nuevo cuando los demandados pudieron haber alegado como tal excepción la falta de esa prueba y sin embargo no lo

hicieron.
Igual sentido G.J. XCI; CXXXVII, pág. 821

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (097)
FECHA : 08/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADOS GOMEZ VDA DE SEGURA, FRANCISCA; SUC. DE EMILIANO PAEZ SEGURA; PAEZ GOMEZ, EMILIANO; PAEZ SEGURA, ABIGAIL; HROS. DESCONOCIDOS del causante.
DEMANDANTES :FRANCO GARCIA, JAIME ANTONIO; FRANCO GARCIA VDA. DE VASQUEZ, ANA GRACIELA herederos de MARIA SANTOS-FRANCO GARCIA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004231
PUBLICADA : S.
DETALLE PUB : 2o. SEMESTRE-3er TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 130
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 44, 75 num. 12, 77 num.5, 85 num.2, 98 y 100 ibídem.

09/08/1994

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL/
RELACIONES SEXUALES .....Pag. 286
Principios para demostrar el trato del cual se infieran las relaciones sexuales.

Igual sentido fallo del 16 de diciembre de 1989, sin publicar: G.J. T. CXLVIII, pág. 190; G.J. T. CXLIII, pág. 72

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE CASACION (100)
FECHA : 09/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADO ESTUPIÑAN RINCON, JOSE ANTONIO
DEMANDANTE FORERO, LUZ DARY (menor), representada por MARIA LILIA FORERO RATIVA.
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004081

PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 133
FUENTE FORMAL : LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 6 Numeral.: 4, 92 ibídem.

PRUEBA-Valoración en Conjunto/
ERROR DE DERECHO ..... Pag. 286
El juzgador debe apreciar el conjunto probatorio como lo manda el artículo 187 del C. de P.C. Su inobservancia, no constituiría error de hecho sino de derecho.

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE CASACION (100)
FECHA : 09/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADO ESTUPIÑAN RINCON, JOSE ANTONIO
DEMANDANTE FORERO, LUZ DARY (menor), representada por MARIA LILIA FORERO RATIVA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 00408
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE 3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 133
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 187.

TESTIMONIO SOSPECHOSO ..... Pag. 287
El mero vínculo de parentesco no constituye motivo de sospecha, sino cuando esa relación recide en el dicho de manera que conduzca a parcialidad. Dicha relación obliga a un examen más cuidadoso de la exposición para no desarmar de un voz la prueba.

Igual sentido : Sentencia del 25 de julio de 1990, Extractos de Jurisprudencia, T. 3, 1990, pág. 82

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE CASACION (100)
FECHA : 09/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : Tunja
SUJETOS :
DEMANDADO ESTUPIÑAN RINCON, JOSE ANTONIO
DEMANDANTE FORERO, LUZ DARY (menor), representada por MARIA LILIA FORERO RATIVA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 00408

PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 133
FUENTE FORMAL : C. de PC. Art.: 228.

TESTIMONIO-Grupo de Testigos/ ERROR DE HECHO ..... Pag. 287
Si habiendo dos grupos de testigos el fallador acoge uno de los dos para dar por demostrado un hecho que se discute, sin que la deducción que de esa probanza riña con la verdad evidente ni con la lógica, no incurre en error de hecho manifiesto.

Igual sentido : Sentencia del 9 de febrero de 1988, no publicada.

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE CASACION (100)
FECHA : 09/08/1991
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADO ESTUPIÑAN RINCON, JOSE ANTONIO
DEMANDANTE FORERO, LUZ DARY (menor), representada por MARIA LILIA FORERO RATIVA.

PROCESO : 0826(8)
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 133

TESTIMONIO-Valoración en Conjunto ..... Pag. 287
Cuando se trata de la prueba testimonial, no se puedeu analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que debe serlo en su conjunto para deducir su verdadera significación.

Igual sentido : Cas. Civ. de 21 de febrero de 1964, CVI, 240

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE CASACION (100)
FECHA : 09/08/1991
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADO ESTUPIÑAN RINCON, JOSE ANTONIO
DEMANDANTE FORERO, LUZ DARY (menor), representada por MARIA LILIA FORERO RATIVA.
INTERPUESTO POR Parte demandada

PROCESO : 03408
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 133

AUTONOMIA DEL JUZGADOR/ JUZGADOR DE INSTANCIA/ VALORACION PROBATORIA/ ERROR DE HECHO ..... Pag. 287

Soberanía del juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas salvo error evidente de hecho.

Igual sentido: Sentencia del 9 de octubre de 1992, no publicada.

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE CASACION : 0189
FECHA : 19/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADO ESTUPIÑAN RINCON, JOSE ANTONIO
DEMANDANTE FORERO, LUZ DARY (menor), representada por MARIA LILIA FORERO RATIVA.
PROCESO : 03408
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE 3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 133

DICTAMEN PERICIAL/ PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Causales/ ERROR DE DERECHO ..... Pag. 287

1) La probanza a que se contrae el artículo 7o. de la Ley 75 de 1968 —dictámen pericial— es todavía una prueba, no una causal de paternidad.

2) El hecho de no haberse dado oportunidad de controvertir esa prueba se torna intrascendente en su eficacia: su valoración constituiría un error de derecho.

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE CASACION : 0189
FECHA : 19/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADO ESTUPIÑAN RINCON, JOSE ANTONIO
DEMANDANTE FORERO, LUZ DARY (menor), representada por MARIA LILIA FORERO RATIVA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 03408
PUBLICADA : S

DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Fracción: .33
FUENTE FORMAL : Clase: LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 7.

ERROR DE HECHO-Modalidades/
ERROR DE HECHO-Requisitos ..... **Pag. 286**
La impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis estas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición).
Contraevidencia y trascendencia de esta clase de yerro.
Igual sentido G. J. t. CLI., pág. 210

PONENTE : Eduardo García Sarmiento
SENTENCIA DE CASACION (.086)
FECHA : 09/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADO ESTUPIÑAN RINCON, JOSE ANTONIO
DEMANDANTE FORERO, LUZ DARY (menor), representada por MARIA LILIA FORERO RATIVA.
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 001081
PUBLICADA : SI
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Fracción: 133
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numeral: 1.

11/08/1994

ERROR DE HECHO/TESTIMONIO ..... **Pag. 305**
1) Eventos en que el juzgador incurre en error de hecho.
2) Cuando se comete esta clase de yerro en razón de la prueba testimonial

3) Evidencia del yerro fáctico.

Igual sentido: Casación de 25 de febrero de 1988; Casación de mayo 6 de 1991.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (102)
FECHA 11/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.

CIUDAD : SANTIAGO DE CALI
SUJETOS :
DEMANDADO PARADA, JOSE NOE
DEMANDANTE FRANCO, VARIA ISABEL
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : (003790)
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE.- Tomo: CCXXXI Número: 2470 Extracto: 134
FUENTE FORMAL : C. de P.C. art.: 368 Numeral. 1.

PRUEBA - Valoración en Conjunto / INDICIO ..... **Pag. 305**
La prueba en general y los indicios en particular, deben ser apreciados en conjunto. Importancia de la prueba indiciaria. Si del hecho indiciario no se llega un convencimiento pleno, la deducción viene a ser caprichosa cuando se dá por establecido un hecho indicado con base en un hecho indicador o medio de prueba.
Igual sentido: Cas. Civ. 12 de marzo de 1992.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACIÓN (102)
FECHA : 11/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S. D.J.
CIUDAD : SANTIAGO DE CALI
SUJETOS :
DEMANDADO PARADA, JOSE NOE
DEMANDANTE FRANCO, VARIA ISABEL
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 003790
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE.- Tomo: CCXXXI Número: 2470 Extracto: 135
FUENTE FORMAL : art. 248 del C. de PC.

SOCIEDAD DE HECHO
CONCUBINARIA/ ANIMUS SOCIETATIS ..... **Pag. 305**
1) En el solo hecho del concubinato no se forma sociedad alguna entre los amantes, pero puede acontecer que ellos surgiera en forma paralela y con identidad propia una sociedad de hecho.

2) En qué consiste la affectio o animus societatis entre concubinos.

Igual sentido: Sentencia de 7 de febrero de 1958

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (103)
FECHA : 11/08/1994

DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.
CIUDAD : SANTIAGO DE CALI
SUJETOS :
DEMANDADO PARADA, JOSE NOE
DEMANDANTE FRANCO, MARIA ISABEL
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 003790
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE 3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 136

16/08/1994

CASACION-Copias/ CASACION-Carga Procesal/ CASACION-Deserción .....Pag. 325

Recae en el Tribunal la obligación de ordenar en el auto que concede el recurso de casación, que se suministre lo necesario para la expedición de copias, señalando las que considere indispensables para la ejecución de la sentencia. Pero si el Tribunal no las ordena, al recurrente corresponde solicitar la expedición de copias cuando la sentencia sea susceptible de ejecutarse, sin pretexto de que la omisión o negativa del Tribunal lo libere de la carga procesal que también le corresponde. En el caso sub judice, se declara desierto el recurso de casación por no haberse cumplido tal carga procesal.

Igual sentido. Autos del 25 de enero y 11 de febrero de 1994

PONENTE Rafael Romero Sierra
AUTO DE CASACION (258)
FECHA : 16/08/1994
DECISION : INADMISIBLE Y DESIERTO RECURSO DE CASACION
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CARTAGENA
SUJETOS :
DEMANDADO Ramos Pérez, Raúl Roberto
DEMANDANTE Eduardo Luis Monzón, representado por Monzón Beltrán, Mantza Isabel
PROCESO : 005108
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL C. de P.C. Art. 373 inciso 3°, Ext.137.

22/08/1994

CARGA DE LA PRUEBA/ PRESUNCION DE PATERNIDAD .....Pag. 329

Carga de la prueba, en tratándose de la presunción de paternidad.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACIÓN (105)
FECHA : 22/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GOMEZ GIRALDO, ROBERTO ; GOMEZ GIRALDO, ANIBAL; GOMEZ GIRALDO, MARIA DEL SOCORRO; GOMEZ GIRALDO, MARIA JOSEFINA; GOMEZ GIRALDO, CARMEN; GOMEZ GIRALDO, JAIRO; GOMEZ GIRALDO, EDELMIRA; y Herederos Indeterminados de Luis Carlos Gómez Giraldo.
DEMANDANTE : GOMEZ ARGEMIRO
PROCESO : 003890
PUBLICADA : S
DETALLE PUB : 2o.SEMESTRE Tomo CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : LEY Número 75 Año. 1968

ERROR DE DERECHO/ DICTAMEN PERICIAL/ PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLOGICA ..... **Pag. 342**

1) Error de derecho en tratándose de la notificación personal para la práctica de la perita ción antropoheredobiológica.

2) Cuándo se incurre por el fallador en error de derecho.
Igual sentido. Cas. Marzo 16 de 1993: G. J. XCI, 62.

PONENTE : Héctor María Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (105)
FECHA : 22/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GOMEZ GIRALDO, ROBERTO ; GOMEZ GIRALDO, ANIBAL; GOMEZ GIRALDO, MARIA DEL SOCORRO; GOMEZ GIRALDO, MARIA JOSEFINA; GOMEZ GIRALDO, CARMEN; GOMEZ GIRALDO, JAIRO; GOMEZ GIRALDO, EDELMIRA; y Herederos Indeterminados de Luis Carlos Gómez Giraldo
PROCESO : 003890
PUBLICADA : S
DETALLE PUB : 2o.SEMESTRE Tomo CCXXXI Número 2470

CONFESION ..... **Pag. 329**

Cuándo una confesión es expresa.

PONENTE : Héctor María Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (105)
FECHA : 22/08/1994

DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GOMEZ GIRALDO, ROBERTO ; GOMEZ GIRALDO, ANIBAL; GOMEZ GIRALDO, MARIA DEL SOCORRO; GOMEZ GIRALDO, MARIA JOSEFINA; GOMEZ GIRALDO, CARMEN; GOMEZ GIRALDO, JAIRO; GOMEZ GIRALDO, EDELMIRA; y Herederos Indeterminados de Luis Carlos Gómez Giraldo.
PROCESO : 003890
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o SEMESTRE Tomo: CCXXXI Numero: 2470

TESTIMONIO/ VALORACION PROBATORIA ..... Pag. 329

1) Con miras a valorar la prueba testimonial, el Juzgador debe reparar en tres aspectos, la verosimilitud y la coherencia de la declaración. Lo primero implica un cálculo de probabilidades en el camino a la certeza. Y lo segundo atañe a la armonía del relato, y en tal sentido, debe estar desprovisto de contradicciones sobre los hechos relevantes.

2) El testigo debe declarar sobre hechos, sin que tengan preponderancia alguna sus propias deducciones, las cuales competen exclusivamente al Juez.

PONENTE : Héctor María Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (105)
FECHA : 22/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GOMEZ GIRALDO, ROBERTO ; GOMEZ GIRALDO, ANIBAL; GOMEZ GIRALDO, MARIA DEL SOCORRO; GOMEZ GIRALDO, MARIA JOSEFINA; GOMEZ GIRALDO, CARMEN; GOMEZ GIRALDO, JAIRO; GOMEZ GIRALDO, EDELMIRA; y Herederos Indeterminados de Luis Carlos Gómez Giraldo.
PROCESO : 003890
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Numero: 2470

CASACION-Característica ..... Pag. 329

El carácter eminentemente dispositivo del recurso de casación, le impide a la Corte actuar oficiosamente para adicionar, revocar o modificar aquellos cargos que no se ajusten al derrotero trazado por la propia sentencia cuya impugnación se persigue mediante ella.

PONENTE : Héctor María Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (105)
FECHA : 22/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.

CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GOMEZ GIRALDO, ROBERTO ; GOMEZ GIRALDO, ANIBAL; GOMEZ GIRALDO, MARIA DEL SOCORRO; GOMEZ GIRALDO, MARIA JOSEFINA; GOMEZ GIRALDO, CARMEN, GOMEZ GIRALDO, JAIRO; GOMEZ GIRALDO, EDELMIRA; y Herederos Indeterminados de Luis Carlos Gómez Giraldo.
DEMANDANTE GOMEZ, ARGEMIRO
PROCESO : 003890
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL/ MINISTERIO PUBLICO/ SUJETO PROCESAL/ PARTE ..... **Pag. 342**

1) Las tres personas que menciona el art. 12 de la Ley 45 de 1936 nunca pueden intervenir simultáneamente en los juicios sobre filiación natural.

2) Hay casos en que el ministerio público inicia los juicios, y hay casos en que no. En los casos en que los inicia y sigue, extraoficialmente parte. En los demás no.

Igual sentido: Cas. Civ. 12 de septiembre de 1958, G. J. t. LXXXIX, p.84.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (106)
FECHA : 22/08/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SAN GIL
SUJETOS :
DEMANDADO VILLANUEVA OLIVIERI, EDGAR
DEMANDANTE RUEDA NARANJO, ANDRES FELIPE (menor), representado por la defensora de familia
INTERPUESTO POR DEFENSORA DE FAMILIA, ICBF
PROCESO : 003959
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 138
FUENTE FORMAL : LEY Num.: 45 Año: 1936 Art.: 12 ; LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 13.

ERROR DE DERECHO / PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLOGICA/ PRUEBA-Valoración en Conjunto/ INDICIO ..... **Pag. 342**

Error de derecho en tratándose de la no valoración de la prueba antropoheredobiológica en conjunto con los demás indicios.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (106)
FECHA : 22/08/1994

DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SAN GIL
SUJETOS :
DEMANDADO VILLANUEVA OLIVIERI EDGAR
DEMANDANTE RUEDA NARANJO, ANDRES FELIPE (menor), representado por el defensor de familia.
INTERPUESTO POR DEFENSORA DE FAMILIA, ICBF
PROCESO : 003939
PUBL. CADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Extracto: 138
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art. 250

23/08/1994

QUEJA-Procedencia/ CASACION-Procedencia/ JURISDICCION AGRARIA/ PROCESO ABREVIADO ..... Pag. 365

1) Procedencia del recurso de queja

2) Procedencia del recurso de casación : en tratándose de asuntos agrarios.

3) La enumeración contenida en el artículo 50 del decreto 2303 de 1989 es de carácter taxativo, de derecho público y de interpretación restringida lo que impide a la Corte su extensión a sentencias dictadas en otros procesos de esta jurisdicción.

4) Los procesos abreviados carecen por disposición legal de este medio de impugnación.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
AUTO DE QUEJA (26): :
FECHA : 23/08/1994
DECISION : SE DECLARA CONFORME A DERECHO AUTO
PROCEDENCIA T.S.D.J.
CIUDAD TUNJA
SUJETOS :
DEMANDADO Hernández Vargas, Misael
DEMANDANTES :Cárdenas, Ana Isabel; Holguín León, Jorge Alberto
PROCESO : 005105
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB: : 2o.SEMESTRE 3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 140
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 377; 25 num. 3; DECRETO Num.: 2303 Año: 1989 Art.: 50

JURISDICCION DE FAMILIA/ ACCION DE REVISION ..... Pag. 355

A los jueces de familia no puede atribuírseles el conocimiento de los procesos ordinarios en que se ejerció la "acción de reversión" consagrada por las leyes 83 de 1946 y 75 de 1968, puesto que ella desapareció del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
AUTO DE CONFLICTO (265)
FECHA : 23/08/1994
DECISION : ABSTENERSE DECIDIR SUPUESTO CONFLICTO DE JURISDICCION
PROCEDENCIA : J. 2o. CIV.CTO.-2o.PCO.FLIA.
CIUDAD : SINCELEJO
SUJETOS :
DEMANDADO SEGUNDO LOPEZ, EDUARDO
DEMANDANTE ROMERO, EDUARDO ENRIQUE (menor) representado por Gladys Marcela Romero Carrascal.
PROCESO : 005001
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 139
NOTAS ACLARATORIAS : Salvan Voto: Drs. Alberto Ospina Botero, Eduardo García Sarmiento, Rafael Romero Sierra
FUENTE FORMA : LEY Num.: 83 Año: 1946 LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 18 ; DECRETO Num.: 2272 Año: 1989 Art.: 5 Numeral: 2 .

SENTENCIA DE NULIDAD/ MATRIMONIO CANONICO/ JURISDICCION ECLESIASTICA/ EXEQUATUR-Rechazo ..... **Pag. 369**

1) Las sentencias de nulidad de los matrimonios celebrados por los ritos católicos , han de ser proferidas por los Tribunales Eclesiásticos, con sujeción a las normas del Derecho Canónico.

2) En el presente caso, fue de rechazarse el exequatur por cuanto la sentencia respecto de la cual se pide se conceda aquél, dentro de un proceso de nulidad de matrimonio goza de la presunción de haber sido dictada conforme a derecho, por una parte; y por otra, no requiere de exequatur para surtir efectos civiles.

PONENTE : PEDRO LAFONT PIANETTA (Solo)
AUTO DE EXEQUATUR (267)
FECHA : 23/08/1994
DECISION : RECHAZA SOLICITUD DE EXEQUATUR
PROCEDENCIA : TRIBUNAL ECLESIASTICO de MIAMI
CIUDAD : FLORIDA, ESTADOS UNIDOS
SUJETOS :
PROCESO : 005-40
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o SEMESTRE-3er. TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 145

FUENTE FORMAL : LEY Num.: 57 Año: 1887 Art.: 17. LEY Num.: 35 Año: 1888; C.N art.43, 9; LEY Num.: 133 Año: 1994 Art.: 6 lit.d; LEY Num.: 133 Año: 1994 Art.: 11; LEY Num.: 25 Año: 1992 Art.: 4

NORMA CONSTITUCIONAL (SALVAMENTO DE VOTO) / NORMA LEGAL (SALVAMENTO DE VOTO) / HERMENEUTICA JURIDICA (SALVAMENTO DE VOTO) ..... Pag. 359

Las normas constitucionales y legales atinentes a las competencias, facultades o atribuciones de los funcionarios públicos son de derecho estricto, y por ello no le es dable a los juzgadores hacer interpretaciones ampliadas, extensivas o analógicas.

PONENTE : Pedro Lafont Pianeta.
AUTO DE CONFLICTO (365).
FECHA : 23/08/1994
DECISION ABSTENERSE DE CONOCER SUPUESTO CONFLICTO DE JURISDICCION
PROCEDENCIA : JUZGADO 26 PENAL.
CIUDAD : SINCELEJO
SUJETOS :
DEMANDADO LOPEZ MARTINEZ, EDUARDO SEGUNDO
DEMANDANTE ROMERO EDUARDO ENRIQUE (preso) representado por Gladys Manuel Romero Carrascal
PROCESO [0500]
PUBLICADA Si
DETALLE PUB. : 2o SEMESTRE 3er. TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Numero: 2470 Pág.: Extracto: 139
NOTAS ACLARATORIAS : SALVAN VOTO: Alberto Ospina Botero, Eduardo Garcia Sarmiento y Rafael Romero Sierra.
FUENTE FORMAL : C.N. Art.: 121.

COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)/ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (SALVAMENTO DE VOTO) / CONFLICTO DE JURISDICCION (SALVAMENTO DE VOTO) / JURISDICCION-Clasificacion (SALVAMENTO DE VOTO) / JURISDICCION ORDINARIA (SALVAMENTO DE VOTO)/ CONFLICTO DE COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO) / TRIBUNAL SUPERIOR/ BIEN AGRARIO (SALVAMENTO DE VOTO) ..... Pag. 359

1-Competencia del Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Disciplinaria, para conocer de los conflictos de jurisdicción.

2-Clasificación, conformación y creación de las distintas jurisdicciones legal sentido: Providencia de la Corte Constitucional del 10 de diciembre de 1992

3-Los conflictos que se susciten entre un juzgador civil y uno de familia, ambos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, no constituyen una colisión de jurisdicción sino de competencia, y cuando dicho conflicto ocurre, como aquí acontece, entre dos juzgados perte

pertenecen a un mismo Tribunal, de éste debe conocer dicha Corporación y no la Corte en su Sala de Casación Civil, como aquí ha sucedido.
Igual sentido: Auto del 7 de octubre de 1993, Sala Plena, Corte Suprema de Justicia
4--Competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente, cuando hubiere controversia sobre el carácter agrario de la relación jurídica o del bien a que se refiere el proceso para que esa Corporación determine su naturaleza.
Igual sentido: Providencia del 18 de abril de 1994

PONENTE : Pedro Lafont Pianeta
AUTO DE CONFLICTO (265)
FECHA : 29/08/1994
DECISION : ABSTENERSE DE DECIDIR SUPUESTO CONFLICTO DE JURISDICCION
PROCEDENCIA : J.2o.CIV.CTO.- 2o.PCUO.FLIA.
CIUDAD : SINCELEJO
SUJETOS :
DEMANDADO : LOPEZ MARTINEZ, EDUARDO SEGUNDO
DEMANDANTE : ROMERO, EDUARDO ENRIQUE (menor) representado por Gladys Manuela Romero Carrascal
PROCESO (005)01
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o SEMESTRE 3erTRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 139
NOTAS ACLARATORIAS : SALVAN VOTO: Alberto Ospina Botero; Eduardo Carcía Sarmiento y Rafael Romero Sierra.
FUENTE FORMAL : C. de PC. Art.: 256 Numeral: 6; C.N. Art.: 221; 256;
DECRETO Num.: 2663 Año: 1991; C. de P.C. Art.: 28; C. de P.T. Art.: 152; DECRETO Num.: 528 Año: 1964; C. del P.P. Art.: 68, 70, 72; DECRETO Num.: 2303 Año: 1989 Art.: 18.

29/08/1994

AMPARO DE POBREZA ..... Pag. 373
No hay lugar a proveer sobre la solicitud de amparo cuando, por sus defectos, el libelo introductor debe ser rechazado.

PONENTE : Pedro Lafont Pianeta (Sala)
AUTO DE REVISION (77)
FECHA : 29/08/1994
DECISION : SE RECHAZA LA DEMANDA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADANTE : I. D. U.
DEMANDANDADO : JUAN DAVID GONZALEZ
SOLICITADO POR : Campos, María Victoria y González Cuberos, Gustavo como herederos de JUAN DAVID GONZALEZ.

PROCESO : 005154
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167 ibídem.
Ext.141

PRECLUSION/ RECURSO-Oportunidad/
REVISION-Oportunidad ..... **Pag. 373**

1) Uno de los principios fundamentales, es el de la preclusión, en virtud del cual los actos procesales de las partes han de ser realizados dentro de los precisos términos señalados por la ley, so pena de que resulten privados de eficacia, principio éste que tiene particular aplicación en cuanto a la oportunidad en que han de ser interpuestos los recursos.

2) Preclusión de la oportunidad para interponer el recurso de revisión.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta (Solo)
AUTO DE REVISION (275)
FECHA : 29/08/1994
DECISION : SE RECHAZA LA DEMANDA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS
DEMANDADANTE : I. D. U.
DEMANDANDADO : JUAN DAVID GONZALEZ
SOLICITADO POR : Campos, María Victoria y González Caberos, Gustavo como herederos de JUAN DAVID GONZALEZ.
PROCESO : 005154
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : SEGUNDO SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
Ext.141
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 381.

01/09/1994

NULIDAD PROCESAL ..... **Pag. 377**

Eventos en los cuales resulta improcedente un ataque contra un fallo definitivo, susceptible del recurso de casación, en tratándose de la causal quinta.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (107)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS
DEMANDADOS : GALEANO MONCADA, NORA ALBA; SIERRA GALEA-

NO, SANDRA MILENA; ...SIERRA GALEANO, LUZ ENID; SIERRA CANO, ANA MILENA; SIERRA CANO, JORGE ANDRES.
DEMANDANTE : FORONDA HERRERA, JORGE IVAN (menor), representado por MARIA LOURDES FORONDA HERRERA.
INTERPUESTA : por los demandados
PROCESO : 005069
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXX1 Número: 2470
FUENTE FORMAL : C.de P.C. Art.: 368 Numeral: 2; Art.: 140 .

CASACION-Carga Procesal/ ERROR DE HECHO ..... **Pag. 379**
Carga procesal del recurrente en tratándose del yerro fáctico. Este ha de ser evidente, y esa evidencia no se da cuando la apreciación del Tribunal no es ilógica ni arbitraria.
Igual sentido: G. J. Tomo CXXXIX, pág. 150

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (: 007
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS. :
DEMANDADOS : GALEANO MONCADA, NORA ALBA; SIERRA GALEANO, SANDRA MILENA; SIERRA GALEANO, LUZ ENID; SIERRA CANO, ANA MILENA; SIERRA CANO, JORGE ANDRES.
DEMANDANTE : FORONDA HERRERA, JORGE IVAN (menor), representado por MARIA LOURDES FORONDA HERRERA.
INTERPUESTO POR : Los demandados
PROCESO : 004069
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXX1 Número: 2470

PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LOS HECHOS/ TRIBUNAL DE CASACION/ JUZGADOR DE INSTANCIA/ AUTONOMIA DEL JUZGADOR ..... **Pag. 378**
1) En qué consiste el principio de la intangibilidad de los hechos

2) Poder restringido de la Corte en cuanto se desempeña como tribunal de casación y por lo que a los juicios de hecho realizados por los juzgadores de instancia concierne

3) Presunción de acierto de las sentencias de instancia que llegan a la Corte

4) Limitación a la autonomía del tribunal en la apreciación de las pruebas
Igual sentido: G. J. Tomo CLXXXII, pág. 67; G. J. Tomo CIX, pág. 107, y CXI, pág. 172; G. J. Tomo CII, pág. 85

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss

SENTENCIA DE CASACION (107)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GALEANO MONCADA, NORA ALBA; SIERRA GALEANO, SANDRA MILENA; ...SIERRA GALEANO, LUZ ENID; SIERRA CANO, ANA MILENA; SIERRA CANO, JORGE ANDRES.
DEMANDANTE FORONDA HERRERA, JORGE IVAN (menor), representado por MARIA LOURDES FORONDA HERRERA.
PROCESO : 004369
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB : 2o SEMESTRE- Tomo: CCXXXI Número: 2470 Extracto: 142

PRETENSION/ HECHOS ..... **Pag. 397**

Las pretensiones del demandante pueden ser atacadas por el demandado si este esgrime contra aquellas hechos nuevos de carácter impeditivo, modificatorio o extintivo del derecho material a que ellas se refieren.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (108)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA
SUJETOS :
DEMANDADO RINCON MORENO, PEDRO ENRIQUE
DEMANDANTE HERRERA PEDRO ANDRES (menor) representado por MARIELA HERRERA ORTIZ.
PROCESO 004363
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE- Tomo: CCXXXI Número: 2470

EXCEPCION/ EXCEPTIO PLURIUM CONSUPRATORUM/ RELACIONES SEXUALES ..... **Pag. 379**

Para que se configure la excepción denominada pluralidad de concúbitos, debe demostrarse con certeza esa pluralidad de relaciones sexuales con hombre o hombres diferentes del supuesto padre por la época en que se presume que ocurrió legalmente la concepción del hijo.

Igual sentido: Cas. Civ. del 27 de septiembre de 1972, Tomo CXLIX, pág. 170; S-155 del 23 de julio de 1986, aún sin publicar; Casación Civil del 19 de noviembre de 1976, Tomo CLII, pág. 514; S-155 del 23 de julio de 1986, aún sin publicar; G. J. Tomo CLXXXIV, pág. 147

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (107)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GALEANO MONCADA, NORA ALBA; SIERRA GALEANO, SANDRA MILENA; ...SIERRA CALEANO, LUZ ENID; SIERRA CANO, ANA MILENA; SIERRA CANO, JORGE ANDRES
DEMANDANTE FORONDA HERRERA, JORGE IVAN (menor), representado por MARIA LOURDES FORONDA HERRERA.
PROCESO : 0041869
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB.. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
Pag.343

JUZGADOR DE INSTANCIA/ TRIBUNAL DE CASACION ..... **Pag. 396**

1) Función del juzgador de instancia en torno a la cuestión fáctica y de la Corte Suprema de Justicia al conocer del recurso de casación.

2) Distinción entre las legislaciones donde impera el régimen en la cual se excluye por completo y de manera absoluta, la posibilidad de debatir siquiera cuestiones fácticas motivo de la controversia judicial, sea cual fuere la conclusión a que hubiere llegado el juzgador de instancia y otras legislaciones que, como la colombiana admiten que la falta de aplicación o aplicación indebida de las normas sustantivas puede ocasionarse por equivocación del juzgador de instancia en cuanto se refiere a los hechos debatidos en el proceso.
Igual sentido: Sentencia de 29 de agosto de 1985. G. J. Tomo CLXXX, No. 2419, 1985, Pág. 361.
PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (108)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO RINCON MORENO, PEDRO ENRIQUE
DEMANDANTE HERRERA, PEDRO ANDRES (menor) representado por MARIELA HERRERA ORTIZ.
PROCESO : 0043603
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

CASACION-Carga Procesal/ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta / ERROR DE HECHO ..... **Pag. 396**

1) Carga procesal del recurrente en casación cuando opta por acusar la sentencia que combate por supuesta violación indirecta de normas de derecho sustancial por errores de hecho en la apreciación probatoria.

2) Gravedad y evidencia del yerro fáctico.

G. J.: tomo LXXVIII, pág. 972.: G. J., tomo CXXIV, pág. 95: C. J., tomo CXCVI, No. 2435, 1989, pág. 137

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (108)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO RINCON MORENO, PEDRO ENRIQUE
DEMANDANTE HERRERA, PEDRO ANDRES (menor) representado por MARIELA HERRERA ORTIZ
PROCESO : 004363
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. art.: 368 Numeral.: 1;C. de P.C. Art.: 374 Numeral.: 3

PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLOGICA / INDICIO ..... Pag. 397

1) Competencia e idoneidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para la práctica de la prueba antropoheredobiología. Esa prueba indiciaria, la confía la ley a la inferencia del juzgador.

2) A qué se reduce la crítica en casación de la prueba indiciaria.

Igual sentido: G. J. Tomo LXXXVIII, No. 2198, pág. 176 y 177.

PONENTE : PEDRO LAFONT PIANETTA
SENTENCIA DE CASACION (108)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO RINCON MORENO, PEDRO ENRIQUE
DEMANDANTE HERRERA, PEDRO ANDRES (menor) representado por MARIELA HERRERA ORTIZ
PROCESO : 004363

PUBLICADA : SI
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 7; LEY Num.: 21 Año: 1979 Art.: Numeral.: 15.

PRINCIPIO DE LA TRASCENDENCIA/ NULIDAD PROCESAL-Legitimación/ PRINCIPIO DE LA CONVALIDACION / LEALTAD PROCESAL/ LITISCONSORCIO FACULTATIVO ..... **Pag. 377**

1) Según el principio de la trascendencia, quiénes están legitimados para alegar la nulidad procesal. Quiénes carecen de ella.

2) En qué consiste el principio de la convalidación. Finalidad del principio de la lealtad procesal.

3) Un litisconsorte voluntario no está legitimado para deducir la nulidad total o parcial de un procedimiento apoyándose en la presunta indefensión de quienes fueron, o debieron ser, sus otros litisconsortes.
Igual sentido G. J. Tomo CLXXX, pág. 193

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (107)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GALEANO MONCADA, NORA ALBA; SIERRA GALEANO, SANDRA MILENA; SIERRA GALEANO, LUZ ENID; SIERRA CANO, ANA MILENA; SIERRA CANO, JORGE ANDRES
DEMANDANTE FORONDA HERRERA, JORGE IVAN (menor), representado por MARIA LOURDES FORONDA HERRERA.
INTERPUESTO POR Los demandados
PROCESO : 004069
PUBLICADA : SI
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXX: Número: 2470 Pág. : Extracto: 112
FUENTE FORMAL : C. de PC Art.: 143

DICTAMEN PERICIAL / PRUEBA ANTROPOHEREDOBIOLOGICA ..... **Pag. 379**

1) La peritación antropohereditobiológica, no constituye motivo del cual, por sí solo, pueda inferirse necesariamente la paternidad extramatrimonial, sino que se requiere de otros elementos persuasivos que conduzcan a establecer cuándo se produjo el trato carnal entre hombre y mujer.

2) La ausencia de pruebas de esa clase, en tratándose de procesos de filiación, no permite

sostener que sea violatoria de la ley, por error de hecho originado en la suposición de prueba.
Igual sentido: Casación noviembre 29 de 1987; sentencia de 4 de diciembre de 1990.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (107)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :
DEMANDADOS : GALEANO MONCADA, NORA ALBA; SIERRA GALEANO, SANDRA MILENA; SIERRA GALEANO, LUZ ENID; SIERRA CANO, ANA MILENA; SIERRA CANO, JORGE ANDRES.
DEMANDANTE FORONDA HERRERA, JORGE IVAN (menor), representado por MARIA LOURDES FORONDA HERRERA.
PROCESO : 004069
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág : Extractos: 1-15
FUENTE FORMAL : C. C. Art.: 92 : LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 7 .

LEGITIMACION EN LA CAUSA/ PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Legitimación/ LEGITIMO CONTRADICTOR/ PROCESO DECLARATIVO/ LITISCONSORCIO FACULTATIVO ..... **Pag. 377**

1) Legitimación activa en causa de la acción investigativa de la paternidad extramatrimonial la tienen los presuntos hijos, como legítimos contradictores que son en las causas de filiación legítima o natural, y la legitimación pasiva le corresponde, en primer término al padre en vida en la condición de legítimo contradictor; y muerto el padre, la tienen los herederos abintestato o testamentarios.
2) En los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario. El litisconsorcio que eventualmente se forme entre los herederos demandados es meramente voluntario.

Igual sentido: G. J. Tomo CXV, pág. 110; G. J. Tomos LIX, pág. 593; CXXXII-CXIV, pág. 239, y CXLII, pág. 52, reiterada en casación civil de 6 de septiembre de 1973, no publicada.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA DE CASACION (107)
FECHA : 01/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : ANTIOQUIA
SUJETOS :

DEMANDADOS : GALEANO MONCADA, NORA ALBA; SIERRA GALEANO, SANDRA MILENA; SIERRA GALEANO, LUZ ENID; SIERRA CANO, ANA MILENA; SIERRA CANO, JORGE ANDRES.
DEMANDANTE FORONDA HERRERA, JORGE IVAN (menor), representado por MARIA LOURDES FORONDA HERRERA.
INTERPUESTO POR Los demandados
PROCESO : 004069
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 1er.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Fascículo: 142
FUENTE FORMAL : C.C. Art.: 483, 1008,1011,1155 Ibidem; LEY Num.: 45 Año: 1936 Art.: 7; LEY Num.: 75 Año: 1968 Art.: 16 .

07/09/1994

CASACION-Pago de Porte/ CASACION-Carga Procesal/ EXPEDIENTE-Remisión ..... **Pag. 445**
La obligación de pagar el porte de ida y regreso es una carga que debe cancelarse independientemente de la naturaleza de la causal por conducto de la cual se remite el expediente.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
AUTO DE REPOSICION (282)
FECHA : *07/09/1994*
DECISION : SE NIEGA REPOSICION DEL AUTO
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : RIOHACHA
SUJETOS :
DEMANDADO Ahmad Rahal, Mohamed
DEMANDANTE Caldrugeo Gelsberg, Moritz
PROCESO : 005118
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. . 2o.SEMESTRE: Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE FORMAL : C de PC. Art.: 132 Inc. 4 .

SECRETARIO JUDICIAL/ DERECHO DE IMPUGNACION ..... **Pag. 445**
Como bien lo anota el recurrente, bien puede suceder que "...la parte haya exigido que el secretario diligencie la manifestación" y dicho funcionario se haya abstenido de hacerlo, evento en el cual a la parte recurrente se le acarrearía una injustificada lesión al derecho de impugnar, si a pesar de haber cumplido con sus cargas, por una omisión del aludido empleado se le declarara, sin más, desierto el recurso interpuesto.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
AUTO DE REPOSICION (282)
FECHA : *07/09/1994*
DECISION : SE NIEGA LA REPOSICION
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : RIOHACHA

SUJETOS :
DEMANDADO Ahmad Rahal, Mohamed
DEMANDANTE Goldringer Galsberg, Moritz
PROCESO : 005118
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

PERJUICIOS (SENTENCIA SUSTITUTIVA) / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (SENTENCIA SUSTITUTIVA) ..... **Pag. 417**

En el caso sub-judice, la actividad de la Corte se concreta a constatar la existencia y el monto de los perjuicios que la sociedad demandada debe pagarle a la firma demandante, como consecuencia de la responsabilidad civil contractual dedicida del cumplimiento defectuoso del contrato entre ellos celebrado, y la consiguiente obligación resarcitoria de los perjuicios que por dicha causa surgió para la firma demandada.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA SUSTITUTIVA (089)
FECHA : 07/09/1995
DECISION : REVOCA SENTENCIA DEL JUZGADO
PROCEDENCIA : T.S.D.J. Bdo.2o. CIVIL
CIUDAD : BUCARAMANGA
SUJETOS :
DEMANDADO SOC. OTIS ELEVATOR COMPANY, Suc
DEMANDANTE "FARINCI LTDA"
PROCESO : 003726
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo. CCXXXI Número: 2470

COMPETENCIA / JURISDICCION DE FAMILIA ..... **Pag. 413**

Competencia en asunto de familia. Alcance del art. 8 del decreto 2272 de 1989
igual sentido: auto del 29 de septiembre de 1993. Exp 9537.

PONENTE : EDUARDO GARCIA SARMIENTO
AUTO DE CONFLICTO DE COMPETENCIA (283)
DEMANDADO Rodriguez Bohadilla, Alvaro
DEMANDANTE Defensoria de Familia Centro zonal No. 51 Enguivá representa a JEFERSON ANDRES GARCIA.
PROCESO 005139
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o SEMESTRE-3erTRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 142
FUENTE FORMAL: art. 8 Decreto 2272 de 1989, letra j) art. 5 ibidem.

CONFLICTO DE COMPETENCIA/ COMPETENCIA TERRITORIAL/ CITACION DE RECONOCIMIENTO/ PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Reconocimiento ..... Pag. 413

Conoquiera que la ley no señala un fuero territorial especial respecto de la citación judicial para el reconocimiento de hijo extramatrimonial, la competencia territorial tiene que determinarse por las reglas generales señaladas en el art. 23 del C. de P.C., esto es, el Juez del domicilio de la persona por citar.

PONENTE : EDUARDO GARCIA SARMIENTO.
AUTO DE CONFLICTO DE COMPETENCIA (281)
FECHA : 07/09/1994
DECISION : J.PCO.FLIA.FUSAGASUGA COMPETENTE
PROCEDENCIA : J.15 FLIA.-PCUO.FALIA.
CIUDAD : SFE DE BOGOTA-FUSAGASUGA
SUJETOS :
DEMANDADO Rodriguez Bubadilla, Alvaro
DEMANDANTE Defensoria de Familia, Centro zonal No. 15 - Engativá, representa a JEFERSON ANDRES GARCIA.
PROCESO : 005139
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 144
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 23 Numeral.: 1.

08/09/1994

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Ataque todos los fundamentos ..... Pag. 450

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.
Igual sentido: G. J. t. CXLVIII, p.221

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (310)
FECHA : 08/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA
SUJETOS :
DEMANDADOS : RUFINA o RUTH GUAQUETA ANGEL y GUAQUETA DE VALLEJO, MARIA HERLINDA como herederas de MARIA ANTONIA ANGEL Vda. de GUAQUETA.
DEMANDANTE : ANGEL DE TORRES, MERCY
INTERPUESTO POR GUAQUETA ANGEL, RUFINA O RUTH

PROCESO : 003971
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

12/09/1994

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-
Vía Indirecta/ ERROR DE HECHO ..... **Pag. 465**
La violación indirecta de las normas sustanciales por error de hecho en la apreciación de las pruebas, exige que el juzgador haya incurrido en equivocación de juicio en esa actividad, que a más de ser ostensible, protuberante, de carácter evidente, sea además trascendente.

PONENTE : Pedro Lafont Pianeta
SENTENCIA DE CASACION (111)
FECHA : 12/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : PEREIRA
SUJETOS :
DEMANDADO SOC. GUAYACANES LTDA.
DEMANDANTE SOC. AGRICOLA ALASKA LTDA.
INTERPUESTO POR PARTE DEMANDADA
PROCESO : 004377
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numeral.: 1.

INDICIO ..... **Pag. 465**
Improcedencia de su ataque en casación.
Igual sentido: G. J., tomo LXXXVII, No. 2198, pág. 177

PONENTE : Pedro Lafont Pianeta
SENTENCIA(111)
FECHA : 12/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : PEREIRA
SUJETOS :
DEMANDADO SOC.GUAYACANES LTDA.
DEMANDANTE SOC.AGRICOLA ALASKA LTDA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004377
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

ESCRITURA PUBLICA/ NOTARIO/ FIRMA/ DEBER DEL JUZGADOR/ PRUEBA DE OFICIO/ ERROR DE DERECHO/ CONGRUENCIA CON LOS HECHOS ..... **Pag. 481**

1) Formalidades (perfeccionamiento) tanto de las escrituras públicas, como aquellas que en particular se refieren a la autorización y firma del notario.

2) Si iniciado un proceso declarativo de inexistencia de escritura pública por falta de la firma del notario, y con posterioridad a dicha iniciación , estando en curso tal proceso, se obtiene la subsanación de la firma con autorización de la superintendencia de notariado y registro, la que antes de la sentencia de primer o segundo grado es aducida y apuntada por las partes para que sea tenida en cuenta en la decisión final de aquella pretensión, el juez puede encontrarse en el deber excepcional o ineludible de decretar de oficio la prueba.

3) No constituye una facultad sino un deber de los funcionarios judiciales, al decretar pruebas de oficio.
Igual sentido. Sentencia No. 444 del 26 de octubre de 1988.

4) No se incurre en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio. Excepcionalmente en este caso se incurriría en error de derecho alegable en casación, que supone la preexistencia de la prueba pertinente de un hecho sobreviviente, que al no ser decretada de oficio, contrariando la ley, de contera conduce al juzgador al quebrantamiento indirecto de la norma sustancial contemplada en el artículo 100 del Decreto 960 de 1970. Por ese deber, en este caso, el juzgador de instancia también quebrantó el art. 305 -inciso final- del C. de PC.
5) Alternativas que debe seguir el juzgador o magistrado cuando quiera que en un proceso, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso.

PONENTE : Pedro Lafont Pianeta
SENTENCIA DE CASACION (112)
FECHA : 12/09/1991
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : NEIVA
SUJETOS :
DEMANDADOS MOSQUERA GARZON, ALFREDO; SOCAGROPECUARIA MOSQUERA HERMANOS LTDA. (en liquidación) y los señores MOSQUERA TRUJILLO, ALFREDO; MOSQUERA TRUJILLO, FERNANDO; MOSQUERA TRUJILLO, JORGE y MOSQUERA TRUJILLO, GRATINIANO, herederos también de URSULINA TRUJILLO DE MOSQUERA.
DEMANDANTE MOSQUERA DE DIAZ, GILMA heredera de URSULINA TRUJILLO DE M.
INTERPUESTO POR MOSQUERA TRUJILLO, GRATINIANO; MOSQUERA GARZON, ALFREDO; MOSQUERA TRUJILLO, ALFREDO; MOSQUERA TRUJILLO, JORGE; MOSQUERA TRUJILLO, FERNANDO.

PROCESO : 004293
PUBLICADA : S:
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 147
FUENTE FORMAL : DECRETO Num.: 960 Año: 1970 Art.: 14, 40, 13, 100 ibidem; DECRETO Num.: 2148 Año: 1983 Art.: 47; C. de P.C. Art.: 179, 305 ibidem.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Via Indirecta ..... **Pag. 500**

Existiendo una discreta autonomía en los jueces de instancia para valorar la prueba, cuando se configura la violación indirecta por yerros probatorios.
PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (112)
FECHA : 12/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : NEIVA
SUJETOS :
DEMANDADOS MOSQUERA GARZON, ALFREDO; SOC.AGROPECUARIA MOSQUERA HERMANOS LTDA. (en Liquidación) y los señores MOSQUERA TRUJILLO, ALFREDO; MOSQUERA TRUJILLO, FERNANDO; MOSQUERA TRUJILLO, JORGE y MOSQUERA TRUJILLO, GRATINIANO, herederos también de URSULINA TRUJILLO DE MOSQUERA.
DEMANDANTE MOSQUERA DE DIAZ, GILMA heredera de URSULINA TRUJILLO DE M.
INTERPUESTO POR MOSQUERA TRUJILLO, GRATINIANO; MOSQUERA GARZON, ALFREDO; MOSQUERA TRUJILLO, ALFREDO; MOSQUERA TRUJILLO, JORGE; MOSQUERA TRUJILLO, FERNANDO.
PROCESO : 004293
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

DOMINIO ..... **Pag. 465**

Implicaciones del derecho de dominio.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (111)
FECHA : 12/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : PEREIRA
SUJETOS :
DEMANDADO SOC. GUAYACANES LTDA.
DEMANDANTE SOC.AGRICOLA ALASKA LTDA.
INTERPUESTO POR Parte demandada

PROCESO : 004377
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 146

POSESION .....Pag. 465
La sola aprehensión y contacto material con la cosa no implica posesión.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (111)
FECHA : 12/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : PEREIRA
SUJETOS :
DEMANDADO SOCIEDAD GUAYACANES LTDA.
DEMANDANTE SOC.AGRICOLA ALASKA LTDA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004377
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 146

ACCION REIVINDICATORIA-Legitimación .....Pag. 465
La acción reivindicatoria exige que sea la parte demandada el poseedor y no el mero tenedor de la cosa.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (111)
FECHA : 12/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : PEREIRA
SUJETOS :
DEMANDADO SOC.GUAYACANES LTDA.
DEMANDANTE SOC.AGRICOLA ALASKA LTDA.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004377
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 146
FUENTE FORMAL : C.C. Art.: 946.

13/09/1994

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta .....Pag. 500
Existiendo una discreta autonomía en los jueces de instancia para valorar la prueba, cuán-

do se configura la violación indirecta por yerros probatorios.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo.
DEMANDADO : URB.BOSQUE MEDINA LTDA. (en liquidación)
DEMANDANTE : PULECIO DE ESPINOSA, CLARA
INTERPUESTO POR : Parte demandante
PROCESO : 003979. SENTENCIA 113
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

ERROR DE DERECHO/ TESTIMONIO SOSPECHOSO .....**Pag. 500**
Error de derecho respecto del testigo acreditado como sospechoso.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (113)
FECHA : 13/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO : URB.BOSQUE MEDINA LTDA. (en liquidación)
DEMANDANTE : PULECIO DE ESPINOSA, CLARA
INTERPUESTO POR : Parte demandante
PROCESO : 003979
PUBLICADA : S:
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

ERROR DE HECHO/ INDICIO .....**Pag. 500**
Error de hecho en tratándose de la prueba indiciaria.
Igual sentido: Cas. Febrero 23 de 1998; Cas. Marzo 3 de 1984.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA (113)
FECHA : 13/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO : URB.BOSQUE MEDINA LTDA. (en liquidación)
DEMANDANTE : PULECIO DE ESPINOSA. CLARA
INTERPUESTO POR : Parte demandante
PROCESO : 003979
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 232

CONFESION/ DECLARACION DE PARTE ..... **Pag. 500**
Distinción entre la confesión y la declaración de parte. En qué medida la declaración de parte adquiere relevancia probatoria.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (013)
FECHA : 13/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO : URB.BOSQUE MEDINA LTDA. (en liquidación)
DEMANDANTE : PULECIO DE ESPINOSA, CLARA
INTERPUESTO POR : Parte demandante
PROCESO : 003979
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE 3er.TRIMESTRE
Tomo: CCXXXI Número: 2470 Extracto: 148

15/09/1994
PRINCIPIO DE LA TRASCENDENCIA/ NULIDAD PROCESAL-Legitimación ..... **Pag. 513**
Según el principio de la trascendencia, quién está legitimado para alegar un motivo de nulidad procesal.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA (104)
FECHA : 15/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO CETINA GAMEZ, HUMBERTO
DEMANDANTE RUIZ CARRILLO, MARIA GLORIA
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 003960
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

CASACION-Fundamentos de la Acusación/ DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE HECHO **Pag.514**
1) Distinción de las expresiones "clara" y "precisa" de la forma de exponer los fundamentos de cada acusación de que trata el art. 374 del C. de P.C., como requisito para la demanda de casación.

2) Cómo debe ser esa claridad en el error de hecho.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (114)
FECHA : 15/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO CETINA GAMEZ, HUMBERTO
DEMANDANTE RUIZ CARRILLO, MARIA GLORIA
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 003960
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL : C. de P.C. Art.: 374 Inciso: 1.
Exc150

EMPLAZAMIENTO INDEBIDO-Legitimación ..... **Pag. 513**
La legitimación para alegar la nulidad por emplazamiento irregular sólo la tiene la persona que ha sido convocada al proceso de la manera tenida como anómala.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA DE CASACION (114)
FECHA : 15/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO CETINA GAMEZ, HUMBERTO
DEMANDANTE RUIZ CARRILLO, MARIA GLORIA
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 003960
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE- Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 143 Inciso: 3; 142

SUSPENSION PROCESAL / PROCESO PENAL / NULIDAD PROCESAL ..... **Pag. 513**
1) La suspensión del proceso, si bien se debe adoptar cuando el fallo del proceso penal haya de influir necesariamente en la decisión civil, tal cuestión —la de carácter necesario de la influencia—, la difiere la ley al prudente criterio del juzgador civil.

2) Cómo debe entenderse configurada la nulidad procesal en tratándose de la causal relativa a la suspensión.

Igual sentido: sentencia 28 de febrero de 1991.
PONENTE : Héctor Marín Naranjo

SENTENCIA DE CASACION (114)
FECHA : 15/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO : CETINA GAMEZ, HUMBERTO
DEMANDANTE : RUIZ CARRILLO, MARIA GLORIA
INTERPUESTO POR: Parte demandante
PROCESO : 003960
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE- Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL: art. 170 num. 1 del C. de P.C.: 140 num. 5, 171 inc.2, 168 inc. final, 170 inc. final ibidem.
Ext. 149.

DEMANDA - Requisitos / PRETENSION/
CAUSA PETENDI/ DEMANDA-Requisitos/
INEPTITUD DE LA DEMANDA ..... **Pag. 514**
La contradicción entre el petitum y la causa petendi de la demanda, hace inepta a ésta.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
SENTENCIA (114)
FECHA : 15/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO : CETINA GAMEZ, HUMBERTO
DEMANDANTE : RUIZ CARRILLO, MARIA GLORIA
INTERPUESTO POR : Parte demandante
PROCESO : 003960
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. :2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE
Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 150
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 75 .

19/09/1994

REVISION-Procedencia ..... **Pag. 514**
No resulta procedente en revisión, atacar la sentencia del tribunal dejando incólume y por fuera de su impugnación la proferida por la Corte en casación, toda vez que siendo aquél un remedio extraordinario instituido para combatir los fallos pasados por autoridad de cosa juzgada, el recurso no puede ser intentado con éxito, sino cuando la sentencia que se impugna está revestida de la citada condición.
Igual sentido: Auto del 23 de agosto de 1984.

PONENTE : Alberto Ospina Botero (Solo)
AUTO DE REVISION (287)
FECHA : 19/09/1994
DECISION : RECHAZA RECURSO DE REVISION
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDANTE : BERNARDO GALINDO BELTRAN
DEMANDADO : EFRAIN CAICEDO BOTELLO y otro.
INTERPUESTO POR : El demandante
PROCESO : 005178
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE
Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 151
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 379

20/09/1994

CASACION-CUMPLIMIENTO SENTENCIA RECURRIDA/ PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL ..... **Pag. 526**

1) Si a pesar de ser ejecutable el fallo proferido por el ad-quem, y sin reparo de las partes se concede el recurso extraordinario por el Tribunal, se admite luego por la Corte y se tramita hasta quedar en estado de dictar sentencia con la cual debe ultimarse el recurso extraordinario, en esas condiciones, debe decidirse tal medio de impugnación, porque si bien el ordenamiento procedimental debe acatarse, también no se puede desconocer el principio procesal de la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, postulado éste que el constituyente de 1991 lo elevó a la categoría constitucional.

2) Razón de ser del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el ritual o formal.

Igual sentido: Discusiones del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, por el Constituyente de 1991.

PONENTE : Alberto Ospina Botero
SENTENCIA (115)
FECHA : 20/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : MANIZALES
SUJETOS :
DEMANDADO : DUQUE HENAO, JOSE IVAN
DEMANDANTE : ARIAS GONZALEZ, YENNIFER ZAMIRA (menor)
INTERPUESTO POR : Parte demandada
PROCESO : 004308

PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE
Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 152
NOTAS ACLARATORIAS: SALVAN VOTO: Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Héctor Marín Naranjo; Rafael Romero Sierra .
FUENTE FORMAL. : C. de P.C. Art.: 4 ; C.N. Art.: 228 .

DERECHO DE DEFENSA/ TECNICA DE CASACION/ MEDIO MIXTO/ MEDIO NUEVO/ TESTIMONIO ..... Pag. 526

1) Se quebrantaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos y planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa.

2) Los medios mixtos, no son de recibo en casación.

3) Cuando se construye medio nuevo en casación

4) Medio nuevo en la prueba testimonial.
Igual sentido: G. J.T., LXXXIII, pág. 76; G. J. XLI, pág. 298; LXXXIII, págs. 78 y 79; G. J.L. XCV, pág. 497; CXLVII, pág. 26; G. J.T. CXXXIX, pág. 84; G. J.T. LXXXIII, Pág. 77

PONENTE : Alberto Ospina Botero
SENTENCIA (*15)
FECHA : 20/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : MANIZALES
SUJETOS :
DEMANDADO DUQUE HENAO, JOSE IVAN
DEMANDANTE ARIAS GONZALEZ, YENNIFER ZAMIRA (menor)
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004768
PUBLICADA Si
DETALLE PUB : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE
Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 152
NOTAS ACLARATORIAS : SALVAN VOTO: Drs. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Héctor Marín Naranjo y Rafael Romero Sierra .

CASACION-Deserción (SALVAMENTO DE VOTO) ..... Pag. 538

Si la Corte al entrar a decidir el recurso de casación pudo advertir que le había dado cabida sin fundamento legal, como quiera que ya estaba desierto, debió considerar, sin que ello fuera inoportuno, la improcedencia de la impugnación por causa de deserción y abstenerse de examinar los cargos propuestos.
Igual sentido: G. J. tomos LXX, 2; XC, 330; CXXXVII, 83 y CLI, 38 ; citada en senten-

cia inhibitoria de Casación Civil, fechada el 15 de marzo de 1984, publicada en la G. J. CLXXVI, p.103

PONENTE : Alberto Ospina Botero
SALVAMENTO DE VOTO (115)
FECHA : 20/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : MANIZALES
SUJETOS :
DEMANDADO : DUQUE HENAO, JOSE IVAN
DEMANDANTE : ARIAS GONZALEZ, YENNIFER ZAMIRA
INTERPUESTO POR : Parte demandante
PROCESO : 004308
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE
Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 182
NOTAS ACLARATORIAS: SALVAN VOTO: Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Hector Marín Naranjo y Rafael Romero Sierra.
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 371.

27/09/1994

ERROR DE HECHO-Requisitos/ ACCION REIVINDICATORIA- Identidad del Bien ..... **Pag. 544**

1) En el caso sub-judice, el Tribunal no incurrió en error de hecho evidente al encontrar que la pretensión reivindicatoria deducida por el actor apunta sólo a una porción del predio y no a su totalidad.

2) Qué se requiere para que el yerro fáctico tenga incidencia en casación

PONENTE : Alberto Ospina Botero
SENTENCIA (116)
FECHA : 27/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTA MARTA
SUJETOS :
DEMANDADOS: PACHECO MELENDEZ, IVAN; JINETE CHAVEZ, JUAN; RIOS BARRIOS, JOSE MARIA; OSPINO MOSCOTE, HECTOR MANUEL; BARRIOS RODA, TITO; SUAREZ MEDINA, ENSO MARIANO; ROMERO ARRIETA, CARLOS; OSPINO CARRANZA, ARTURO; PAREDES SUAREZ, EDUARDO; SUAREZ FUENTES, ILUMINADA; SEVERO SUAREZ, BERNABE; BARRANCO, BERNABE DE AVILA, JUAN; LOPEZ, EMIRO; CERVANTES, GUSTAVO.
DEMANDANTE BUSTAMANTE SANCHEZ, ORLANDO
INTERPUESTO POR Parte demandante

PROCESO : 004344
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL : C.C. Art.: 946 ; C. de P.C. Art.: 368 Numeral: 1 .

DEMANDA-Requisitos/ BIEN INMUEBLE-Identificación/ INEPTITUD DE LA DEMANDA ..... **Pag. 544**

El actor, en este caso, no sólo estaba obligado para cumplir con los requisitos de forma de la demanda, a señalar la ubicación y linderos de la porción de terreno sobre la que versa la pretensión de dominio, sino que igualmente estaba llamado a proporcionar en particular los linderos de cada una de las parcelas o predios en poder individual de los poseedores demandados, requisito este otro que por no haber observado dicho demandante reafirma aún más la inepitud del libelo incoductor.

PONENTE : Alberto Ospina Botero
SENTENCIA (116)
FECHA : 27/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTA MARTA
SUJETOS :
DEMANDADOS: PACHECO MELENDEZ, IVAN; JINETE CHAVEZ, JUAN; RIOS BARRIOS, JOSE MARIA; OSPINO MOSCOTE, HECTOR MANUEL; BARRIOS RODA, TITO; SUAREZ MEDINA, ENSO MARIANO; ROMERO ARRIETA, CARLOS; OSPINO CARRANZA, ARTURO; PAREDES SUAREZ, EDUARDO; SUAREZ FUENTES, ILUMINADA; SEVERO SUAREZ, BERNABE; BARRANCO, BERNABE; DE AVILA, JUAN; LOPEZ, EMIRO; CERVANTES, GUSTAVO.
DEMANDANTE BUSTAMANTE SANCHEZ, ORLANDO
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004344
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL : C. de P.C. Art.: 75, 76.

SENTENCIA INHIBITORIA/ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta ..... **Pag. 544**

El fallo inhibitorio no puede combatirse en casación por violación directa de la ley sustancial, sino mostando la acusación por vía indirecta.

PONENTE : Alberto Ospina Botero
SENTENCIA (116)
FECHA : 27/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTA MARTA
SUJETOS :

DEMANDADOS: PACHECO MELENDEZ, IVAN; JINETE CHAVEZ, JUAN; RIOS BARRIOS, JOSE MARIA; OSPINO MOSCOTE, HECTOR MANUEL; BARRIOS RODA, TITO; SUAREZ MEDINA, ENSO MARIANO; ROMERO ARRIETA, CARLOS; OSPINO CARRANZA, ARTURO; PAREDES SUAREZ, EDUARDO, SUAREZ FUENTES, ILUMINADA; SEVERO SUAREZ, BERNABE; BARRANCO, BERNABE; DE AVILA, JUAN; LOPEZ, EMIRO; CERVANTES, GUSTAVO.
DEMANDANTE BUSTAMANTE SANCHEZ, ORLANDO
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 001314
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI
Número: 2470

29/09/1994

JUZGADOR DE INSTANCIA/ VALORACION PROBATORIA/ INDICIO ..... Pag. 562

Es el juzgador de instancia el llamado a asignarle a la prueba indiciaria el valor demostrativo que le merezca, sin que su juicio pueda ser variado en casación. Excepción.
Igual sentido: G. J. tomo CVI, pág. 127

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (117)
FECHA : 29/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTIAGO DE CALI
SUJETOS :
DEMANDADO CONTRERAS, CARLOS VIRGILIO
DEMANDANTE MOLINA, OSCAR EDUARDO (menor) representado por LUZ MERY SERNA
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004384
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB : 2o SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

ERROR DE HECHO ..... Pag. 562

Si el recurrente opta por acusar la sentencia que impugna fundando el ataque en supuesto error de hecho en la apreciación probatoria, ha de ser especialmente riguroso en su labor de censura. Cómo debe ser esa clase de yerro?.
Igual sentido: G. J. tomo CLXXX, No.2419, pág. 285

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA DE CASACION (117)
FECHA : 29/09/1994
DECISION : NO CASA

PROCEDENCIA	: T.S.D.J.
CIUDAD	: SANTIAGO DE CALI
SUJETOS	:
DEMANDADO	CONTRERAS, CARLOS VIRGILIO
DEMANDANTE	MOLINA, OSCAR EDUARDO (menor) representado por LUZ MERY SERNA
INTERPUESTO POR	Parte demandada
PROCESO	: 004384
PUBLICADA	: Si
DETALLE PUB.	: 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL	: C. de PC. Art : 368.Numeral.: 1 .

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-
Vía Indirecta/ ERROR DE DERECHO ..... **Pag. 562**
La violación indirecta de normas de derecho sustancial, por equivocación de juicio del sentenciador en la apreciación de las pruebas, puede provenir de error de hecho o de derecho. Este último, se refiere al desacierto en que incurre el fallador en la apreciación de la prueba que existe en el proceso frente a su regulación legal.

Igual sentido: Casación de 25 de febrero de 1988, G. J. tomo CXCII, No. 2431, primer semestre, págs. 76 y 77.

PONENTE	: Pedro Lafont Pianeta
SENTENCIA (317)	
FECHA	: 29/09/1994
DECISION	: NO CASA
PROCEDENCIA	: T.S.D.J.
CIUDAD	: SANTIAGO DE CALI
SUJETOS	:
DEMANDADO	CONTRERAS, CARLOS VIRGILIO
DEMANDANTE	MOLINA, OSCAR EDUARDO (menor) representada por LUZ MERY SERNA
INTERPUESTO POR	Parte demandada
PROCESO	: 004384
PUBLICADA	: Si
DETALLE PUB.	: 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL	: C. de P.C. Art.: 368 Numeral.: 1.

TESTIMONIO - Identificación del Testigo /
IDENTIFICACION PERSONAL / VALORACION
PROBATORIA / TESTIMONIO - Valoración en Conjunto. ..... **Pag. 562**
Ante la necesidad de allegar a un proceso el testimonio de quien por fuerza mayor no porta su cédula de ciudadanía en un momento determinado (destrucción o pérdida de la misma), la administración de justicia, habida esa circunstancia puede recepcionar la declaración testifical y valorarla luego en conjunto con los demás medios de prueba, decisión excepcional que resulta admisible.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (117)
FECHA : 29/09/1992
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTIAGO DE CALI
SUJETOS :
DEMANDADO CONTRERAS, CARLOS VIRGILIO
DEMANDANTE MOLINA, OSCAR EDUARDO (menor)
representado por LUZ MERY SERNA
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004384
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
Ext. 153

CASACION-Causales/ CASACION-Cargos/ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL/ NULIDAD PROCESAL ..... **Pag. 563**

1) Si el recurrente, en un solo cargo, aduce dos causales de casación diferentes respecto de los mismos supuestos de hecho, la Corte no puede a su arbitrio escoger una de las dos y dejar de lado la otra, ni tampoco avocar su estudio simultáneamente pues, en rigor, ello resultaría contrario no solo a la autonomía de las causales sino, también, a la de los dos cargos cogidos con semejante irregularidad.

2) Distinción entre la causal primera y la causal quinta de casación.

Igual sentido: G. J., tomo CII, pág. 13 y.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (117)
FECHA : 29/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTIAGO DE CALI
SUJETOS :
DEMANDADO CONTRERAS, CARLOS VIRGILIO
DEMANDANTE MOLINA, OSCAR EDUARDO (menor)
representado por LUZ MERY SERNA
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004384
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 374 Numeral: 3; 368 num. .; DECRETO Num.: 2651 Año: 1991 Art.: 51.
Ext. 154.

CONFLICTO DE ATRIBUCION/ COMPETENCIA PRIVATIVA/ PROCESO LIQUIDATORIO/ COMPETENCIA TERRITORIAL ..... Pag. 581

1) De manera privativa es competente para conocer de los procesos liquidatorios a que se refiere el inciso 3o. del art. 19 de la Ley 35 de 1993, el juez del domicilio del deudor , asunto que excluye la aplicación de cualquier otra regla de distribución de competencia.

2) Justificación de la alocución "liquidación de operaciones" del infractor y alcance del vocablo "liquidación forzada", a que se refiere el precitado artículo.

PONENTE : Héctor Marín Naranjo
AUTO DE CONFLICTO DE COMPETENCIA (295)
FECHA : 29/09/1994
DECISION : Jdo.10 CIV.CTO. STFE.BTA.COMPETENTE
PROCEDENCIA : J.10 Civ.Cto.-2o.Civ.Cto.
CIUDAD : SFE.BTA-GIRARDOT
SUJETOS :
TRAMITE LIQUIDATORIO de la sociedad INTERMEDIARIOS Y ASESORES LIMITADA -INTERYASEGUROS LTDA.-
PROCESO : 005168
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 151
FUENTE FORMAL : LEY Num.: 35 Año: 1993 Art.: 19 Numeral.: 3; C. de P.C. Art.: 23 Numeral.: 13 ;C. de Co. Art.: 1941.
Ext.155

30/09/1994

INTERPRETACION CONTRACTUAL/ AUTONOMIA DEL JUZGADOR/ JUZGADOR DE INSTANCIA/ ERROR DE HECHO ..... Pag. 586

Siendo la interpretación de los contratos cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que el Tribunal haga no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia.
Igual sentido: CXLII, p.219

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (118)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : MEDELLIN

SUJETOS :
DEMANDADO NARANJO DE LONDOÑO, MARIA
DEMANDANTE HENAO GARCES, RODRIGO
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004216
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

MEDIO NUEVO ..... **Pag. 587**

Inadmisibilidad de los medios nuevos en casación.
Igual sentido: LXXXIII, num. 2169, p.76.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (118)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : MEDELLIN
SUJETOS :
DEMANDADO NARANJO DE LONDOÑO, MARIA
DEMANDANTE HENAO GARCES, RODRIGO
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004216
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

TECNICA DE CASACION-Yuxtaposición de Argumentos/ CASACION-Cargos ..... **Pag. 586**

1) La casación, es una impugnación extraordinaria que supone necesariamente un planteamiento concreto y preciso, a lo que se opone precisamente la yuxtaposición de argumentos no solo diferentes sino encontrados.

2) En el presente caso, los cargos son contradictorios entre sí, cuestión que es inaceptable formular bajo la preceptiva de la parte inicial del num. 4 del art. 51 del Decreto 2651 de 1991.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (118)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : MEDELLIN
SUJETOS :
DEMANDADO NARANJO DE LONDOÑO, MARIA
DEMANDANTE HENAO GARCES, RODRIGO
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004216

PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL : DECRETO Num.: 2651 Año: 1991 Art.: 51 Numeral.: 4

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-
Via Directa e Indirecta ..... **Pag. 586**
La violación de la ley sustancial puede producirse de dos modos: por vía directa o por vía indirecta. Cuándo se infringe la ley por cada una de estas vías?.
Igual sentido: CV.II, p.56.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (118)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : MEDELLIN
SUJETOS :
DEMANDADO NARANJO DE LONDOÑO, MARIA
DEMANDANTE HENAO GARCES, RODRIGO
PROCESO : 004216
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numeral.: 1.

PARTICION/ NULIDAD SUSTANCIAL/
SOCIEDAD CONYUGAL ..... **Pag. 599**
Si bien es cierto que las particiones se asimilan a los contratos para efectos de su nulidad o rescisión y se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de estos, también lo es que la causa que invoca el demandante para pedir la nulidad de la partición, cual es adjudicar en ella a uno de los enasignatarios bienes que no pertenecen a la sociedad conyugal, no lo autoriza para demandar su nulidad, porque la ley no contempla esa circunstancia como violatoria de la prohibición contenida en el art. 3 de la Ley 28 de 1932, ni como causa para invalidar la partición, además de que la ley les brinda otros caminos distintos de la nulidad de la partición para hacer valer sus derechos.
Igual sentido: Sent. de 10 de octubre de 1947, LXIII, 57

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (119)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : IBAGUE
SUJETOS :
DEMANDADO MONTOYA DE RODRIGUEZ, MARLENE
DEMANDANTE RODRIGUEZ DIAZ, ALVARO
INTERPUESTO POR el demandante
PROCESO : 004165

PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 156
FUENTE FORMAL :C.C. .: Art.: 1495, 1740, 1742, 1852, 1523, 1503, 2335; LEY Num.: 28 Año: 1932 Art.: 3.

EXCEPCION DE MERITO/ CONGRUENCIA CON LAS EXCEPCIONES ..... **Pag. 616**

Las excepciones de mérito únicamente son materia de pronunciamiento cuando el fallo acoge total o parcialmente las pretensiones del actor, pues en caso contrario, la ausencia de cualquiera de las condiciones de la pretensión deducida de la demanda basta para absolver al demandado, ya que la pretensión debe analizarse antes de las excepciones.
Igual sentido: XLVII, 616.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (120)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTIAGO DE CALI
SUJETOS
DEMANDADO :BANCO DE BOGOTA, suc. Cali
DEMANDANTES: PLAZA ALBAN, MIGUEL; PLAZA ALBAN, NICOLAS; PLAZA VERNAZA, ANGELA; PLAZA VERNAZA, NELLY; VERNAZA, ERNESTO; PLAZA PRADO, CARMEN TULIA; PLAZA PRADO, JOSE NICOLAS; DE LUCUMI, NANCY NAVIA; CARDONA DE JIMENO, YEBRAIL ALBAN; CARDONA DE JIMENO, VIREYA, en calidad de herederos de NICOLAS PLAZA
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004234
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

CASACION-Sustentación/ PRINCIPIO DE LA INFORMALIDAD/ CASACION-Cargos ..... **Pag. 616**

1) A pesar de la marcada tendencia encaminada a imprimirle al escrito sustentatorio del recurso extraordinario de casación el principio de la informalidad, no hay duda que aún permanecen vigentes en la elaboración de tal libelo reglas de carácter jurídico y técnico que no es posible desatender sin correr el riesgo de inexorable fracaso en la gestión impugnaticia.

2) Qué cargo puede ser de recibo en casación?.
Igual sentido: Cas.Civ. de 15 de febrero de 1990

PONENTE : Rafael Rómero Sierra
SENTENCIA (120)
FECHA : 30/09/1994

DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTIAGO DE CALI
SUJETOS :
DEMANDADO :BANCO DE BOGOTA, suc. Cali
DEMANDANTES: PLAZA ALBAN, MIGUEL; PLAZA ALBAN, NICOLAS; PLAZA VERNAZA, ANGELA; PLAZA VERNAZA, NELLY; VERNAZA, ERNESTO; PLAZA PRADO, CARMEN TULIA; PLAZA PRADO, JOSE NICOLAS; DE LUCUMI, NANCY NAVIA; CARDONA DE JIMENO, YEBRAIL ALBAN; CARDONA DE JIMENO, MIREYA, en calidad de herederos de NICOLAS PLAZA
INTERPUESTO POR Parte demandante
PROCESO : 004224
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

JUZGADOR DE INSTANCIA/
TRIBUNAL DE CASACION ..... **Pag. 634**
Tarea del juzgador de instancia. Evento en que la Corte, actúa como Tribunal de casación, y pueda modificar las apreciaciones del fallador atinentes a puntos de hecho.
Igual sentido: Sent. de 28 de septiembre de 1977; Cas. de 17 de junio de 1964, CVII, pág. 288.
PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (121)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : GUADALAJARA DE BUGA
SUJETOS :
DEMANDADO RENTERIA LAMUS, ALVARO
DEMANDANTE MARTINEZ, ANDRES FELIPE, promovido por la DEFENSORA DE FAMILIA
INTERPUESTO POR DEFENSORIA DE FAMILIA
PROCESO : 004245
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

TESTIMONIO SOSPECHOSO ..... **Pag. 634**
Cómo se recibe, analiza y pondera un testimonio sospechoso.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (121)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : GUADALAJARA DE BUGA
SUJETOS :

DEMANDADO : RENTERIA LAMUS, ALVARO
DEMANDANTE : MARTINEZ, ANDRES FELIPE, promovido por la DEFENSORA DE MENORES
INTERPUESTO POR : DEFENSORIA DE FAMILIA
PROCESO : 004245
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 157

RELACIONES SEXUALES/ PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Posesión Notoria ..... **Pag. 634**

Precisión sobre el elemento alusivo a la continuidad que exige el inciso 2o. del numeral 4 del artículo 6 de la Ley 75 de 1968. Elemento aquél que también se exige para la posesión notoria del estado de hijo.

Igual sentido: Cas. Civ. de 24 de enero de 1992, no publicada.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (121)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : GUADALAJARA DE BUGA
SUJETOS :
DEMANDADO : RENTERIA LAMUS, ALVARO
DEMANDANTE : MARTINEZ, ANDRES FELIPE, promovido por la DEFENSORA DE MENORES
INTERPUESTO POR : LA DEFENSORIA DE FAMILIA
PROCESO : 004245
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE 3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 157

TRATO PERSONAL Y SOCIAL / TESTIMONIO - Valoración en Conjunto ..... **Pag. 634**

Los testimonios aisladamente considerados no constituyen de suyo la prueba convincente del trato de la pareja. Es necesario enlazar y articular todas las versiones para someterlas a una crítica in integrum, examen global que hace imperioso el art. 187 del C. de P.C.

PONENTE : Rafael Romero Sierra
SENTENCIA (121)
FECHA : 30/09/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : GUADALAJARA DE BUGA
SUJETOS :

DEMANDADO : RENTERIA LAMUS, ALVARO
DEMANDANTE : MARTINEZ, ANDRES FELIPE. promovido por la DEFENSORA DE MENORES
INTERPUESTO POR : El demandado
PROCESO : 004245
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE.3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 157
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 187.

10/10/1994

PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y EXTINTIVA/ PERTENENCIA/ DEMANDA DE RECONVENCION ..... **Pag. 657**

Cuando es la persona del demandado quien pretende haber ganado por prescripción adquisitiva, el bien cuyo dominio se litiga, para alcanzar la declaración de pertenencia, él ha de proponer demanda de reconvención en que ejercite, como acción, la prescripción adquisitiva. Pero si el demandado se limita a proponer excepción de prescripción, sin que en demanda de mútua petición solicite se le declare dueño del bien litigado por haberlo adquirido por prescripción, entonces, así haya calificado dicha excepción como prescripción adquisitiva debe entenderse que está alegando la prescripción extintiva, salvo que expresamente alegue dominio por haberlo ganado por usucapión, caso en el cual, por estarse proponiendo la prescripción como acción, debe rechazarse la excepción. .

Igual sentido: G. J. LXXXIV, 392; sentencia de 29 de septiembre de 1977; sentencia de 4 de octubre de 1982 (G. J. CLXV, pág. 227)

PONENTE : Nicolás Bechara Simancas
SENTENCIA (123)
FECHA : 10/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS .
DEMANDADO : VELEZ ORTIZ, HUGO
DEMANDANTE : FUN. CLINICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO.
INTERPUESTO POR : Parte demandada
PROCESO : 004355
PUBLICADA : SI
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-4o.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 158
FUENTE FORMAL : C.C. Art.: 2535.

ERROR DE HECHO/ FRUTOS ..... **Pag. 657**

Error fáctico cometido por el sentenciador de segunda instancia al confirmar la restitución de frutos a cargo del demandado, a partir de determinada fecha, impuesta por el a-quo, sin

existir los elementos de convicción que permitan esa conclusión.

PONENTE : Nicolás Bechara Simancas
SENTENCIA (123)
FECHA : 10/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO VELEZ ORTIZ, HUGO
DEMANDANTE FUN. CLINICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO.
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004355
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 158

14/10/1994

REPOSICION - Finalidad / REPOSICION - Procedencia ..... **Pag. 697**
El recurso de reposición como finalidad revocar o reformar los autos proferidos ya por el juez del conocimiento, ora por el magistrado PONENTE que no sea susceptible de súplica, o por la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

PONENTE : Eduardo García Sarmiento (Solo)
AUTO DE REPOSICION (316)
FECHA : 14/10/1994
DECISION : reponer para revocar
INTERPUESTO POR AUGUSTO CAMPO CAMPO.
DEMANDANDO : PERSONAS INDETERMINADAS
DEMANDANTE: C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA
PROCESO : 004033
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-4o.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número 2470 Pág.: Extracto: 160
FUENTE FORMAL: art. 348 J.O. C. de P.C

REVISION-Oportunidad/ INDEBIDA REPRESENTACION/ FALTA DE NOTIFICACION/ EMPLAZAMIENTO/ REGISTRO PUBLICO/ REVISION-Caducidad ..... **Pag. 697**
1) Cómo se cuentan los términos para interponer el recurso extraordinario de revisión cuando se alega la causal prevista en el numeral 7o. del art. 380 del C. de P.C. a que alude el art. 1o. mod. No. 191 del decreto 2282 de 1989, frente a una sentencia que debe ser inscrita en un registro público.

2) Cuando se trata de un término perentorio que la ley señala para el ejercicio de una

facultad o derecho, como el indicado para formular el recurso de revisión, vencido el plazo sin que el interesado interponga el mencionado recurso se produce, por ministerio de la ley, la caducidad del derecho a formularlo y por consiguiente se autoriza rechazar de plano tal impugnación.

Igual sentido: Casación Civil del 19 de noviembre de 1976, Tomo CLII, pág. 505; Auto 122 del 23 de junio de 1992. Extractos de Jurisprudencia, Tomo 2, 1992, págs. 203 y 204

PONENTE : Eduardo García Sarmiento (Solo)
AUTO DE REPOSICION (316)
FECHA : 14/10/1994
DECISION : REPONER PARA REVOCAR
SUJETOS :
INTERPUESTO POR AUGUSTO CAMPO CAMPO.
DEMANDADO : PERSONAS INDETERMINADAS
DEMANDANTE: C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA
PROCESO : 004033
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-4o.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto:
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 380 Numeral: 7, Art.: 381 Inciso: 2, 383 ibidem: DECRETO Num.: 2282 Año: 1989 Art.: 1, mod. 191.
Ext. 160

NULIDAD PROCESAL - Principios ..... **Pag. 673**
El régimen procesales tiene como principios rectores el de a taxatividad o especificidad, la preclusión, la protección a la parte afectada, el interés para su alegación y la convalidación o saneamiento de las mismas.

PONENTE : Pedro Lafont Pianeta
SENTENCIA (134)
FECHA : 14/10/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.B.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA
SUJETOS :
DEMANDADO CLAVIJO VAQUERO, ALVARO como heredero de CENAIDA ROJAS CASTRO
DEMANDANTE ROJAS VDA. DE CASTRO, ADELA
INTERPUESTO POR Parte demandada.
PROCESO : 004407
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE FORMAL: art. 140 al 147 del C. de P.C.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-

Vía Directa e Indirecta ..... **Pag. 674**

Cuando se aduce la violación de la ley sustancial para impetrar que se case la sentencia, ella puede producirse de dos modos: por vía directa o por vía indirecta. Cuándo se infringe la ley por cada una de estas vías.

Igual sentido: G. J. tomo CVIII, pág. 56, citada por la Corte, en sentencia de 29 de agosto de 1985, G. J. tomo CLXXX, No. 2419, pág. 357.

PONENTE	: Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (124)	
FECHA	: 14/10/1994
DECISION	: NO CASA
PROCEDENCIA	: T.S.D.J.
CIUDAD	: CUNDINAMARCA
SUJETOS	:
DEMANDADO	CLAVIJO VAQUERO, ALVARO como heredero de CENAIDA ROJAS CASTRO
DEMANDANTE	ROJAS VDA. DE CASTRO, ADELA
INTERPUESTO POR	Parte demandada
PROCESO	: 004407
PUBLICADA	: Si
DETALLE PUB.	: 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL	: C. de P.C. Art.: 368 Numeral: 1 .

NULIDAD PROCESAL-Interés Jurídico/ CITACION/ EMPLAZAMIENTO ..... **Pag. 673**

1) El censor que no ha sufrido ningún agravio con la presunta nulidad que invoca, carece de interés jurídico para el efecto.

2) Quiénes tienen interés jurídico, en tratándose de las causales de nulidad consistentes en ilegitimidad de personería de una de las partes, y en falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas en juicio.

Igual sentido: Cas. 17 de marzo de 1967, no publicada.

PONENTE	: Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (124)	
FECHA	: 11/10/1994
DECISION	: NO CASA
PROCEDENCIA	: T.S.D.J.
CIUDAD	: CUNDINAMARCA
SUJETOS	:
DEMANDADO	CLAVIJO VAQUERO, ALVARO como heredero de CENAIDA ROJAS CASTRO
DEMANDANTE	ROJAS VDA. DE CASTRO, ADELA
INTERPUESTO POR	Parte demandada
PROCESO	: 004407
PUBLICADA	: Si

DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

SENTENCIA/ INCONSONANCIA ..... Pag. 673
1) El fallo debe estar acompasado con lo pretendido y las excepciones.

2) Labor que debe realizarse para definir si en realidad determinada sentencia adolece del vicio de inconsonancia.
Igual sentido: Sentencia No. 101 de 17 de abril de 1991

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (124)
FECHA : 14/10/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA
SUJETOS :
DEMANDADO : CLAVIJO VAQUERO, ALVARO como heredero de CENAIDA ROJAS CASTRO
DEMANDANTE : ROJAS VDA. DE CASTRO, ADELA
INTERPUESTO POR : Parte demandada
PROCESO : 004407
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXX. Número: 2470 PUENTE
FORMAL : C. de P.C. Art. 304, 305, 75, 92, 368 num.2 ibidem.

ERROR DE HECHO/ TESTIMONIO-Grupo de testigos ..... Pag. 674
1) En el caso sub-judice, no se incurrió en error evidente de hecho cuando el sentenciador optó por escoger lo dicho por un grupo de testigos y desestimar las declaraciones de otro grupo de éstos.

2) Atribución del juzgador cuando se encuentra en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas o disímiles
Igual sentido: G. J. tomo CCIV, No. 2443, 1990, segundo semestre, pág. 20

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (124)
FECHA : 14/10/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA
SUJETOS :
DEMANDADO : CLAVIJO VAQUERO, ALVARO como heredero de CENAIDA ROJAS CASTRO
DEMANDANTE : ROJAS VDA. DE CASTRO, ADELA
INTERPUESTO POR : Parte demandada
PROCESO : 004407

PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

INDICIO ..... Pag. 675
En materia indiciaria el legislador confió al buen criterio y a la inteligencia del juzgador llegar a conclusiones sobre los hechos controvertidos, las que, necesariamente han de respetarse en casación, a menos que sean manifiestamente absurdas, caso en el cual, a esa arbitrariedad ha de seguir el restablecimiento del imperio del derecho casando la sentencia.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (124)
FECHA : 14/10/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA
SUJETOS :
DEMANDADO CLAVIJO VAQUERO, ALVARO como heredero de CENAIDA ROJAS CASTRO
DEMANDANTE ROJAS VDA. DE CASTRO, ADELA
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004407
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

TESTAMENTO/ NULIDAD
DEL TESTAMENTO/ LEGADO ..... Pag. 673
1) Noción de testamento.

2) Formalidades ad substantiam actus del otorgamiento del predicado acto jurídico.

3) Observancia de orden público de las causales de inhabilidad para testar.

4) Sin voluntad de testar no hay testamento. Si el otorgado por quien se encuentra incurso en una inhabilidad legal, o fue víctima de la fuerza para el efecto es nulo, con mucha mayor razón es igualmente nulo el testamento atribuído a una persona que jamás lo otorgó.

5) Operancia de la nulidad cuando se han hecho legados.
Igual sentido: Sent. casación civil, 18 de octubre de 1938, G. J. tomo XLIII, pág. 236.

PONENTE : Pedro Lafont Pianetta
SENTENCIA (124)
FECHA : 14/10/1994
DECISION : NO CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : CUNDINAMARCA

SUJETOS :
DEMANDADO CLAVIJO VAQUERO, ALVARO como heredero de CENAIDA ROJAS CASTRO
DEMANDANTE ROJAS VDA. DE CASTRO, ADELA
INTERPUESTO POR Parte demandada
PROCESO : 004407
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 159
FUENTE FORMAL : C.C. Art.: 1055, 1069, 1061, 1062, 1063 ibídem.

19/10/1994

TRIBUNAL DE CASACION/JUZGADOR DE INSTANCIA ..... Pag. 708
Límite a los poderes de la Corte como tribunal de casación. Distinción entre las atribuciones de los juzgadores de instancia y la función de control que por principio les compete a ese tribunal.
Igual sentido: Cas. Civ de 10 de septiembre de 1991

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C
SUJETOS :
DEMANDADO "CORPAVI"
DEMANDANTE SOC. CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR ambas partes
PROCESO : 003977
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE FORMAL : C.N art.: 230 ; C. de P.C. Art. 365 .

INCONGRUENCIA ..... Pag. 767
1) Objeto de la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado.
Igual sentido: G. J., t. CXXIV, pag. 144.

2) Cuándo se dá la aludida causal?.
Igual sentido: Cas. Civ. de 29 de agosto de 1988 y 16 de julio de 1990, ambas sin publicar

3) Labor que debe realizarse para definir si en verdad determinada sentencia adolece de un vicio de tal naturaleza.
Igual sentido: G. J. t. LXXV, pág. 62; G. J. ts. XLIX, pag. 307, y CCXIX, pag. 16

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO "CORPAVI"
DEMANDANTE SOC.CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR ambas partes
PROCESO : 003972
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE
FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numeral: 2.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-

Vía Directa e Indirecta ..... **Pag. 708**

La violación directa de la ley sustancial implica, por contraposición a la que a su vez es hipótesis propia de la violación indirecta, que por el juzgador no se haya caído en desacierto a guno, de hecho o de derecho, en el manejo de las pruebas y que, por lo tanto tampoco exista reparo que oponer contra los resultados que en campo de la cuestión fáctica haya encontrado el fallador, como consecuencia del exámen de la prueba.

Igual sentido: Cas, Civ. de 28 de noviembre de 1989 y 13 de febrero de 1992, sin publicar; G. J.s. CXLVI, pág. 60 y CCXIX, pág. 260; G. J. CXXXIX, pág. 52.

PONENTE: : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO "CORPAVI"
DEMANDANTE SOC. CONSTRUCTORA ARINCO LTDA
INTERPUESTO POR ambas partes
PROCESO : 003972
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-

Vía Indirecta/ ERROR DE HECHO Y DE DERECHO ..... **Pag. 707**

I) El recurso de casación por quebrantamiento indirecto de la ley, no constituye una instancia adicional del juicio en la que tenga cabida un replanteamiento libre e inmediato de la factibilidad litigiosa en orden a obtener su revisión, reajuste o constatación por fuera del marco restringido.

2) Cuándo hay lugar a quebrar la sentencia definitiva que clausura la instancia por error de hecho en la apreciación de la prueba. En qué consiste el error de hecho y de derecho en la apreciación probatoria.
Igual sentido: G. J., CXXXIX, pág. 240; G. J., t. CXXXII, pág. 214

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO CORPAVI
DEMANDANTE SOC. CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR ambas partes
PROCESO : 003972
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

CASACION-Cargos ..... Pag. 708
No cualquier cargo en casación puede recibirse ni tiene eficacia legal, sino tan sólo aquéllos que impugnan directamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones mediante ella adoptadas, toda vez que los demás son inoperantes por salirse del marco legal del recurso.
Igual sentido: G. J. Num. 2010, pág. 563.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO "CORPAVI"
DEMANDANTE SOC. CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR ambas partes
PROCESO : 003972
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numerals: 1.

ERROR DE HECHO/ PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ/ VALORACION PROBATORIA ..... Pag. 705
1) Condiciones que ha de reunir el error probatorio de hecho relevante para los fines del recurso de casación.
Igual sentido: G. J., CXXX, pág. 63

2) Prevalencia del discreto ejercicio de las poderes del juez en el examen de la prueba.
G. J., t. CXXXIX, pág. 240

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO "CORPAVI"
DEMANDANTE CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR ambas partes
PROCESO : 003972
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numerals: 1 Inciso: 2 .

INCONGRUENCIA (SENTENCIA SUSTITUTIVA) ..... Pag. 709
Eficacia del ataque al cargo relativo a la incongruencia por exceso. El fallo de la Corte como juzgador de instancia se limita a corregir ese error.
PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA SUSTITUTIVA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO CORPAVI
DEMANDANTE SOC. CONSTRUCTORA ARINCO LTDA
INTERPUESTO POR ambas partes
PROCESO : 003972
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o. SEMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470

INCONGRUENCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ACUMULACION DE PRETENSIONES ..... Pag. 704
1) La incongruencia como causal de casación tiene que buscarse en el correspondiente cotejo entre los dos extremos, fallo-sentencia, a fin de ver si entre ellos existe en realidad ostensible desacoplamiento ora porque el fallo resuelva sobre lo que no fué impetrado; ora porque otorgue más de lo pedido o ya porque al decidir omita en todo o en parte, decidir acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo, y en esta tarea tanto la demanda como su contestación, pero principalmente en la primera, suministran las pautas de referencia.
Igual sentido: G. J. Tomo CXLVIII, pág. 26; G. J. Tomo LXXXI, pág. 700

2) Importancia de la acumulación objetiva de pretensiones frente al principio de congruencia.

3) Distinción entre la acumulación de pretensiones "secundarias o consecuenciales" y las "subsidiarias".
Igual sentido: G. J. Tomo CXLVIII, pág. 37

PONENTE	: Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)	
FECHA	: 19/10/1994
DECISION	: CASA
PROCEDENCIA	: T.S.D.J.
CIUDAD	: SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS	:
DEMANDADO	CORPAVI
DEMANDANTE	SOC. CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR	Ambas partes
PROCESO	: 003972
PUBLICADA	: Si
DETALLE PUB.	: 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 247 Pág.: Extracto: 161
FUENTE FORMAL	C. de P.C Art.: 305, 82, 368 ibidem.

LITISCONSORCIO NECESARIO / LEGITIMO CONTRADICTOR / SENTENCIA INHIBITORIA/ VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Directa e Indirecta ..... **Pag. 704**

1) Fundamento último del litisconsorcio necesario.

2) Razón de ser del carácter "necesario" de un litisconsorcio.

3) Cuándo surge la figura procesal del litisconsorcio necesario?.
Igual sentido: G. J. ts. CXXXIX, pág. 170; CLXXX, pág. 381 y CC, pág. 200.

4) Si la irregular integración del contradictorio no es oportunamente remediada por los medios que la codificación ritual autoriza, la decisión inhibitoria es inevitable

5) Viabilidad del ataque en casación por la vía directa y por la vía indirecta, respecto de una providencia inhibitoria como resultado de un análisis equivocado que el fallador hizo del litisconsorcio necesario y el régimen que le es consustancial, o ya de la errada apreciación probatoria de la situación fáctica así involucrada.
Igual sentido: G. J. ts. CLII, pág. 9 y CCXIX, pág. 71

6) Conformación del litisconsorcio necesario en tratándose de negocios jurídicos -nulidad, resolución por incumplimiento, simulación-.
Igual sentido: G. J. ts. CXCII, pág. 184, CC, pág. 201, y CCXIX, pág. 74.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO "CORPAVI"
DEMANDANTE SOC. CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR ambas partes
PROCESO : 003972
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomó: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 162
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 51, 83 ibídem.

ERROR DE HECHO/
INTERPRETACION DE LA DEMANDA ..... **Pag. 705**
Error de hecho en la interpretación de la demanda. Cuándo prevalece el amplio poder del juzgador de instancia respecto de esta actividad.
Igual sent dor: G. J.t. CXXXIX, pág. 136; G. J., ts. CLV, pág. 265, y CLIX, pág. 161; G. J.t. CXLVI, pág. 131.

PONENTE : Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)
FECHA : 19/10/1994
DECISION : CASA
PROCEDENCIA : T.S.D.J.
CIUDAD : SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS :
DEMANDADO "CORPAVI"
DEMANDANTE SOC. CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR AMBAS PARTES
PROCESO : 003972
PUBLICADA : Si
DETALLE PUB. : 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 163
FUENTE FORMAL : C. de P.C. Art.: 368 Numeral.: 1.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO/
PRESUNCION/ DICTAMEN PERICIAL ..... **Pag. 707**
1) Error de hecho y error de derecho en tratándose del dictamen pericial.

2) Presunciones respecto del fundamento de la fuerza probatoria del dictámen pericial, en la perspectiva propia del recurso de casación.

PONENTE	: Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)	
FECHA	: 19/10/1994
DECISION	: CASA
PROCEDENCIA	: T.S.D.J.
CIUDAD	: SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS	:
DEMANDADO	"CORPAVI"
DEMANDANTE	Soc. Constructora Arinco Ltda.
INTERPUESTO POR	ambas partes
PROCESO	: 003972
PUBLICADA	: Si
DETALLE PUB.	: 2o.SEMESTRE-3er.TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág. : Extracto: 164
FUENTE FORMAL	: C. de P.C. Art.: 241 .

ABUSO DEL DERECHO / DELITO/ CUASIDELITO/ OBLIGACION EXTRACONTRACTUAL/ CONTRATOS/ DOLO/ CULPA/ ENTIDAD DE CREDITO/ PROTECCION AL CONSUMIDOR/ PERJUICIO-Legitimación .....Pag. 705

1) El abuso del derecho en el régimen previsto para los delitos y cuasidelitos civiles.

2) Concepto y fundamento del abuso de dichas prerrogativas.

3) El fenómeno conocido como "abuso del derecho" tiene reducido su campo de acción a lo siguiente: a) servir de fuente de obligaciones extracontractuales; b) no cumple papel alguno cuando se trata del ejercicio de derechos o de facultades emanadas de la contratación entre particulares y, c) no es posible concebir el "acto abusivo" sino en tanto medie una falta personal imputable a título de dolo o de culpa al autor del daño de quien es reclamada la respectiva indemnización.

4) El abuso del derecho como fuente de obligaciones extracontractuales.

5) Distinción entre el "uso" y el "abuso" en ejercicio del derecho.

6) Influencia en todo el ordenamiento positivo respecto a la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo.

7) Abuso del derecho respecto de la posición dominante de las entidades de crédito. Protección al consumidor en el sector financiero nacional.

8) En sistemas como el Colombiano donde no se cuenta con una definición legal del "abuso", su existencia de ser apreciada por los jueces en cada caso.

9) Legitimación para exigir el resarcimiento de perjuicios en el evento de que varias personas que han intervenido, sea como beneficiarias o bien como garantes, en una opera-

ción crediticia de préstamo hipotecario y se vean afectadas por prácticas incorrectas de la institución financiera prestamista, indicadoras de explotación abusiva de la posición dominante en que ésta última se encuentra.

PONENTE	:	Carlos Esteban Jaramillo Schloss
SENTENCIA (125)		
FECHA	:	19/10/1994
DECISION	:	CASA
PROCEDENCIA	:	T.S.D.J.
CIUDAD	:	SANTAFE DE BOGOTA, D.C.
SUJETOS	:	
DEMANDADO	:	"CORPAVI"
DEMANDANTE	:	CONSTRUCTORA ARINCO LTDA.
INTERPUESTO POR	:	ambas partes
PROCESO	:	003972
PUBLICADA	:	Sí
DETALLE PUB.	:	2º SEMESTRE-3er. TRIMESTRE Tomo: CCXXXI Número: 2470 Pág.: Extracto: 163.
FUENTE FORMAL	:	C.N. Art.: 95 Numeral: 1 Inciso: 3; C. de Co. Art.: 871, C.N. Art.: 1; C.C. Art.: 1603, C. de Co. art. 830; DECRETO Num.: 1084 Año: 1981 Art.: 7; DECRETO Num.: 721 Año: 1987 Art. 8; DECRETO Num.: 1730 Año: 1991 Art.: 2.1.2.3.9; DECRETO Num.: 663 Año: 1993 Art.: 98 Inciso: 4.

SANCION/CHEQUE/INTERESES/
CORRECCION MONETARIA.....Pag. 784

Es desacertado interpretar el art. 722 del C.C. bajo el entendimiento de que la suma sancionatoria así obtenida es susceptible de ser adicionado por el concepto de intereses o corrección monetaria. Carácter punitivo del precitado artículo. R.F.: C. de Co. Art. 722.

PONENTE	:	Nicolás Bechara Simancas
SENTENCIA	:	CASACION
FECHA	:	20/10/1994
DECISION	:	NO CASA
PROCEDENCIA	:	T.S.D.J.
CIUDAD	:	BOGOTA
SUJETOS		
DEMANDADO	:	BANCO INTERNACIONAL DE COLOMBIA
DEMANDANTE	:	INVERSIONES CARIBE LTDA.
PUBLICADA	:	SI
DETALLE PUB.	:	2º SEMESTRE Tomo CCXXXI Número: 2470
FUENTE FORMAL	:	C. de P. Art. 366, 370 ibidem.

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.